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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***DIEGO ALFONSO TORRES RODRÍGUEZ***
DEMANDADO:	***VENTAS Y SERVICIOS S.A.***
RADICACIÓN:	***34-2018-00297-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO – LEY 361***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Diego Alfonso Torres Rodríguez instauró demanda ordinaria contra VENTAS Y SERVICIOS S.A. con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 14 de noviembre de 2017 (no señala fecha final), el cual terminó por causa imputable al empleador; que el cargo que desempeñó fue el de asesor servicio al cliente; que devengó como último salario la suma de $737.717; que se le terminó el contrato de forma ilegal y de manera injusta; que en el momento en que fue despedido se encontraba con disminución laboral por Ganglion Dorsal en Mano izquierda con posible cuadro de TENDINITIS estado de salud que fue agravando por las labores realizadas para la empresa demandada; que fue despedido por su estado delicado de salud; que no se solicitó previamente la autorización al Ministerio de Trabajo; que se encuentra amparado en el derecho a la estabilidad reforzada. (fol. 59 y s.s.).

Como consecuencia solicita el reintegro laboral al mismo cargo que desempeñaba al momento de la terminación del contrato, al pago de salarios, aportes a seguridad social, al pago de los gastos asumidos como medicamentos y consultas médicas, al pago de 180 días de salario por haber sido despedido estando enfermo y estado delicado de salud, a pagar las sumas adeudadas de manera indexada, a la indemnización moratoria, lo que resulte probado extra y ultra petita y a las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que celebró con la demandada contrato escrito de trabajo a término indefinido para laborar desde el 14 de noviembre del 2017; que estuvo vinculado por 58 días; que el último salario devengado fue de

$737.717; que el contrato finalizó el 10 de enero del 2018; que desempeñó el cargo de asesor servicio al cliente; que sus funciones eran digitar a lo largo de su jornada laboral, labor que desempeñaba a través de movimientos repetitivos y prolongados; que no contaba con pausas activas, con una elevada carga mental y física y siempre sometido a presión para cumplir con la productividad requerida; que laboraba en turnos rotativos de 8 horas de lunes a sábado; que debía laborar los domingos y festivos; que en ocasiones laboraba hasta 56 horas a la semana; que desarrollo su trabajo de manera personal; que nunca tuvo llamados de atención.

Indica que el 14 de diciembre del 2017 amaneció con molestia e inflamación en su mano izquierda; que la coordinadora asignada para el proceso donde labora le manifestó que debía remitirse a su EPS; que ingresó por urgencias, se le realizó una radiografía y le dieron una incapacidad de dos días y se le remitió a ortopedia; que la cita de ortopedia se la otorgaron para junio del 2018; que el 18 de diciembre del 2017 se presentó a laborar y ante las molestias que presentaba la coordinadora lo remitió nuevamente a su EPS, donde le otorgan dos días más de incapacidad; que el 20 de diciembre del 2018 cuando se presenta a laborar es remitido nuevamente a la EPS, en donde le expiden incapacidad por 5 días; que el día 26 de diciembre del 2017 le expiden nueva incapacidad por 4 días; que solicitó una cita más cercana con el ortopedista, la cual le fue asignada para el 10 de enero del 2018; que una vez finalizada la incapacidad se presenta a laborar; que el 2 de enero del 2018 la coordinadora lo remitió a la ARL, en donde fue remitido a la EPS la cual le dio un día de incapacidad; que la empresa no realizó los trámites para que se le atendiera por la ARL; que el 9 de enero del 2010 la EPS le otorgó incapacidad de 1 día por malestar estomacal debido a los medicamentos que estaba tomando.

Manifiesta además que el 10 de enero del 2018 fue valorado por ortopedia y se presentó a laborar, pues ese día finalizaba su período de prueba. Que la coordinadora le informa que la empresa ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo; que dicha finalización no fue por el período de prueba sino por las incapacidades que se le habían otorgado; que ingresó sano a laborar y debido a sus funciones se deterioró su condición de salud; que a pesar de su solicitud su patología no fue informada a la ARL; que tenía una sobrecarga laboral; que lo despidió estando en delicado estado de salud; que no se ha podido vincular laboralmente por la enfermedad que padece; que la EPS calificó su patología como de origen común; que se encuentra dentro de los término para apelar el dictamen.

2. Contestación de la empresa VENTAS Y SERVICIOS S.A.. La empresa demandada contestó la demanda aceptando la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y los extremos del mismo. Se opone a las demás pretensiones señalando que dio por terminado el contrato de trabajo del actor de conformidad con la facultad legal prevista en el art. 80 del CST, pues lo despidió dentro del período de prueba, teniendo en cuenta que el rendimiento del actor fue deficiente. Señaló que el demandante durante la vinculación jamás fue calificado, ni se encontraba en estado de indefensión. Que la terminación del contrato se dio por una causal legal por lo que no procede dar aplicación a la Ley 361 de 1997. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin justa causa, compensación, buena fe, prescripción, alcance de la Ley 361 de 1997, improcedencia e imposibilidad de reintegro y la genérica. (fol. 110 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de abril del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 14 de noviembre del 2017 al 10 de enero del 2018 y absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 291)

Su decisión se basó en que si bien la Corte Constitucional y la CSJ difieren en los requisitos para acceder a la estabilidad laboral consagrada en la Ley 361 de 1997, en lo que ambas corporaciones coinciden es en que la afectación en la salud de quien pretende beneficiarse del derecho a la estabilidad laboral reforzada debe ser evidente y revestir cierto grado de importancia de tal suerte que frustre o mengüe notoriamente el desempeño de sus funciones en el trabajo y que impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores de manera regular.

Señala que el hecho de no encuadrar la protección laboral aludida dentro de un parámetro objetivo y verificable científicamente tal como lo enseña la sala de casación laboral en la precitada sentencia deja a la deriva el juicio razonable del operador de Justicia al punto de tener que declarar la estabilidad laboral a una persona que padezca una patología que no representa ningún riesgo grave en la salud ni que en casos normales haya generado consecuencias trascendentales sólo por el hecho de tener la persona una afectación física, verbigracia, virosis estomacal o respiratoria, cortadura poco profunda o gripa y casi dejando al arbitrio judicial la determinación de la gravedad de la patología, circunstancia que no resulta ajustado a los postulados de la sana crítica, más aún cuando es el juez mediante este sistema de valoración probatoria quién está llamado a respetar las reglas que la ciencia médica le impone. Asimismo, se desnaturalizaría la esencia de la estabilidad laboral por cuestiones de salud, en tanto la discriminación a personas discapacitadas sería presumible en el más absurdo de los eventos, siendo concebida de manera general y no especifica.

Que se encuentra probadas las patologías que padece el actor, sin embargo, es en el mismo dictamen emitido por la EPS donde se advierte que las lesiones padecidas por el afiliado no son consecuencia natural y directa de un acto laboral o bajo órdenes de su empleador y que evidencian la posibilidad de establecer una relación directa entre el hecho presentado y el riesgo creado por el empleador y califican la patología como de origen común.

Que de la epicrisis visible a folio 56, resulta notorio que los galenos que conocieron las patologías del actor no encontraron mérito alguno para proceder a la calificación de la enfermedad como un suceso grave pues en el documento se dan como recomendaciones pausas activas regulares y calor local, y en cuanto a los medicamentos prescritos y tratamientos no invasivos se le prescribió ibuprofeno, hielo y calor local. Recalca que en todo el material probatorio aportado no se evidencia que exista una calificación de pérdida de capacidad laboral que determine un porcentaje jurídicamente relevante y que permita activar la estabilidad laboral reforzada deprecada pues ni siquiera para la fecha de despido del demandante se encontraba incapacitado; por tanto, ni bajo la postura de la Corte Constitucional, ni de la CSJ se puede habilitar la estabilidad laboral reforzada, pues además, no se probaron los porcentajes de discapacidad.

Señaló que al iniciar el contrato de trabajo las partes acordaron un período de prueba de 60 días, período en el cual cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato de manera unilateral. Que la empresa manifestó que el trabajador no cumplió con los indicadores de desempeño establecidos por la compañía; que si bien es cierto

algunos aluden a propiedades cuantitativas también es cierto que se señala condiciones cualitativas que justifican la decisión de la empresa contratante entre ellas está la afectación de tiempos improductivos por llegadas tarde y pausas activas lo que permite inferir que la motivación que tuvo el empleador para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo no tiene relación alguna con el estado de salud del actor. Por tanto, se debe absolver a la demandada.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que "es importante tener en cuenta que se hizo un análisis de la calificación proferida por la EPS Famisanar sin tener en cuenta que esa calificación de origen común se realizó sin contar con la documentación requerida por la parte demandada, es decir, cuando Famisanar emite el concepto el 10 de mayo de 2018, no cuenta con la información requerida por la parte demandada como es estudio de puesto de trabajo, análisis de carga laboral y certificación de tiempo y horas laboradas, por ende, efectivamente se emite un concepto de origen común, sin contar con la debida documentación y con la documentación que debía entregar la parte demandada para tomar un correcto análisis.

Asimismo, debe tener en cuenta su señoría que frente a la enfermedad presentada por mi representado la empresa en ningún momento hizo el reporte a la ARL de su enfermedad siquiera como medio preventivo incumpliendo sus obligaciones como empresa al detectar una enfermedad posiblemente de origen común, que la conllevara a realizar sus obligaciones como empleador, que es dentro de las 72 horas al tener conocimiento de una posible patología enfermedad de origen laboral, deba hacer el reporte del FURAP, so pena de las respectivas sanciones . En este caso no se tuvo en cuenta para emitir su sentencia los incumplimientos realizados por la parte demandada referente a velar por las condiciones de salud de mi representado.

La empresa en ningún momento y cómo se evidencia en el interrogatorio de parte al momento desvincular, nunca tuvo en cuenta los 16 días de incapacidad de mi representado al medir la capacidad, eso se pudo ver en el interrogatorio de parte cuando el interrogatorio que se le hace al jefe de operaciones indica cada cuánto hacen una medición de incapacidades, el ratifica que se hace trimestralmente lo que evidencia una discriminación al personal que se retira en período de prueba ya que el período prueba obedece a dos meses y la revisión de incapacidad desobedece un tema trimestral, lo que quiere decir es que, esta empresa la gente que retira por período de prueba efectivamente no tiene en cuenta para las mediciones de desempeño si está incapacitado o no si tiene el nivel de productividad igual que una persona normal.

Igualmente, cómo se reconoció en el interrogatorio de parte por parte de la directora de recursos humanos en donde efectivamente no supo contestar si una persona que tiene un desempeño normal, puede ser medida de manera igual que una persona que no lo tiene, en este caso mi representado tenía una patología que afecta a su mano izquierda por lo cual su nivel de productividad iba a ser inferior.

Entonces por lo anterior, se me permite inferir señora juez que, la empresa demandada si actúa de forma discriminatoria referente al retiro de mi representado toda vez que no tuvo en cuenta para las valoraciones de desempeño y en ningún momento y en ningún folio del expediente que ellos aportan puedan inferir que el nivel de incapacidades iba a servir de nivelación de medición diferente a la que podría presentar una persona sana que estuviera valorado por periodo de prueba, por todo

lo anterior señora juez solicitó se ha tenido mi recurso y sean tenido los argumentos que sustentan más adelante de acuerdo a lo anterior."
5. Alegatos demandada. Solicita se confirme en su integridad el fallo proferido en primera instancia. Señala que nunca ha desconocido la existencia de la relación laboral, pero que no proceden las pretensiones del demandante, pues la terminación de la relación laboral el 10 de enero de 2018, obedeció a la facultad legal prevista en el artículo 80 del Código Sustantivo de Trabajo.

6. Alegatos demandante. Insiste en que el demandante fue despedido estando afectada su salud, por lo que tenía una estabilidad laboral, la cual no tuvo en cuenta la demandada al momento de despedirlo. Señala además que no tuvo el mismo tratamiento de los demás empleados a quienes se les dio la oportunidad de mejorar su rendimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Los argumentos expuestos por la demandante al presentar su recurso de apelación fueron debatidos dentro del presente proceso o se trata de hechos nuevos que no pueden ser aquí estudiados? y (ii) ¿La empresa actúo de manera discriminatoria frente a sus incapacidades al momento de ser despedida?

De la relación laboral

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es preciso señalar que no existe discusión en esta instancia respecto a relación laboral que existió entre las partes en Litis, quedando demostrado que el señor DIEGO ALONSO TORRES RODRIGUEZ prestó sus servicios personales a la empresa VENTAS Y SERVICIOS S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido, durante el periodo comprendido entre el 14 de noviembre del 2017 y el 10 de enero del 2018, hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda y se corroboran con el contrato de trabajo (fol. 176 y s.s.), la carta de terminación del contrato de trabajo en período de prueba (fol. 213) y la liquidación del contrato (fol. 214 Y S.S..)

Del sustento del recurso de apelación

Para resolver el primer problema jurídico planteado, debemos recordar que el presente proceso tiene como pretensión el reintegro del trabajador, por encontrarse al momento de ser despedido, en la estabilidad laboral consagrada por la Ley 361 de 1997.

La falladora de primera instancia consideró que no se cumplían los requisitos establecidos por las altas Cortes, pues el actor al momento del despedido no había sido calificado, por lo que no se establecía un porcentaje de disminución de su capacidad laboral, ni se encontraba incapacitado y que la incapacidad que emitió la EPS FAMISANAR con posterioridad al despido ni siquiera estableció que la enfermedad

padecida por el actor era de origen laboral. Señaló además que, lo que se observa era que el actor había sido despedido en período de prueba por parte de la empresa demandada, quien alegó para su despedido su bajo rendimiento.

Los argumentos de la demandante para atacar la sentencia proferida en primera instancia fueron los siguientes:

1. Que la calificación de la EPS FAMISANAR tenida en cuenta por la falladora de primera instancia estableció que el origen de la patología del actor era común, pues no contaba con la documentación requerida; sin embargo, esto no fue debatido dentro del proceso, pues nótese que dicha calificación fue aportada por la misma demandante y en las pretensiones de la demanda en ningún aparte atacó dicha calificación, por tanto, esta Sala no se encuentra habilitada para revisar si el origen definido en ella, es correcto o no, por lo que acertó el a quo al valorar dicha prueba, en la forma en que lo hizo.

2. Que no se sancionó a la empresa demandada por no haber reportado a la ARL la enfermedad del actor, lo cual nunca se solicitó entre las pretensiones de la demanda, por lo que nos encontramos frente a una pretensión nueva que no puede ser estudiada.

3. Que para medir su capacidad laboral al momento de ser despedida en período de prueba no se tuvieron en cuenta sus incapacidades o que no debía ser medido su rendimiento al igual que el de los otros trabajadores

De la estabilidad laboral reforzada

En cuanto al problema jurídico relacionado con establecer si la empresa actúo de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de despedirla, la Sala decisión debe recordar que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues dicha finalización corresponde al 10 de enero del 2018. Lo anterior, como quiera que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación.

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

manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

De esta manera, resulta claro para esta Colegiatura que la garantía de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solo se aplica a las personas que acrediten tener una limitación moderada, severa o profunda o tengan la calidad de discapacitados, sino también a quienes su situación de salud les impida desarrollar su potencial laboral y acceder a un nuevo puesto de trabajo, es decir, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta y ello amenace el derecho a su mínimo vital y el de su núcleo familiar. En otras palabras, la protección laboral reforzada se erige como un mecanismo para evitar la discriminación laboral por razón del estado de salud de un trabajador.

Frente a este tema resulta oportuno destacar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el pasado 11 de abril de 2018, profirió la sentencia SL1360 de 2018, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cambiando y recogiendo el razonamiento frente al tema de la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estableciendo como criterio decisional la postura que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio permitiendo deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador por su empleador el de que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado deficitario de salud, a menos que el empleador demuestre en juicio objetivamente la ocurrencia real de una justa causa para el efecto.

Adicionalmente, clarifica la Sala de Casación Laboral que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio, resultando necesario que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable, en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa; por lo que la invocación de una justa causa legal, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la justa causa, so pena de que se declare la ineficacia del despido. En uno de sus apartes principales, ultima la Corte:

> *«a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.*
> *b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*
> *c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas».*

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

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

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

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

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar que la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Al revisar las pruebas allegadas al expediente a efecto establecer si existe un nexo causal entre el estado de salud del trabajador y la desvinculación laboral, se encuentra la historia clínica del actor visible a folio 14 y s.s. en la cual se evidencia lo siguiente:

1. El actor tuvo que acudir al servicio de urgencias de CAFAM el día 14 de diciembre del 2017, consultando por masa en la mano izquierda, la cual le causa dolor y limita el movimiento de su mano, impidiendo su trabajo consistente en tabular. Una vez realizada la revisión del paciente por el Médico tratante, señaló "Paciente de 27 años de edad, presenta cuadro clínico compatible con dolor en mano derecha asociado a ganglion, en el momento sin signos de alteración funcional, con limitación del movimiento", en consecuencia, solicitó radiografía cuyo resultado arrojó "ESTRUCTURAS OSEAS DE MORFOLOGIA Y DENSIDAD USUALES. QUISTE DE REABSORCIÓN EN LA CABEZA DEL TERCER METACARPIANO. LEVE PROMINENCIA DE TEJIDOS BLANDOS EN DORSO DEL PUÑO SIN QUE SE DELIMITEN MASAS NI

CALIFICACIONES". Como Dx señaló, otros quistes óseos y ganglión, indicando manejo ambulatorio por ortopedia **y le otorgó 2 días de incapacidad.**

2. El día 18 de diciembre del 2017, tuvo que acudir nuevamente por urgencias debido al dolor en su mano izquierda. El Médico tratante consignó en la historia clínica "ANTE ESTA PACIENTE CON LOS SINTOMAS Y SIGNOS ANTES DESCRITOS IMPRESIONA GANGLION EN MANO IZQUIERDA SIN SIGNOS DE ALARMA POR LO QUE SE INDICO TRATAMIENTO MÉDICO...SUGIERE VALORACIÓN ESPECIALIZADA" **y otorga 2 días de incapacidad.**

3. El 20 de diciembre del 2017, acude nuevamente al servicio de urgencias señalando el médico tratante "PACIENTE CONSULTA POR CUADRO DE 8 DÍAS CONSISTENTE EN SALIDA DE MASA EN DORSO DE LA MANO IZQUIERDA, DOLOROSA, NO TRAUMA O DESENCADENANTE APARENTE, EXARCERBADO AL DIGITAR (ACTIVIDAD LABORAL), ACUDE HACE 2 DÍAS A ESTE SERVICIO, DAN TRATAMIENTO CON DICLOFENACO TOPICO Y EGRESO CON INCAPACIDAD MÉDICA 2 DÍAS, RECONSULTA POR PERSISTENCIA DE DOLOR, ANTECEDENTES NEGATIVOS, AL EXAMEN FISICO ÚNICO HALLAZGO A NIVEL DE MANO IZQUIERDA EVIDENCIO MASA INDURADA SUPERFICIAL MOVIL APROXIMADAMENTE 1*1 CM EN EL DORSO, DOLOROSA, COMPATIBLE CON PROBABLE GANGLION..", en consecuencia, le **otorgó incapacidad de 5 días** y lo remitió por consulta de ortopedia **prioritaria.**

4. El 26 de diciembre del 2017, ingresa nuevamente por urgencias y una vez valorado el médico tratante plasma en la historia clínica "CUADRO SINTOMATICO DE HOY DESCRITO EN ENFERMEDAD ACTUAL Y CON HALLAZGO AL EXAMEN FISICO DESCRITO EN ESTE MOMENTO COMPATIBLE CON CUADRO DE TENDINITIS MANO IZQUIERDA SECUNDARIA A PRESENCIA DE GANGLION REGIÓN CARPIANA, SINTOMAS SECUNDARIOS, NO CUADRO DE SINDROME TUNEL DEL CARPIO EN EL MOMENTO. ETIOLOGIA APARENTE MECÁNICA...SEGUIMIENTO EN 72 HORAS. SEGUIR SOLICITANDO CITA DE ORTOPEDIA YA TIENE ORDENES" **y le otorga incapacidad por 4 días.**

5. El 2 de enero del 2018, acude al servicio de urgencias en donde insiste en que es necesaria la valoración por ortopedia. Se le administra "analgesia corticoide" **y le otorga incapacidad por 1 día**.

6. El 10 de enero del 2018 a las 6:24 cumple la cita con el ortopedista quien manifestó en la historia clínica "MANO IZQUIERDA EN DORSO DEL CARPO A NIVEL DEL 4TO RAYO SE APRECIA MASA APROXIMADAMENTE 1CM DE DIAMETRO DE CONSISTENCIA CAUCHOSA QUE SE MOVILIZA CON LA FLEXOEXTENSION DEL DEDO DOLOROSA A LA PALPACIÓN. NO ERITEMA NO CALOR". Y ordenó una ecografía de muñeca, terapia física, analgésicos orales, cita de control con CX de mano y consulta asistida con ortopedia.

De acuerdo a lo anterior, es claro que aunque para la fecha en que al actor fue despedido –10 de enero del 2018- no se encontraba incapacitado, ya que su última incapacidad por el diagnostico recurrente se emitió el día 2 de enero del 2018, lo cierto es que se encuentra probada la condición de salud que venía padeciendo como consecuencia de la masa que apareció en su mano izquierda, que le generó la expedición de un total de 14 días de incapacidad y la remisión reiterada al ortopedista con carácter de prioritario, la cual fue agendada para el día 10 de enero de 2018, lo

que denota que el actor se encontraba en tratamiento debido a su estado de salud, especialista que le ordenó la realización de terapias físicas y la valoración por cirugía de mano asistida con ortopedia.

En tales condiciones y teniendo en cuenta que labor a ejecutar por el actor correspondía a la de digitador, no existe duda alguna que se encontraba en una situación de debilidad manifiesta que amerita especial protección, sustentada en las circunstancias de salud por las atravesaba que le impedían realizar sustancialmente la labor contratada en condiciones regulares; por esta razón se invierte la carga probatoria, quedando en cabeza del empleador demostrar la causa objetiva por la cual fue desvinculado sin acudir a la autorización previa del Ministerio de Trabajo.

Al revisar la carta de terminación del contrato de trabajo, visible a folio 12, se observa que la decisión esta fincada únicamente en el vencimiento del periodo de prueba, sin embargo, la empresa demandada arguye al contestar la demanda que el finiquito obedeció al deficiente rendimiento del trabajador, argumento que no resulta de recibo, en primer lugar, porque el parágrafo del art. 62 y 63 del CST es claro al señalar que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación y que posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos, y en segundo lugar, porque no se acreditó dentro del proceso el deficiente rendimiento que alega tuvo el trabajador, situación que se encuentra en contravía de lo expuesto por nuestra Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-978 de 2004, que precisó:

> ***"...****Por ende, la terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba por parte del empleador, si bien es una facultad discrecional, no puede ser entendida como una licencia para la arbitrariedad, sino que, en contrario, debe fundarse, de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, en la comprobación cierta de la falta de aptitudes suficientes por parte del trabajador para el desempeño de la labor encomendada."*

De esta manera, al cumplirse con los presupuestos para derivar la protección laboral reforzada, resulta dable declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, entendida como restablecimiento o reanudación del contrato, en consecuencia, se revocará el fallo apelado y en su lugar se ordenará a la demandada a reinstalar al demandante en el mismo cargo o en uno de igual o superior categoría al que venía desempeñando al momento de su retiro acorde a su situación actual de salud, y se condenará a pagar los salarios, prestaciones sociales y aportes con destino al sistema de seguridad social integral que se hayan causado a partir del desde el 10 de enero de 2018, autorizando descontar de la condena las acreencias incompatibles con el efecto de la no solución de continuidad reconocidas y pagadas al promotor del proceso a la terminación de la relación laboral.

Así mismo, se condenará a la accionada a pagar la suma de $ **$4.426.300** por concepto de 180 días de salario, a título de indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 24 de abril del 2019, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar DECLARAR la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, en consecuencia, se ordena a la demandada a reinstalar al señor DIEGO ALFONSO TORRES RODRÍGUEZ en el mismo cargo o en uno de igual o superior categoría al que venía desempeñando al momento de su retiro de acuerdo a su condición actual de salud.

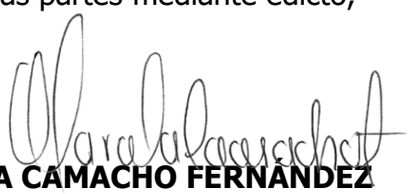
SEGUNDO: CONDENAR a la demandada VENTAS Y SERVICIOS S.A. a a pagar al señor DIEGO ALFONSO TORRES RODRÍGUEZ, los salarios, prestaciones sociales y los aportes con destino al sistema de seguridad social integral que se hayan causado a partir del 10 de enero de 2018. Se autoriza a la accionada descontar de la condena las acreencias incompatibles con el efecto de la no solución de continuidad, reconocidas y pagadas al promotor del proceso a la terminación de la relación laboral, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a cancelar al demandante a título de indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, la suma de $4.426.380.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la demandada.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MIRIAM ARANGO OSPINA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, AFP PORVENIR Y AFP COLFONDOS***
RADICACIÓN:	***1100131050-23-2018-00544-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR Y COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO Y PENSIÓN DE VEJEZ***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Miriam Arango Ospina instauró demanda ordinaria contra Colpensiones la AFP COLFONDOS y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado al RAIS y que está válidamente afiliada al RPMPD. Como consecuencia se condene a la AFP COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes pensionales, los rendimientos, intereses, deducciones por gastos de administración y descuentos para los seguros de invalidez y sobreviviente. Se condene a Colpensiones a reconocer y pagarle una pensión de vejez desde el día en que efectúo la última cotización, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s. y 83 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 1° de julio de 1959; que actualmente cuenta con 59 años de edad; que realizó cotizaciones a Cajanal con el empleador público EMPOISLAS Empresas Municipales de las Islas; que luego comenzó a cotizar al ISS el 7 de marzo de 1985; que la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR la convenció de afiliarse al RAIS en noviembre de 1994 con la promesa de mejorar su pensión; que el asesor de la AFP COLPATRIA no le explicó las condiciones para acceder al RAIS; ni las ventajas, ni desventajas de su afiliación al RAIS; que en el año 2000 se trasladó a la AFP COLFONDOS; que no se le brindó una información clara; que solicitó a Colpensiones la ineficacia de su traslado y el reconocimiento de la pensión de vejez aquí pretendida, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 92), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que su afiliación cuenta con plena validez, pues obra el soporte de la afiliación y que para la época en que se efectúo el traslado no existía obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar una información detallada. Que se acredito la voluntad de trasladarse con la firma del formulario. Que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, compensación y la genérica. (fol. 107 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda señalando que se opone a la totalidad de pretensiones en la medida que el traslado se efectúo con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Indicó que la información que se le brindó se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de algún vicio del consentimiento, debida asesoría del fondo y la genérica. (137 y s.s.)

5. Contestación de la AFP COLFONDOS. Contestó la demanda señalando que no existe ningún vicio del consentimiento que pueda generar la ineficacia pretendida, por lo que se opone a las pretensiones de la demanda. Que la afiliación es válida por cuanto cumplió con los requisitos legales. Propuso como excepción de fondo la de validez de la afiliación con COLFONDOS, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica. (169 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de marzo del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR y a la AFP COLFONDOS por el período que estuvo afiliada en cada una de ellas que devuelva o traslade todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubiesen causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto. Declaró válidamente afiliada a la demandante al RPMPD. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante una pensión de vejez a partir de su retiro del sistema. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 219)

La decisión del Juez se basó en que la AFP PRIVADA era quien tenía la carga probatoria; que no probó haber brindado la información requerida al momento del traslado por lo que debe declararse la ineficacia del mismo. Que la demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros de la Ley 797 del 2003. Que su pensión debe pagarse a partir de la desafiliación del sistema y que debe liquidarse conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993.

7. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra el apoderado de la **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que no se debe ordenar que devuelva los dineros descontados por gastos de administración, pues ellos se cobraron en virtud de lo permitido por la Ley 100 de 1993. Que si no hubiese estado en el RAIS no hubiese recibido rendimientos, luego no deberían devolverse los rendimientos.

8. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra el apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que no se probaron vicios del consentimiento al momento del traslado. Que la demandante no tenía una expectativa legitima, ni era beneficiaria del régimen de transición. Que no se podía trasladar en cualquier tiempo conforme lo indica la sentencia de unificación de la Corte Constitucional. Que con el traslado de la demandante se afecta la sostenibilidad financiera.

9. **Alegatos demandante.** Señala que conforme a la jurisprudencia y al marco legal que rige el presente proceso, la declaratoria de ineficacia de la afiliación decretada por el Juzgador de primera instancia trae consigo el efecto o consecuencia de retornar las cosas al estado en que se encontraban, por ende el Fondo de Pensiones del RAIS tiene la obligación de devolver al régimen previo, es decir el RPM, los aportes a pensión, los rendimientos y los gastos de administración como si el acto nunca hubiera existido, inclusive debiendo responder con su propio patrimonio.

10. Alegatos Colpensiones. Indica que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para la demandante, como quiera que a la hora del traslado la actora contaba con menos de 750 semanas, pues había cotizado un total de 214,57 semanas al ISS y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez.

11. Alegatos AFP Porvenir S.A. Manifiesta que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP Porvenir es eficaz.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en su favor en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala, son (i) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (ii) ¿Es necesario tener una expectativa legitima o ser beneficiario del régimen de transición para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La AFP PORVENIR está obligada a devolver los gastos de administración comisiones y rendimientos que se generaron durante la vinculación al RAIS?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?***;*** (vi) ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca una pensión de vejez? y (vii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con las mesadas pensionales causadas?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Debe precisar la Sala que si bien Colpensiones en su apelación manifiesta que no se probó la existencia de algún vicio del consentimiento al momento del traslado, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación y Cotizaciones

Se encuentra demostrado que la señora Miriam Arango Ospina, cotizó al ISS entre el 7 de marzo de 1985 al 6 de septiembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 122); que el 15 de diciembre de 1994 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR conforme aparece en el formulario de afiliación (fol. 145); que el 19 de noviembre de 1998 firmó el formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR (fol. 146) y que finalmente, se trasladó a la AFP COLFONDOS el 26 de abril del 2000 (fol. 191).

Carga probatoria y deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A. y la AFP COLFONDOS, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

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

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

Respecto al interrogante relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición o tener una expectativa legítima** como presupuesto para que se declare la ineficacia del traslado, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia del cambio

de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al demandante, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones y los correspondientes rendimientos

Para resolver el problema jurídico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.**

Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Por tanto, le asiste razón a Colpensiones al solicitar se ordene que todas las AFP a las cuales perteneció el demandante deben devuelvan de su propio patrimonio las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación por parte de Colpensiones

Frente a este tema, es necesario precisar que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de la AFP PORVENIR los **aportes** efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PORVENIR S.A. y la AFP COLFONDOS de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia)

Excepción de Prescripción- Frente a la ineficacia del traslado

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta **imprescriptible** y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Pensión de vejez ley 797 del 2003

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir siendo mujer con 60 años de edad a partir del 1° de enero del 2014 y se requiere contar con 1300 semanas.

i) edad

La demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que nació el 1° de julio de 1959, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones, visible a folio 122, la cual se tiene en cuenta para determinar la fecha de nacimiento, pues no se allegó fotocopia de la cédula de ciudadanía, ni registro civil de nacimiento. Siendo claro que cumplió los 60 años de edad requeridos el **1° de julio del 2019.**

ii) semanas

Una vez revisada la historia laboral expedida por la AFP COLFONDOS se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1450 semanas en toda su vida laboral.

Por tanto, acertó el fallador de primera instancia al señalar que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990, tal y como lo indicó el fallador de primera instancia.

Finalmente, debe señalarse que acertó el a quo cuando estableció que la pensión de la actora debía liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo a lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad.

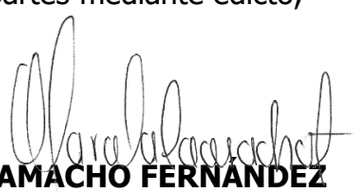
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de marzo del 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho para cada una la suma de $750.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***JULIO IGNACIO BENETTI ANGEL***
DEMANDADO: ***UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA***
RADICACIÓN: ***1100131050-08-2018-00117-01***
ASUNTO: ***CONSULTA EN FAVOR DEL DEMANDANTE***
TEMA: ***CONTRATO DE TRABAJO***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Julio Ignacio Benetti Angel instauró demanda ordinaria contra la UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 21 de enero del 2016, el cual se prorrogó de manera automática y sucesiva por períodos iguales al pactado inicialmente, a partir del 19 de diciembre del 2016, por la falta de manifestación de la demandada de no prorrogarlo y cuyo salario ascendía a la suma de $2'811.439. Como consecuencia, se condene a la Universidad demandada a pagar los salarios causados, las prestaciones sociales, vacaciones generadas en las prórrogas automáticas que se generaron a partir del 19 de diciembre del 2016; lo cual deberá ser pagado junto con la indemnización moratoria, la sanción por no consignación de cesantías, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s. y 44 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: el 21 de enero del 2016 suscribió con la Universidad La Gran Colombia un contrato individual de trabajo a término fijo por 10 meses y 27 días, el cual terminaba el 18 de diciembre del 2016; que el 18 de noviembre del 2016 no se le entrego preaviso; que el 16 de noviembre del 2016 se le designó como jurado examinador de un trabajo de grado; que el día 16 de enero del 2017 fue requerido a su correo institucional por parte del Coordinador de Investigaciones de la Facultad de Derecho para que entregara el concepto del trabajo de grado que le fue asignado el 16 de noviembre del 2016, el cual debería entregar a más tardar el 20 de enero del 2017; que el 19 de enero del 2017 entregó el concepto solicitado; que el 20 de enero del 2017, recibió citación para estar el día 23 de enero del 2020 como jurado en la sustentación de un trabajo de grado; que el 19 de enero

del 2017, se presentó para asumir sus funciones académicas y de investigación con la sorpresa de que se le informó verbalmente que no tenía carga académica y de investigación para ese año; que el 22 de febrero del 2017, se le dio respuesta a un derecho de petición que había presentado informándole que no tenía carga académica, ni de investigación, pues no había sido contratado.

2. Contestación de la demandada. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el contrato entre las partes efectivamente inició el 21 de enero del 2016 y finalizó el 18 de diciembre del 2016 y que no se le entrego preaviso, por tener el régimen especial señalado en el art. 101 del CST. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación reclamada, pago, buena fe, compensación y prescripción. (fol. 67 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de mayo del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 125)

Su decisión se basó en que no se discute la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 21 de enero del 2016 para desempeñar el cargo de profesor de tiempo completo. Que dada la vinculación que existió entre las partes el contrato se dio por el período escolar de conformidad con el art. 101 del CST. Que en este tipo de contratos no es necesario realizar el preaviso, pues no se prorrogan de manera automática. Que no existe prueba de que hay asistido a la sustentación de un trabajo de grado el 23 de enero del 2020, como lo manifiesta en los hechos de la demanda. Que se evidencia que la Universidad demandada le pago todos los salarios y prestaciones sociales durante la vinculación del contrato, por lo que no adeuda ninguna suma al actor.

4. Alegatos de conclusión. Ninguna de las partes presentó alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en consulta en favor del demandante por no haber sido apelado el fallo de primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Cuál es la modalidad de contrato de trabajo celebrado entre las partes y si requería preaviso para su no prórroga automática?

De la relación laboral

No fue objeto de controversia por parte del apelante la declaratoria de existencia de relación laboral, extremo temporal inicial y cargo desempeñado, efectuada por el juez primigenio, quedando demostrado que entre el señor JULIO IGNACIO BENETTI ANGEL y la UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA, existió un contrato de trabajo desde el 21 de enero del 2016, en el cual el actor se desempeñó como docente de tiempo completo.

De la modalidad del Contrato de Trabajo

En lo que a este punto de debate respecta, la activa señaló en el libelo introductor que su contratación se llevó a cabo a través de contrato de trabajo celebrado a término fijo, mientras que la pasiva arguye en la contestación de la demanda que, estuvo sujeto al régimen especial señalado en el art. 101 del CST.

Para dilucidar la controversia, procede la Sala a verificar el contenido del contrato de trabajo arrimado al plenario a título de prueba documental, encontrando que en la cláusula segunda las partes estipularon que el contrato se celebraba *"**por periodo académico del año 2016,** cuya ejecución contractual inicia **21 DE Enero HASTA EL 18 DE Diciembre DE 2016** en los términos de los artículos 101 y 102 del y 106 de la ley 30 de 1992"*

Cumple con recordar la Sala que, tratándose de la labor docente, el artículo 101 del CST, consagra: *"El contrato de trabajo con profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por año escolar, salvo estipulación en contrario"*. Sobre lo anterior, explica la Corte Constitucional en sentencia C-483 de 1995, que la norma en mención es de carácter supletiva ante la inexistencia de acuerdo expreso de los contratantes, ya que "*únicamente ante el silencio de las partes en el convenio, el legislador concluye que el contrato de trabajo ha sido celebrado por un término equivalente al año escolar".*

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 15.623 del 23 de abril del 2011, señaló que el aludido precepto, desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo distinta a las que menciona el artículo 45 del CST, la cual está destinada para quienes cumplan labores en condición de docentes y cuya actividad no es requerida durante todo el año calendario, pero dejando claro también que la norma tiene aplicabilidad ante ausencia de expresión válida diferente de los contratantes, quienes pueden servirse para regular la relación contractual, de las otras modalidades de contratación que establece el CST. Señaló además la Corte, que en este tipo de contratos no se prevé el preaviso o desahucio, de manera que basta la culminación del respectivo período académico para que finalice el contrato; por lo que no opera la prórroga automática del contrato si las partes no expresan oportunamente su ánimo de terminarlo.

De lo anterior se colige que para éste tipo de contratos no se requiere que los mismos consten por escrito, de ahí que no puedan equiparase a los contratos a término fijo como lo pretende la parte demandante, pues se trata de una norma especial que se aplica cuando se está frente a la contratación de docentes para planteles de educación privada.

Ahora, tal y como lo dejo claro la Corte Suprema de Justicia este tipo de contratos finaliza a la terminación del período académico, no operando en ellos la figura de la prórroga automática, por lo que acertó el a quo, al señalar que el contrato celebrado por la Universidad demandada con el demandante culminó el 18 de diciembre del 2016.

En cuanto a las acreencias laborales reclamadas, teniendo en cuenta que a folio 87 se allegó la liquidación del contrato de trabajo hasta el 18 de diciembre del 2016, cuyo pago que aceptó el demandante al momento de absolver interrogatorio de parte, salta de bulto que las pretensiones planteadas por el libelista no están llamadas a prosperar y, en consecuencia, habrá de ser confirmada la sentencia absolutoria impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de mayo del 2019, por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Se le aceptó el impedimento mediante auto del 19 de junio del 2019 fol. 131)



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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JOHN FREDI GONZÁLEZ PARRA***
DEMANDADO:	***JOHN JAIRO SUESCA COMO PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO JHON PELUQUERIA***
RADICACIÓN:	***1100131050-29-2017-00621-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. John Fredi González Parra instauró demanda ordinaria contra JOHN JAIRO SUESCA como propietario del establecimiento de comercio denominado JHON PELUQUERIA con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral desde el 3 de noviembre del 2014 al 12 de enero del 2015. Como consecuencia se condene al demandado a pagar las sumas correspondientes por concepto de prestaciones sociales, vacaciones, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: se vinculó al establecimiento de comercio denominado "JHON PELUQUERIA" el 3 de noviembre del 2014 al 12 de enero del 2015, para desempeñar el cargo de estilista; que los elementos que utilizó eran suministrados por el establecimiento de comercio; que prestaba sus servicios de manera personal; que debía cumplir un horario de trabajo; que en el turno se le asignaban los clientes que debía atender; que el propietario era quien le indica que procedimientos debía realizar a cada cliente; que estaba prohibido salir del establecimiento mientras se encontraba en turno; que la remuneración era entrega da por el propietario; que la remuneración promedio era de un SMMLV; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende con la presente demanda.

2. Contestación de la demandada. A pesar de haberse notificado personalmente al demandado no contestó la demanda, por lo que el fallador de primera instancia la tuvo por no contestada mediante auto del 11 de diciembre del 2018. (fl. 40)

3. Reforma a la demanda. El demandante reformó la demanda agregando una prueba testimonial y una solicitud de exhibición de documentos (fl. 24 y s.s.), lo cual fue aceptado por la falladora de primera instancia, quien mediante auto del 11 de diciembre del 2018 admitió la reforma a la demanda. (fl. 40)

4. Contestación a la reforma a la demanda. Teniendo en cuenta que la contestación a la reforma a la demanda fue presentada de manera extemporánea, la falladora de primera instancia la tuvo por no contestada mediante auto del 1° de marzo del 2019. (fl. 49)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de noviembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró entre las partes la existencia de un contrato de trabajo entre el 3 de noviembre del 2014 al 12 de enero del 2015, cuyo último salario ascendía a la suma de $644.350. Condenó a la demandada a pagar la suma correspondiente por concepto de prestaciones sociales y vacaciones. Condenó al demandado a pagar las sumas adeudadas de manera indexada. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. Condenó en costas a la demandada. (CD fol. 107)

Su decisión se basó en que demostrada la prestación personal del servicio nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo la cual no fue desvirtuada. Que ante la inasistencia del demandante a absolver el interrogatorio de parte se declara confeso y con ello se prueban los extremos de la relación laboral. Que al no haberse probado el salario devengado se tendrá como salario el mínimo legal vigente. Procedió a liquidar las prestaciones sociales y vacaciones y ordenó que le fueran pagadas al actor de manera indexada. En cuanto a la indemnización moratoria señaló que no opera de manera automática. Que se evidencia que el actuar de la demandada fue de buena fe y que se sustrajo del pago de prestaciones sociales y vacaciones ante el convencimiento de que se encontraban frente a un contrato de arrendamiento que fue el contrato que suscribieron las partes. Que la declaratoria del contrato no fue por la actividad probatoria del demandante sino porque nació la presunción del art. 24 del CST y se declaró confeso al demandado, por lo que no existía certeza de cuál era el vínculo que unía a las partes y por tanto, no debe impartirse condena por este concepto.

6. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que en relación con el no pago de prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, aduce que la presunción general de la buena fe encuentra una excepción presumiendo la mala fe, la que la podrá desvirtuarse con la demostración en el proceso de razones serias objetivas y jurídicas que justifican tal omisión.
Afirma que la determinación de la buena o la mala fe comporta un análisis integral en todas las conductas del empleador sin perder de vista que se presume esta última, por lo que al estudiarse las circunstancias del caso particular y de no existir elementos que demuestre de forma clara y sería el buen obrar del empleador debe declararse la sanción, señalando que el hecho que el demandado no se haya presentado a absolver el interrogatorio de parte es un indicio grave en su contra y es claro que al momento en que se terminó la relación laboral este no pagó la totalidad de las acreencias que se le debían al demandante.

Asevera que no había ninguna razón en la ejecución del contrato que permitiera dejar asomo de duda respecto de la subordinación y la naturaleza del contrato que era evidente se ejecutaba y pretendía disfrazarse mediante la formalidad de la suscripción de otro, por lo que solicita se condene a la demandada a pagar la indemnización moratoria.

7. Alegatos demandante. Señaló que no existe un solo elemento dentro del acervo probatorio del cual se pueda inferir que quedo desvirtuada la mala fe. Que si el demandado hubiera actuado de buena fe reconocería la forma en que se desarrollaba la relación entre las partes, el modo de ejecución y explicaría las razones que le asistían para considerar que no existía vínculo laboral. Que el demandado no es una persona natural de escasa formación académica, se trata de un ente con acceso a asesoría de primer nivel.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST ante la falta de pago de prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato de trabajo?

No existe discusión en esta instancia, pues no fue tema de apelación, que entre el señor John Fredi González Parra y el señor John Jairo Suesca Rodríguez como propietario del establecimiento de comercio denominado "Jhon Peluquería" existió un contrato de trabajo entre el 3 de noviembre del 2014 y el 12 de enero del 2015. Tampoco se controvierte que el salario devengado fue el mínimo legal vigente.

De la indemnización moratoria

Para resolver la inconformidad planteada por la parte actora en su apelación, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

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

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional entre otras en la sentencia T-459 del 2017 en la que señaló que la jurisprudencia constitucional

establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, advierte la Sala que le asiste razón al apelante al señalar que en el presente caso, no se logró demostrar que el actuar del demandado al no pagar las prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato haya estado revestida de buena fe, pues nótese que la única prueba que trajo la parte demandada al proceso para demostrar que entre las partes no existió una relación laboral fue un documento que celebraron las partes denominado "CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL".

Prueba que tuvo que ser decretada de oficio por la falladora de primera instancia, pues a pesar de habérsele notificado personalmente la demanda al señor Suesca éste no la contestó y contestó la reforma a la demanda de manera extemporánea; por tanto, en tal escenario el aporte de dicho contrato no es suficiente para demostrar su buena fe, ya que estos fueron precisamente el instrumento formal con el cual se pretendió ocultar la relación laboral.

Aunado a que el demandado ni siquiera quiso comparecer a absolver el interrogatorio de parte que fue decretado en favor de la parte demandante, por lo que la falladora de primera instancia lo declaró confeso de los extremos de la relación laboral.

Por lo expuesto se itera, no emerge de las pruebas que se encuentran dentro del expediente, que el ente vinculado a juicio hubiese obrado, amparado en una convicción seria y razonable de acatamiento a la ley.

En consecuencia, se revocará la absolución impartida en primera instancia por este concepto, para en su lugar, condenar al demandado a pagar un día de salario equivalente a $21.478, por cada día de retardo desde el 13 de enero del 2015 día siguiente a la terminación del contrato de trabajo y hasta el momento en que se efectúe el pago de las prestaciones sociales a las que fue condenada el demandado en primera instancia, aplicando para el efecto el parágrafo 2 del artículo 65 del C.S.T., en tanto se declaró que el actor devengaba un salario mínimo.

De la indexación

Como quiera que la CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 20725-2017 que la indexación es incompatible con la indemnización moratoria, se revoca la condena impuesta por el A quo frente a la indexación de las prestaciones sociales y sólo se confirma frente a las vacaciones.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de noviembre del 2019, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR al demandada a pagar al demandante un día de salario equivalente a $21.478 por cada día de retardo desde el 13 de enero del 2015, día siguiente a la terminación del contrato de trabajo y hasta el momento en que se efectúe el pago de las prestaciones sociales a las que fue condenada la demandada en primera instancia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada en el sentido que únicamente se condena a la indexación de la suma adeudada por concepto de vacaciones.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARLEN RODRÍGUEZ QUINTERO***
DEMANDADO:	***VICERO PLATICENTER S.A.S.***
RADICACIÓN:	***1100131050-20-2019-00294-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO***

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

Teniendo en cuenta que el presente proceso se encuentra entre las excepciones dispuestas por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Marlen Rodríguez Quintero instauró demanda ordinaria contra la empresa VICERO PLATICENTER S.A.S. con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de mayo del 2017 al 6 de mayo del 2018, el cual finalizó de manera unilateral y sin justa causa. Como consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, indemnización moratoria, aportes a seguridad social, sanción por no consignación de cesantías y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: se vinculó con la demandada el 15 de mayo del 2017; que su jefe inmediata fue la señora Diana Patricia Laguna Verjan; que fue contratada para desempeñar el cargo de oficios varios; que el salario devengado fue de $1'200.000 mensuales en el año 2017 y $1'300.000 en el año 2018; que el 3 de abril del 2018 le informó a su jefe inmediata que debía practicarse una cirugía; que el 4 de mayo del 2018, ingresó a cirugía a raíz de la cual le dan 3 días de incapacidad; que además de sus funciones de trabajos varios debía cargar y descargar plantas en materas muy pesadas de un segundo piso a un primer piso, por lo que se comunicó con su jefe inmediata quien le manifiesta que se presente a laborar cuando se sienta con total capacidad física.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda aceptando la existencia de un contrato de trabajo con la demandante a término indefinido entre el 15 de mayo del 2017 y el 6 de mayo del 2018. Aceptó que el cargo desempeñado era el de oficios varios. Aceptó que el salario del año 2017, era de $1'200.000 y del año

2018 era de $1’300.000. Sin embargo, manifestó que nunca despidió a la demandante, sino que ella abandono su puesto de trabajo. Señaló que si realizó los pagos a seguridad social y que le cancelo las prestaciones sociales y vacaciones en el Banco Agrario. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la deuda y buena fe. (fol. 50 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de febrero del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró entre las partes la existencia de un contrato de trabajo entre el 15 de mayo del 2017 y el 1° de mayo del 2018, el cual terminó sin justa causa y cuyo último salario ascendía a la suma de $1’300.000. Condenó a la demandada a pagar la suma de $1’223.600 por concepto de saldo pendiente de pago de prestaciones sociales y vacaciones. Igualmente condenó a la demandada los aportes a pensión generados durante toda la relación laboral previo calculo actuarial efectuado por la Administradora de Pensiones. Condenó al pago de la sanción por no consignación de las cesantías y a la indemnización moratoria. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. Condenó en costas a la demandada. (CD fol. 125)

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y su extremo inicial. En cuanto al extremo final teniendo en cuenta que el Representante Legal de la demandada acepta al absolver el interrogatorio de parte que la demandante laboró hasta mayo del 2018, se tomará como extremo final el 1° de mayo del 2018, tal y como lo ha indicado la CSJ. Que se allegó la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones realizada por la empresa demandada en la que se observa que se realizó con un salario mínimo más auxilio de transporte, sin embargo, la demandada acepta que el salario de la demandante fue de $1’300.000, por lo que se deben calcular las prestaciones sociales y vacaciones bajo ese valor y descontar la suma que fue consignada al Banco Agrario, encontrando que aún se le adeuda a la demandante la suma de $1’223.600. Que se debe condenar al pago de aportes a pensión previo cálculo actuarial, como quiera que el Representante Legal de la demandada confeso que no afilió a seguridad social a la demandante. Que se debe condenar a la sanción por no consignación de cesantías a razón de un día de salario a partir del 15 de febrero del 2018 y hasta el 1° de mayo del 2018, por la suma de $3’040.000. Que no se evidencia la buena fe de la demandada pues no liquidó las prestaciones sociales y vacaciones con el salario realmente devengado sino con el SMMLV y ni siquiera se sabe si el depósito judicial que hizo ya fue entregado a la demandante.

4. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, argumentando que si se pagaron las cotizaciones a pensión las cuales fueron aportadas al expediente, por lo que no se puede realizar un doble cobro. Que no se debe condenar al pago de la indemnización moratoria pues el actuar de la demandada sí estuvo revestido de buena fe, pues a pesar de que la liquidación no se hizo con el salario correcto si se hizo un depósito judicial a nombre de la demandante. Señala que su cliente no debe todo el dinero al cual fue condenado. Que dentro de la sanción también van incluidos los intereses a las cesantías.

5. Alegatos. Ninguna de las partes presentó alegatos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La demandada efectivamente pago los aportes a pensión por el tiempo laborado por la demandante?; (ii) ¿La convocada a juicio realmente adeuda las condenas que se le impusieron? y (iii) ¿El actuar de la pasiva estuvo revestido de buena fe que dé lugar a absolver del pago de la indemnización moratoria?

De la relación laboral

No existe discusión en esta instancia, pues no fue materia de alzada, que entre la señora Marlen Rodríguez Quintero y la empresa VICERO PLANTICENTER S.A.S. existió un contrato de trabajo, durante el periodo comprendido entre el 15 de mayo del 2017 y el 1° de mayo del 2018, siendo el salario realmente devengado para el año 2017, de $1’200.000 y para el año 2018, de $1’300.000.

Del pago de aportes con destino al sistema pensional

El reparo de la pasiva frente a la sentencia primigenia, gravita en uno de sus apartes sobre la deficiente valoración probatoria que conllevó a la condena por concepto de aportes pensionales; argumento que no resulta de recibo por parte de esta Colegiatura, pues una vez revisado el expediente se observa que las únicas pruebas que se allegaron con la contestación de la demanda fueron dos audios de whatsapp, la liquidación de prestaciones sociales que realizó la empresa demandada con el salario mínimo, el título de depósito judicial N° A6810351 en el cual consignaron el valor de la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, el acta de reparto del pago por consignación, el RUT de la empresa, la cédula del Representante Legal de la empresa demandada, el certificado de existencia y representación legal de la empresa demandada, documentos con los cuales no es posible acreditar su cumplimiento.

Aunado a lo anterior, no entiende la Sala a que pago se refiere el apoderado de la parte demandada, cuando fue el mismo Representante Legal de la empresa VICERO PLATICENTER S.A.S. quien al absolver el interrogatorio de parte confesó que durante la relación laboral que existió con la aquí demandante nunca la afilió a seguridad social.

Así las cosas, salta de bulto que el planteamiento efectuado en la alzada no se encuentra llamado a prosperar y, en consecuencia, habrá de ser confirmada la condena impartida en primera instancia.

De la indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

Frente a estas pretensiones el apoderado de la parte demandada solicita se le absuelva, bajo la consideración de que el actuar de la empresa accionada estuvo

revestido de buena fe, toda vez que se efectuó consignación en el Banco Agrario por el valor de las prestaciones sociales y vacaciones.

El concepto de buena fe en el campo del derecho laboral, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina, supone una convicción de honestidad, honradez y lealtad durante el curso de la relación laboral, lo que implica una conciencia clara, exenta de fraudes, vicios o desviaciones, que en el sub judice brillan por su ausencia al estar acreditado que la pasiva tenia pleno conocimiento del valor del salario de la demandante, que ascendió a $1’200.000 en el año 2017 y a $1’300.000 en el año 2018, pues así fue aceptado desde la contestación de la demanda, sin embargo, tomó la decisión de liquidar las prestaciones y vacaciones de la señora Rodríguez Quintero con base en el salario mínimo legal vigente, sin justificación alguna.

Adicionalmente se debe hacer notar que, el pago por consignación fue realizado hasta el 28 de junio del 2019 (fol. 34), esto es, después de un año de haberse terminado la relación laboral y luego de que se hubiere radicado la presente demanda, actuar que denota que la actitud de la pasiva estuvo revestida de mala fe, por lo que será confirmada la decisión adoptada en primera instancia.

No se revisa la forma en que fueran liquidadas dichas indemnizaciones, pues esto no fue tema de apelación.

De las condenas por prestaciones sociales y vacaciones

Anhela el recurrente se revoque la condena por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, pues a su juicio fueron pagadas a la demandante, conclusión de la que discrepa la sala apoyando la decisión del fallador primigenio, quien certeramente adujo que, si bien fue efectuada una liquidación, lo cierto es que la misma se realizó con base en un salario mínimo, cuando desde la contestación de la demanda se aceptó que el salario de la demandante para el año 2017, era de $1’200.000 y para el año 2018, fue de $1’300.000.

Por tanto, acertó el fallador de primera instancia cuando procedió a liquidar nuevamente las acreencias con base en el salario realmente devengado por la demandante, descontando la suma consignada al Banco Agrario a órdenes de la demandante, pues de esta manera se logró establecer la diferencia a cargo de la empresa demandada.

Como quiera que la cuantificación del valor de las prestaciones y sociales liquidadas por el fallador de primera instancia no fue apelado, no se entra a revisar dicha suma.

En virtud de lo expuesto, se confirma en su integridad la sentencia apelada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de febrero del 2020, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia quedan a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $450.000, las cuales se liquidarán en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***WILLIAM ANDRÉS GUIO SALINAS***
DEMANDADO:	***INVERJENOS S.A.S.***
RADICACIÓN:	***1100131050-09-2016-00566-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO – DESPIDO SIN JUSTA CAUSA***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. William Andrés Guio Salinas instauró demanda ordinaria contra la empresa INVERJENOS S.A. con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 18 de octubre del 2012 al 20 de octubre del 2013 y que desde el 21 de octubre del 2013 al 25 de enero del 2016 existió un contrato a término indefinido, el cual finalizó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la empresa demandada. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a la reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías, a la indemnización por despido sin justa causa; seguro de desempleo, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 29 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: prestó sus servicios personales, subordinados y remunerados a favor de la demandada desde el 18 de octubre del 2012 hasta el 25 de enero del 2016; que de conformidad con el contrato de trabajo el demandante estaba vinculado como administrador; que el último cargo real desempeñado fue el de Director Operativo; que el último salario promedio devengado fue de $2’266.000; que el contrato de trabajo celebrado entre las partes fue a término indefinido, el cual finalizó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador; que la demandada adujo en la carta de terminación del contrato que finalizó con justa causa; que de conformidad con las funciones del Director Operativo tenía autonomía para adelantar el tipo de operaciones que se le imputaron como violatorias y como causales para su despido; que no ejerció las funciones de administrador sino las de Director Operativo; que fue despedido el 25 de enero del 2016, sin el correcto agotamiento del procedimiento para sanciones consagrado en el art. 115 del CST; que la empresa demandada descontó de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales la totalidad de un crédito de libranza sin su autorización; que no le ha cancelado la indemnización por despido sin justa causa, ni las acreencias reclamadas en la presente demanda.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda manifestando que efectivamente el contrato con el demandante comenzó el 18 de octubre del 2012, mediante contrato a término fijo; que por la voluntad conjunta de las partes se convirtió a un contrato a término indefinido a partir del 21 de octubre del 2013. Que dicho contrato estuvo vigente hasta el 25 de enero del 2016, fecha en la cual se le dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa. Que a la terminación de la relación laboral canceló al demandante todas las acreencias laborales adeudadas. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada y buena fe. (fol. 108 y s.s.)

3. Irregularidades alegadas en los alegatos de conclusión. El demandante manifestó que en su parecer se cometieron varias irregularidades, las cuales no fueron aceptadas por la falladora de primera instancia amparándose en el contenido del art. 29 del CPT y de la SS. Consideró la juzgadora que las audiencias solo se aplazaron en una oportunidad y que una vez revisado el sistema se observa que las fechas allí señaladas coinciden con las plasmadas en los autos. Frente a la multa que se le impuso al amparo de la parte demandante, indicó que las partes no efectuaron manifestación alguna, por lo que dicha decisión se encuentra ejecutoriada.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de mayo del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró que entre las partes existió una relación laboral que inició el 18 de octubre del 2012 y finalizó el 25 de enero del 2016; que se rigió inicialmente mediante un contrato a término fijo hasta el 20 de octubre del 2013 y a partir del 21 de octubre del 2013 como contrato de trabajo a término indefinido. Que el demandante se desempeñó como administrador y devengó un salario mensual de $2’266.000. Declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido y buena fe, y se relevó de estudiar los otros medios exceptivos. (CD fol. 137)

Su decisión se basó en que no fue discutida la existencia de un contrato de trabajo, sus extremos y la modalidad de contrato de trabajo a término fijo, que posteriormente pasó a ser contrato a término indefinido, por voluntad de las partes. Que, de acuerdo a las pruebas recaudadas, el cargo desempeñado por el demandante fue el de administrador. Que, según la carta de terminación del contrato de trabajo, la justa causa para dar por terminado consistió en hacer una auditoría en la que se encontraron unos vales de cajas menores con más de 1 mes, para préstamos personales, cuando solo están autorizados para asuntos del punto de venta. Que el accionante incumplió con su obligación de velar y cuidar los recursos de la compañía adecuadamente. Que el actor aceptó realizar préstamos con dinero de la demandada. Que el testigo manifestó que el administrador tiene permitido hacer vales por valor máximo de $30.000 y los efectuados por el demandante fueron por más de $200.000. Que los vales no pueden pasar de 2-3 días en la caja menor y por política de la compañía no se puede tomar dinero de las ventas para préstamos personales sino únicamente para gastos operativos de la empresa, como por ejemplo que se le acabaran los insumos. Que entre las obligaciones del demandante estaba la de responder por el dinero que entra al punto de venta, por lo que incumplió con sus obligaciones. Por tanto, se encuentra probada la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte de la empresa demandada.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que “El Despacho sigue dándole la categoría de administrador de INVERJENOS S.A.S. cuando en la práctica el trabajador ejerció como Director Operativo con 17 puestos a su cargo, con un horario de trabajo exhaustivo que empezaba desde las 6 am a contestar los requerimientos

que hicieran los clientes hasta altas horas de la noche, jornadas que iban desde las 6 am hasta las 10 pm, casi todos los días, por la responsabilidad asumida en el ejercicio del cargo, repito de Director Operativo con unas funciones diferentes y unas facultades diferentes a las del administrador".

Afirma que las conductas endilgadas al trabajador no son las descritas en el art. 62 CST, modificado por el art. 7° del Decreto 2395/65. Señala que en el reglamento y en el contrato de trabajo están enumeradas las conductas propias de un administrador y no de un Director Operativo.

Aduce que en cumplimiento de sus funciones y para no entorpecer la marcha normal de sus actividades en la empresa, le correspondía solucionar los problemas administrativos disciplinarios. Que también tenía que atender los eventos con grandes sumas de dinero autorizadas por la empresa, y que en el evento de que los 10 funcionarios y los muchos adscritos a su cargo fueran enviados a disfrutar de sus vacaciones sin liquidación y pago, resolvía la situación cogiendo de la base económica de su cargo unos créditos que fueron garantizados con vales a fin de evitar problemas en la empresa y que esos vales no son ilegales, pues son autorizados por la demandada.

Indica que enviaron a realizar una auditoría a un auditor que no le correspondía ejercer ese cargo, para que le realizara la audiencia de descargos, en la que no consignaron todos los asuntos tratados en la misma, perfeccionándose un fraude, aprovechando el desconocimiento que el trabajador para desarrollar esas diligencias. Que en el mismo proceso trataron de justificar la no comparecencia a notificarse señalando que la dirección era errada, cuando en la contestación de la demanda se manifestó que a la enviada era la correcta.

Que la pasiva inició un incidente de nulidad de todo lo actuado porque no se le había notificado, cuando en la realidad se les había notificado por conducto de los art. 291-292 del CGP y artículos correspondientes del CPT y de la SS. Que con las irregularidades presentadas en el proceso, esto es, con el aplazamiento de las audiencias y el cambio de fecha para la última audiencia donde se aceptaron todas las excepciones y donde se impuso una multa al apoderado de la parte actora, se generaría una nulidad de todo lo actuado, pues si bien no se interpusieron dentro del término, es precisamente porque estaban convencidos de la información suministrada por el sistema que indicaba que la diligencia se iba a practicar el 26 y no el 16 como en realidad se realizó.

Finalmente señala que, el demandante nunca estuvo incurso en ninguna de las causales del art. 61 y 63 del mismo código, y que la demanda no había prescrito.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Es procedente analizar la comisión de irregularidades dentro del presente proceso, que generen la nulidad de todo lo actuado? (ii) ¿Cuál fue el cargo que ostentó el actor

dentro de la empresa demandada? y (iii) ¿El despido del actor obedeció a una justa causa como lo señaló el fallador de primera instancia?

De las irregularidades dentro del proceso que puedan conllevar a una nulidad

Frente a este tópico se precisa a la parte activa que, el reparo relacionado con la existencia de irregularidades dentro el trámite procesal, sustentado en el aplazamiento de audiencias y en la no coincidencia de la información contenida entre el sistema y los autos, no puede ser objeto de análisis en esta instancia, por cuanto, se trata de un asunto que fue sometido a consideración de la juez primigenia quien en audiencia llevada a cabo el 10 de mayo de 2019 (minuto 1:11:14), determinó que los argumentos esbozados no se avienen a la realidad y en consecuencia, negó la solicitud de nulidad; decisión que fue notificada en estrados y que no mereció ningún reparo de las partes, por lo que se encuentra debidamente ejecutoriada.

Del cargo desempeñado por el demandante

La parte demandante reprocha la conclusión del fallador de primera instancia, en tanto señaló que el cargo desempeñado fue el de administrador, cuando en realidad fue el de director operativo.

Una vez revisadas las pruebas allegadas al proceso, evidencia la Sala, que el actor fue contratado para desempeñar el cargo de administrador al servicio de la empresa INVERJENOS S.A.S., como se evidencia en el contrato de trabajo celebrado entre las partes el 18 de octubre del 2012 (fl. 21 y s.s.), sin embargo, el último cargo que desempeñado fue el de "Director Operativo", pues así se extrae de la declaración rendida por el señor Carlos Oswaldo Hernández Godoy, testigo de la pasiva, quien ejerce el cargo de Director General de Operaciones y Jefe directo del demandante, hecho que se corrobora con el acta de descargos (fl. 8) en el que la empresa manifiesta que ostenta el cargo de Director de Zona y que coincide con la certificación expedida por la Gerente de Recursos Humanos de la empresa demandada, fechada 29 de enero del 2016. (fl.28)

En consecuencia, se modificará la decisión proferida en primera instancia, en el sentido de declarar que el cargo desempeñado por el demandante fue el de Director Operativo.

De la indemnización por despido sin justa causa

El parágrafo del art. 62-63 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, y que posteriormente no puede alegar válidamente causales o motivos distintos. Norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C -594 de 1997 bajo el entendido que, no basta con invocar genéricamente una de las causales, sino que es necesario precisar los hechos específicos que fundamentan tal determinación.

Verificadas las pruebas obrantes en el expediente, se puede observar que la accionada decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo del señor GUIO SALINAS, mediante misiva fechada 25 de enero del 2016 (fl. 18), en la que se aduce como hechos motivantes de la justa causa para finalizar el vínculo, que:

> *"…fue posible evidenciar que en los punto de venta de calle 140 y Unicentro 2 se presentaron inconsistencias, ya que se encontraron vales en las cajas menores por valor de Doscientos Mil pesos Mcte ($200.000) con fecha de noviembre del 2015 y*

Cuatrocientos Cincuenta Mil Pesos Mcte ($450.000) con fecha de 1 de Enero del presente año, pese a que los vales deben ser legalizados máximo dentro del mes siguiente a su realización, y que los mismos deben ser emitidos únicamente para temas relacionados con el punto de Venta.

En diligencia de descargos efectuada el día 18 de Enero del presente año, usted manifiesta que respecto al vale encontrado en el punto de venta de calle 140, el mismo fue para hacerle un préstamo personal a uno de los domiciliarios para que arreglara su motocicleta, y respecto al vale encontrado en el punto de venta de Unicentro 2, este fue para que la Subadministradora Angie Carolina Torres saliera a sus vacaciones, ya que en el corte de diciembre no le fue consignado el dinero correspondiente. Explicaciones que no pueden ser aceptadas por la empresa, ya que no es justificable de ninguna manera que haya tomado dineros de la compañía para hacer préstamos personales, más aún cuando usted no había solicitado autorización a sus superiores para dar este destino al dinero de la caja menor y considerando que no se encuentra facultado para tomar este tipo de decisiones.

Con esta conducta incumplió una de las obligaciones nacida de su contrato de trabajo, la cual es cuidar y velar porque los recursos de la compañía se administren de la mejor manera.

(…)

En estas condiciones su proceder resulta inaceptable desde todo punto de vista y por constituir todo lo anterior una violación expresa de puntuales y claras obligaciones y prohibiciones contractuales, legales y reglamentarias no dejan alternativa distinta que dar por terminado dicho contrato en la forma en que se le está comunicando…"

Conforme a lo anterior, la justa causa alegada por la empresa demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, corresponde a *"**Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo,** o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos".*

La remisión que hace la anterior normatividad a los artículos 58 y 60 hace referencia a que son obligaciones especiales de los trabajadores *"Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido…"*. Igualmente, se hace una remisión a las prohibiciones especiales de los trabajadores como *"Sustraer de la fábrica, taller o establecimiento, los útiles de trabajo y las materias primas o productos elaborados, sin permiso del empleador."*

En esta instancia no se discute la existencia de los hechos que se le endilgan al actor en la carta de terminación del contrato de trabajo, consistentes en tomar del dinero de base de los puntos de venta para hacer préstamos a compañeros de trabajo, pues ello no es motivo de alzada, máxime cuando fue aceptado por el demandante al rendir los descargos (fl. 8) y al absolver el interrogatorio de parte dentro del presente proceso, oportunidades en las cuales aclaró que el préstamo de $200.000, tuvo como finalidad que el domiciliario arreglara la moto y que el de $450.000, entregado a la administradora en razón a que la empresa demandada no le había cancelado sus vacaciones y tenía que viajar.

El problema jurídico que nos ocupa, consiste en determinar si los hechos endilgados al actor configuran una justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo, lo cual constituye el punto de distanciamiento entre el accionante y el juez primigenio, pues mientras el primero señala que tenía autonomía para adelantar el tipo de operaciones

que se le imputaron como violatorias, el segundo aduce en las consideraciones de la sentencia que, se encuentra acreditado el incumplimiento de las obligaciones.

Siendo así, con el ánimo de dilucidar la controversia, lo primero que se dirá es que no fue aportado al expediente el reglamento interno de trabajo, el manual de roles y responsabilidades del trabajador como tampoco el manual de procedimientos del manejo de la caja menor, documentos que hubiesen permitido verificar las funciones generales y especificas del trabajador, sus facultades y el procedimiento a seguir en la labor cuyo incumplimiento se invoca.

Al plenario fue allegado el contrato de trabajo (fls. 21 a 24), sin embargo, su contenido solo se limita a enunciar que desempeñará el cargo de administrador, sin especificar función o procedimiento alguno para el desempeño de la labor, y que, en todo caso no fue objeto de modificación escrita para el desempeño del cargo de director operativo o de zona, último desempeñado por el actor conforme a lo expuesto en líneas precedentes.

A pesar de lo anterior, fue el mismo accionante quien en diligencia de descargos llevada a cabo el día 18 de enero de 2016, aceptó que dentro de sus **funciones** como director operativo se encontraban las de *"Garantizar la operación de las tiendas, controlar la nómina, horarios, producto, disciplinarios en las tiendas".*

De la forma como se contestaron las preguntas subsiguientes, se extrae que tenía a su cargo el **manejo de la caja menor** y que la compañía había implementado un **procedimiento** para la realización dicha labor, pues cuando se le indaga sobre la forma en que deben ser manejados los recibos de la caja menor, señala que el dinero requerido en un punto de venta debe estar autorizado, diligenciado y firmado por el administrador de punto o el director, quien lo autoriza (pregunta 6, diligencia descargos).

En cuanto al procedimiento para la legalización de gastos del punto de venta, señala que el vale debe estar firmado por la persona que lo solicita y por quien aprueba, esto es, el administrador o el director, dependiendo del concepto, de la novedad o trámite a realizar (pregunta 7, diligencia de descargos).

Respecto al valor máximo por el cual debe autorizarse un vale de caja menor, correspondiente a transporte, indica que no debe superar los $20.000 o $30.000, excepto para gastos por operación en los que no tiene un límite, colocando como ejemplo, la autorización de transporte para el área de mantenimiento que en sus puntos de venta ha oscilado entre $90.000 y $100.000 (pregunta 8, diligencia de descargos).

Frente al tiempo que debe permanecer un vale de caja menor en la base de la caja menor, dice que debe ser legalizado en forma mensual (pregunta 9, diligencia de descargos).

Frente a los **hechos motivantes del finiquito**, no se discute que el trabajador en condición de director operativo o de zona autorizó dos vales, uno por valor de $200.000 y otro por valor de $450.000, imponiendo su firma en señal de consentimiento, pues así fue aceptado en la diligencia de descargos (preguntas, 10, 12 y 19, diligencia de descargos).

La destinación que tuvieron estos dineros fue a voz del actor, que el domiciliario arreglara la moto y que administradora pudiera realizar un viaje programado para las

vacaciones concedidas por el empleador, quien no le pago dicha acreencia (pregunta 10 y 19, diligencia de descargos e interrogatorio de parte).

Conforme al procedimiento de manejo de la caja menor narrado por el mismo accionante en diligencia de descargos, no cabe duda que en su calidad de director operativo o de zona, tenía la potestad de expedir vales, sin embargo, esta facultad estaba limitada a gastos de transporte, gastos de operación y compras, requeridos para el punto de venta, no para efectuar préstamos personales, como en efecto ocurrió y fue aceptado por el trabajador al absolver la preguntas 10, 15, 19, 21 y 23 de la diligencia de descargos.

Sobre estas limitaciones también dio fe el único testigo traído al proceso, señor Carlos Oswaldo Hernández Godoy, Director General de Operaciones, quien manifestó que entre las funciones del demandante como Director Operativo se encontraba anotar las ventas del día y hacer el manejo adecuado del dinero. Informó que la base de caja menor está constituida con el efectivo para darle las vueltas a los clientes o entregarles a los domiciliarios para que puedan dar vueltas, que el dinero debe permanecer en la tienda y sólo puede ser utilizado para hacer las compras que se requieran, como, por ejemplo, cuando se les acaba el queso, pero deben retornar el dinero en el mismo día de lo que se recoja de las ventas. Adicionalmente, señaló que los Directores Operativos por políticas de la compañía no tienen permitido autorizar préstamos personales y que lo que se utilice para compras se debe retornar de la venta en el mismo día. Finalmente, señala que el actor entre sus funciones no tiene la de pagar las vacaciones de empleados, pues para eso existe un área correspondiente.

El acto del trabajador resulta agravado al tratar de ocultar la realidad a su empleador, circunstancia que deviene de avalar un comprobante de caja en el que se registra que su objeto o concepto era la de cubrir gastos de "*transporte evento"*, como se extrae de las respuestas a las preguntas 10 y 11 de la mencionada diligencia, y como si fuera poco, de reprochar la auditoria que le fuera realizada bajo el argumento de que se surtió aprovechando su desconocimiento, como expuso en el recurso de alzada, olvidando que precisamente la auditoria tiene entre otras finalidades, la de examinar y evaluar el cumplimiento y eficacia de las políticas, procedimientos, directrices, normas, etc., de la compañía, velando por la preservación de su patrimonio y la eficiencia de su gestión, verificación para la cual no resulta necesario o indispensable el aviso previo del auditado.

Así mismo, el término de legalización de uno de los vales también fue excedido, pues como el mismo trabajador expuso en diligencia de descargos, solo cuenta con un mes para tal efecto, sin embargo, el correspondiente a $200.000 fue legalizado 1 mes y 26 días después, como informa al responder la pregunta 13 de la diligencia de descargos:

> "*Se reembolso el 16 de enero de 2016, duró el vale de la fecha desde noviembre 20 de 2015, hasta el 16 de enero de 2016"*

No sobra anotar que al acta de descargos se le debe dar pleno valor probatorio en razón a que no fue objeto de tacha de falsedad material ni ideológica, en la oportunidad correspondiente y se reputa auténtico de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del art. 54A del CPT y de SS.

De acuerdo a lo anterior, no resulta de recibo el argumento del accionante según el cual tenía autonomía y se encontraba autorizado para realizar este tipo de operaciones, por el contrario, se encuentra demostrado que su actuar no se ajusta a los

procedimientos establecidos por su empleador, cuya inobservancia constituye una violación grave de las obligaciones y prohibiciones especiales previstas en los artículos 58 y 60 del CST, como aceptó el actor al contestar la pregunta 26 de la diligencia de descargos y dada la constatación de las circunstancias que rodearon el caso, pues la sustracción de dinero constituye un comportamiento abusivo incompatible con la lealtad y buena fe, presupuestos indispensables para el mantenimiento de la relación laboral, y que a su vez se encuentra agravada por el hecho de haber sido cometida por un trabajador de dirección, generando mal ejemplo a toda la comunidad de trabajo, circunstancia que evidentemente debió ser conjurada por la pasiva como medida para desprenderse de conductas negativas de trabajo.

En consecuencia, resulta acertada la decisión del a quo, por lo que se confirmará la decisión.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 10 de mayo del 2019, por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de declarar que el último cargo desempeñado por el actor fue el de administrador.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***HERMES MUÑOZ PINEDA***
DEMANDADO:	***PROTEXPORT LTDA EN LIQUIDACIÓN***
RADICACIÓN:	***1100131050-28-2016-00060-01***
ASUNTO:	***CONSULTA EN FAVOR DEL DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Hermes Muñoz Pineda instauró demanda ordinaria contra la empresa PROTEXPORT LTDA EN LIQUIDACIÓN con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de marzo del 2013 al 7 de julio del 2014, el cual se dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa. Como consecuencia solicita se condene a la demandada al pago de salarios dejados de cancelar, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, dotación, indemnización moratoria, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: las partes celebraron un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de marzo del 2013 al 7 de julio del 2014; que el cargo desempeñado fue el maquinista -operario; que realizó sus funciones de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador, sin que se llegare a presentar ninguna queja en su contra; que debía cumplir horario de trabajo; que el último salario devengado fue de $795.000 y que se le adeudan las acreencias laborales que pretende en la presente demanda.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que nunca celebró un contrato de trabajo con el demandante; que el demandante nunca le ha prestado sus servicios, ni ha tenido ningún tipo de vinculación. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral pretendida y cobro de lo no debido. (fol. 36 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de febrero del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 60)

Su decisión se basó en que el demandante no logró probar ni siquiera la prestación personal del servicio para la demandada.

4. Alegatos. Las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, teniendo en cuenta que la totalidad de las pretensiones le fueron adversas y no presentó apelación de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Entre el demandante y la empresa demandada existió un contrato de trabajo?

Existencia de contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió o no una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre las que se encuentra la sentencia SL9801-2015, ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del CST, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990 establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 1657-2019 dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

En el presente caso, como acertadamente lo dijo la falladora de primera instancia, ni siquiera se logró probar la prestación personal del servicio del demandante para la empresa demandada PROTEXPOR LTDA EN LIQUIDACIÓN, pues fue tanta la

inactividad probatoria de la parte demandante, que únicamente aportó el certificado de existencia y representación legal de la demandada (fl. 12) y una constancia de no comparecencia de la empresa demandada al Ministerio de Trabajo (fl. 15). Adicionalmente, a pesar de que se le habían decretado los testimonios de los señores Otoniel Pinto, Duvan Pinzón y Francisco Romero, lo cierto es que no asistieron a la audiencia por lo que se declaró precluída la oportunidad para la práctica de la prueba.

Aunado a que a folio 14, allegó el demandante certificación de la NUEVA EPS en la que aparece que en los ciclos de marzo a junio del 2014, en los cuales pretende se declara la existencia de un contrato de trabajo con la empresa demandada, el demandante cotizó bajo el empleador TINTEXPORT SAS, empresa que no fue demandada en el presente proceso.

Por tanto, al no haberse demostrado ni siquiera la prestación personal del servicio, carga probatoria de la parte demandante conforme al art. 167 del CGP, es claro que no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero del 2019, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CARLOS MANUEL DURAN SANMIGUEL***
DEMANDADO:	***PRIMAX COLOMBIA S.A. (ANTES DISTRIBUIDORA ANDINA DE COMBUSTIBLES S.A. ANTES EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.)***
RADICACIÓN:	***38-2018-00577-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PRIMAX COLOMBIA S.A.***
TEMA:	***CALCULO ACTUARIAL***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CARLOS MANUEL DURÁN SANMIGUEL instauró demanda ordinaria contra Primax Colombia SA (antes Distribuidora Andina de Combustibles SA antes Exxonmobil de Colombia SA y antes International Petroleum Colombia Ltda.), para que se declare que existió un contrato de trabajo entre el 9 de marzo de 1971 al 1° de julio de 1974 y del 15 de noviembre de 1976 al 6 de marzo de 1988; que el empleador no efectúo los aportes al Sistema General de Pensiones por el período comprendido entre el 9 de marzo de 1971 y el 1° de julio de 1974, ni del 15 de noviembre de 1976 al 6 de marzo de 1988. Como consecuencia, se condene a Exxonmobil de Colombia SA al pago a Colpensiones de las cotizaciones, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 25 de octubre de 1946, por lo que a la fecha cuenta con 71 años de edad; que laboró para la empresa International Pretroleum Colombia Ltda. hoy Exxonmobil Colombia SA entre el 9 de marzo de 1971 al 1° de julio de 1974, período durante el cual el empleador no efectúo las cotizaciones al Sistema General de Pensiones; que el último salario devengado fue de $30.705; que posteriormente, se vinculó laboralmente a la empresa Esso Colombiana hoy Exxonmobil de Colombia SA entre el 15 de noviembre de 1976 al 6 de marzo de 1988, período durante el cual tampoco fue afiliada; que el último salario devengado fue de $602.000; que a la fecha no se encuentra pensionado; que tiene cotizadas a Colpensiones 470 semanas; que mediante la Escritura Pública la Exxonmobil de Colombia absorbió mediante fusión a la sociedad Esso Colombiana Limited; que el 14 de junio del 2018 le solicitó el pago de los aportes al empleador, sin obtener una respuesta favorable.

2. Contestación de Primax Colombia SA (antes Distribuidora Andina de Combustibles SA antes Exxonmobil de Colombia SA). Contestó la demanda aceptando la existencia del contrato de trabajo y sus extremos y se opuso a las demás pretensiones argumentando que para las empresas petroleras se fijó como fecha para inscripción al ISS el 1° de octubre 1993 fueron llamados a inscripción mediante la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993, por lo que no tenía forma de afiliar al demandante con anterioridad a esa fecha. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe y la genérica. (fol. 76 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de febrero del 2020 en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo y los extremos pretendidos en la demanda y que durante dicha relación no se efectuaron los aportes al sistema de pensiones. Declaró que la demandada debe asumir el valor del cálculo actuarial. Condenó a la demandada a solicitar ante Colpensiones la elaboración del cálculo actuarial y pagarlo. (CD fol. 232 mit. 14:50)

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y sus extremos. Que la CSJ tiene sentado que, aunque no existiera cobertura para las petroleras el empleador si debe asumir el pago del cálculo actuarial.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Primax Colombia SA** interpuso recurso de apelación insistiendo en que se revoque la condena en su contra, pues para las fechas en que laboró la demandante, para las petróleras no existía llamado a inscripción por lo que no tenía la posibilidad de afiliarlo.

5. Alegatos Demandante. Señala que conforme lo tiene dispuesto la jurisprudencia de la CSJ la obligación legal de afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social y de realizar los aportes necesarios a favor del trabajador surge específicamente con la expedición de la Ley 90 de 1946 y no con normativa posterior, por lo que ante la omisión de afiliación del trabajador o en caso de no haber realizado las debidas cotizaciones, también será obligación del empleador realizar el pago de éstas a través de un cálculo actuarial, que deberá emitir la Administradora de Fondos de Pensiones.

6. Alegatos Primax Colombia. Afirma que cuando el ISS asumió el riesgo de IVM no lo hizo de manera general cobijando a todos los trabajadores, sino que inició el llamamiento obligatorio de manera paulatina, sin que fuera posible que el empleador ubicado en un sector industrial o regional que no hubiere sido llamado pudiera inscribir a sus trabajadores. Que para el momento en que el trabajador laboró para dicha empresa no había la posibilidad de afiliarlo al ISS pues las empresas petroleras aún no habían sido llamadas. Indica que el pago del calculo actuarial no puede ser una obligación exclusiva del empleador, pues al trabajador también le corresponde una parte de la cotización.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por Primax Colombia SA se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Igualmente se conocerá en consulta en favor de Colpensiones lo que le haya sido desfavorable de acuerdo al art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:
(i) ¿Acertó el A quo al condenar a la empresa Primax Colombia SA a pagar los aportes a seguridad social durante el tiempo laborado por el actor, a pesar de que para las petroleras no existía el llamado a inscripción en el ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad?; (ii) ¿Se debe condenar al empleador a pagar únicamente un porcentaje de la cotización a seguridad social y se debe limitar el salario a los topes máximos asegurables?; (iii) ¿Colpensiones debe elaborar el cálculo ordenado?

- ***Condenar a la empresa Primax Colombia SA a pagar los aportes a seguridad social durante el tiempo laborado por el actor, a pesar de que no existía la obligación de afiliación para las empresas de la industria petrolera***

En el presente caso, no se discute que el actor prestó sus servicios para la empresa condenada entre el 9 de marzo de 1971 al 1° de julio de 1974 y del 15 de noviembre de 1976 al 6 de marzo de 1988; que dicha empresa hace parte de la industria petrolera y que el llamado a inscripción en este sector se produjo a partir del 1º de octubre de 1993 con la Resolución Nº 4250 del mismo año; razón por la cual la empresa no efectúo las cotizaciones pensionales correspondientes.

Para resolver el problema jurídico que centra la atención de la Sala basta con remitirnos a la nueva postura de la H. CSJ, entre otras, en la sentencia SL 2903-2018 y SL 543-2020, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en la que se señaló que si bien no es dable en estos casos calificar el proceder del empleador como jurídicamente *"omisivo"*, habida cuenta de que la falta de cotización al ISS fue por falta de llamado a inscripción, lo cierto es que, por el hecho de no existir una norma reguladora del pago de dichas cotizaciones, no se puede perjudicar al trabajador quien prestó sus servicios y por tanto tiene derecho a que se le realicen las respectivas cotizaciones para tener la posibilidad de acceder a un derecho pensional; siendo entonces obligaciones de las entidades de seguridad social, tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

- ***Condena al demandante para que asuma el pago de un porcentaje de la cotización o límite del cálculo a los topes máximos asegurables***

Debe indicarse que no son de recibo las solicitudes de Primax Colombia S.A., según las cuales, únicamente se le debe condenar a pagar el porcentaje de la cotización que le correspondería como empleador y limitando los salalrios hasta el tope asegurable, como quiera, que se trata de argumentos nuevos que no fueron planteados en las excepciones por parte de Primax Colombia S.A. al contestar la demanda, motivo por el que no fueron discutidos dentro del presente proceso, por tanto, no se puede hacer ningún pronunciamiento al respecto.

En consecuencia, se confirma la condena impartida en primera instancia, en el sentido de ordenar que la empresa ***Primax Colombia SA*** pague la totalidad de la cotización al Sistema de Seguridad Social en pensiones conforme al cálculo actuarial que elabore Colpensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de febrero del 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Primax Colombia S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $550.000 las cuales serán liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***FLOR JANNETH GUEVARA PRIETO (CÒNYUGE SUPERSTITE CON SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA)***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y OTRO***
RADICACIÓN:	***1100131050-33-2015-00854-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE Y INTERVINIENTE***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. DANIEL ROBERTO PUENTES ESCOBAR como apoderado sustituto del señor Edwin Rodríguez Villalba, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. CINDY BRILLITH BAUTISTA CARDENAS como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Flor Janneth Guevara Prieto en calidad de cónyuge supérstite, instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y el señor EDWIN ALEXANDER GONZÁLEZ con el fin de que se declare que tiene derecho a que se le acreciente la pensión de sobreviviente que le fue reconocida por el fallecimiento del señor Hugo Rodríguez Cuesta (q.e.p.d.) a partir del 29 de mayo del 2014, respecto al 50% dejado en suspenso mediante acto administrativo. Solicita además se le reconozcan las mesadas adicionales de junio y diciembre, la indexación de las mesadas adeudadas, los intereses moratorios y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s. y 43 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el señor Hugo Rodríguez Cuesta, falleció el 29 de mayo del 2014; que convivió con el causante en calidad de cónyuge a partir del 16 de julio de 1983; que la convivencia se mantuvo vigente hasta la fecha del deceso; que mediante la Resolución GNR 85328 del 2015 Colpensiones le reconoció el 50% de la pensión de sobreviviente y dejo en suspenso el otro 50% teniendo en cuenta que también se había presentado a reclamar un hijo del causante llamado Edwin Alexander Rodríguez Villalba, señalando que era mayor y no acreditaba la intensidad horaria de estudios requerida; que a la fecha el señor Rodríguez Villalba no ha acreditado la intensidad horaria de sus estudios en el SENA.

2. Auto Admisorio
Mediante proveído del 4 de mayo del 2016, el fallador de primera instancia admitió la demanda en contra de Colpensiones de Edwin Alexander Rodríguez Villalba -hijo mayor de edad del causante-. (fol. 47)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 50), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no le asiste derecho al acrecimiento de la pensión ya que el otro 50% se le reconoció al hijo mayor de edad del causante incapacitado en razón a sus estudios. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 56 y s.s.)

5. Contestación de Edwin Alexander Rodríguez -hijo causante-
Contestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que él ha probado que cumple todos los requisitos para acceder al 50% de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su progenitor. Señaló además que de conformidad con la Escritura Pública N°3590 del 16 de septiembre del 2004, otorgada por la Notaría Doce del Círculo de Bogotá en la que se evidencia que la demandante y su padre efectuaron la liquidación de la sociedad conyugal, por tanto, no convivió y no tiene derecho a la pensión reclamada. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, mala fe, buena fe y la genérica. (fol. 91 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de junio del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 246)

Su decisión se basó en que la normatividad vigente es la Ley 797 del 2003. En cuanto al señor Edwin Alexander Rodríguez Villalba, señaló que Colpensiones le reconoció el 50% de la pensión de sobreviviente en cumplimiento a un fallo de tutela en el cual se le reconoció en ese porcentaje la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Rodríguez Cuesta, cuyo amparo se le otorgó de manera definitiva y no transitoria, por lo que hace tránsito a cosa juzgada constitucional y no es posible volver a estudiar ese tema.

Respecto a la señora Flor Janneth Guevara Prieto, consideró que con los testimonios se logró probar que contrajo matrimonio con el causante y que, si bien se disolvió la sociedad conyugal, lo cierto es que, acreditó haber convivido con él 5 años en cualquier

tiempo, por lo que tiene derecho a que Colpensiones le haya reconocido el otro 50% de la pensión de sobrevivientes. Indica que este porcentaje no podrá incrementarse, en razón a que le fue reconocido el otro 50% al hijo del causante, por lo que se absuelve a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

7. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión la **demandante** interpuso recurso de apelación con el fin de que se le exonere de la condena en costas pues no tenía conocimiento de que el derecho del hijo del causante, se había definido de manera definitiva por la jurisdicción constitucional.

Por su parte, el apoderado del señor **Edwin Alexander Rodríguez Villalba** -hijo del causante- interpuso recurso de apelación insistiendo en que la demandante no tiene derecho, pues la sociedad conyugal que tenía con el demandante fue disuelta y no se encuentra probada convivencia de 5 años.

8. Alegatos Colpensiones. Señala que ruega que al momento de decidir se tome en cuenta que Colpensiones ya ha reconocido los Derechos pensionales a la demandante y que la Resolución con la cual se reconoció el derecho a la demandante se encuentra ajustada a Derecho, sin que dé lugar al nacimiento de ningún otro tipo de obligación, además de ello, la prestación económica se ha venido ajustando legalmente, esto es según incremento establecido por el DANE.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La demandante es beneficiaria de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Rodríguez Cuesta a pesar de haber disuelto su sociedad conyugal? y (ii) ¿Se debe condenar en costas a la demandante?

Calidad de pensionados de los reclamantes

Sea lo primero indicar, que Colpensiones mediante la Resolución GNR 85328 del 24 de marzo del 2015, le reconoció a la señora Flor Janneth Guevara Prieto el 50% de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Rodríguez en calidad de cónyuge supérstite (fol. 10 y s.s.) y mediante la Resolución SUB 120556 del 7 de julio del 2017, le reconoció el otro 50% a Edwin Alexander Rodríguez Villalba, en calidad de hijo del causante.

Calidad de litisconsorte e intervención ad excludendum

El señor Edwin Alexander Rodríguez Villalba fue citado como litisconsorte necesario y al contestar la demanda afirmó que la demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes como quiera que (i) en calidad de hijo había demostrado que cumple

con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente y (ii) la accionante disolvió la sociedad conyugal, solicitó en consecuencia, el reconocimiento a su favor del 100% de la prestación pensional.

De lo anterior se infiere que el señor Edwin Alexander Rodríguez Villalba, además de actuar como litisconsorte necesario, formula intervención ad excludendum al formular pretensión propia dirigida a obtener derecho al 100% de la pensión de sobreviviente como consecuencia del fallecimiento de su progenitor y así lo entendió el a quo, quien al fijar el litigio, estableció que el problema jurídico gravitaba en determinar si al demandante o al litisconsorte le asiste derecho a que se le reconozca el 100% de la pensión de sobreviviente, por el fallecimiento del señor Rodríguez Cuesta, decisión que no fue objeto de reparo por las partes y por tanto, se encuentra ejecutoriada.

Fallecimiento

El fallecimiento del señor señor HUGO RODRÍGUEZ CUESTA (q.e.p.d.), se encuentra acreditado con el registro de defunción que milita a folio 5, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 29 de mayo del 2014, como se indicó en el libelo incoatorio.

Causación del derecho para sus beneficiarios

Se encuentra demostrado que el señor señor HUGO RODRÍGUEZ CUESTA (q.e.p.d.), dejó causado el derecho para sus beneficiarios, tal y como lo señala Colpensiones en la Resolución GNR 85328 del 24 de marzo del 2015. (fol. 10 y s.s.)

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en diciembre de 2009. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Requisitos sustitución pensional

La norma precitada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, que en el caso de la cónyuge son fundamentalmente dos, de una parte la edad, esto es, acreditar 30 o más años de edad al momento del fallecimiento, y de otra parte, acreditar vida marital y convivencia no menos de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado.

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora FLOR JANNETH GUEVARA PRIETO, nació el 2 de julio de 1965, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 8, luego para la muerte del señor HUGO RODRÍGUEZ CUESTA (q.e.p.d.), contaba con 48 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Vínculo matrimonial y convivencia

La demandante demostró que contrajo matrimonio con el causante el 16 de julio del 1983, lo cual probó con el registro de matrimonio visible a folio 6.

Respecto al requisito de la convivencia, no se discute en esta instancia, pues no fue apelado por las partes que la demandante al momento del fallecimiento no convivía con el causante, aspecto que de todas maneras se extrae de los testimonios recaudados que dieron cuenta de la convivencia por más 5 años en cualquier tiempo y tal como lo dejó sentado el a quo, al encontrar que dicha convivencia tuvo lugar desde el 16 de julio de 1983, fecha en que contrajeron matrimonio, hasta el 16 de septiembre del 2004, fecha en que disolvieron la sociedad conyugal.

(iii) Disolución de la sociedad conyugal

No se discute en esta instancia, que la sociedad conyugal que existía entre la demandante y el causante se encontraba disuelta, sin embargo, ello puede corroborarse con el registro civil en el que aparece la anotación sobre su disolución y liquidación mediante escritura N° 3590 de la Notaría Doce del Circulo de Bogotá, en el año 2004 (fl.6).

El punto objeto de la litis consiste en determinar, si a pesar de encontrarse disuelta y liquidada la sociedad conyugal, la demandante tenía derecho a la pensión de sobrevivientes deprecada, como lo manifestó el fallador de primera instancia, o si, por el contrario, debe reconocerse el 100% de la pensión deprecada al señor Edwin Alexander Rodríguez.

El inciso final del literal b) del art. 13 de la Ley 797 del 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993 estableció que *"Si no existe convivencia simultánea* ***y se mantiene vigente la unión conyugal*** *pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante.* ***La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente****" (subrayado y negrilla fuera de texto)*

Respecto de la expresión "*con la cual existe la sociedad conyugal vigente*", nuestra Corte Constitucional, en sentencia C -515 del 2019, fue enfática en determinar que la vigencia de la sociedad conyugal es la condición necesaria para reconocer este derecho a la cónyuge supérstite que, separada de hecho, mantuvo el vínculo patrimonial con el causante. Conclusión a la que arriba, luego de establecer que los cónyuges separados de hecho con y sin sociedad conyugal vigente, se encuentran en un plano jurídico y fáctico diferente, que justifica su trato desigual, en razón a que los primeros preservan el vínculo económico y los derechos que de este se derivan; mientras que los segundos, extinguen los efectos patrimoniales, por lo que, dejan de existir vínculos afectivos o económicos que permitan inferir la calidad de beneficiario, pues en este supuesto los haberes sociales, conformados entre otros, por las pensiones (num2o del art. 1781), dejan de ser parte de la masa patrimonial, cesando la expectativa de recibir una eventual prestación pensional y en todo caso, la cónyuge como parte del núcleo familiar no resulta afectada económicamente con el deceso.

> *"…la Sala constató que los argumentos expuestos por los demandantes no demostraron la existencia de un grupo comparable (tertium comparationis), que comprobara que son asimilables los grupos de cónyuges con convivencia simultánea, con cónyuges sin convivencia simultánea al momento de la muerte del causante. En opinión de la Sala*

Plena, dichos grupos se encuentran en situaciones de hecho y de derecho diferentes, debido a la inexistencia de vínculos afectivos o económicos entre cónyuges separados de hecho y con sociedad conyugal disuelta. Por lo cual, el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea, y el mismo corresponde con: (i) la amplia potestad de configuración del legislador en materia pensional; y (ii) los efectos que se derivan de la Constitución y la disolución de la sociedad conyugal, sobre las pensiones como derecho a suceder del cónyuge supérstite.

26. Una vez constatada la diferencia entre los grupos objeto de análisis, advirtió la Sala que no era procedente desarrollar las etapas subsiguientes del juicio de igualdad. Por lo anterior, la Corte considera que no cabe reproche constitucional alguno frente a la disposición parcialmente acusada, por el cargo analizado, por lo que procederá a declarar la exequibilidad de la misma".

En el presente caso, si bien no se encuentra en disputa el derecho pensional entre la cónyuge y una compañera permanente, lo cierto es que, siguiendo los mismos derroteros jurisprudenciales, al encontrarse acreditada de un lado, la separación de hecho y de otro lado, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal de la accionante, es claro que no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente que reclama, debiéndose acrecentar el porcentaje al señor Edwin Alexander Rodríguez, hijo del causante.

Con fundamento en lo anterior, se revoca la absolución impartida en primera instancia, para en su lugar, declarar que el señor Edwin Alexander Rodríguez Villalba tiene derecho al 100% de la pensión de sobreviviente que dejó causada el señor Rodríguez Cuesta a partir del 29 de mayo del 2014 hasta el 23 de julio del 2020, fecha en que cumple los 25 años de edad, pues nació el mismo día y mes del año 1995, como da cuenta el registro civil de nacimiento visible a folio 27, siempre que demuestre su condición de estudiante, en consecuencia, se ordena a Colpensiones realizar el pago correspondiente autorizándole descontar lo cancelado en razón del reconocimiento del 50% de la pensión de sobreviviente reclamada.

Prescripción

Teniendo en cuenta que el señor Edwin Alexander Rodríguez Villalba tiene derecho acrecentar en un 50% la pensión que viene recibiendo a partir del 29 de mayo del 2014 y que no presentó reclamación, ni demanda por el otro 50% hasta que contestó la presente demanda el 28 de septiembre del 2017, es claro, que se encuentran prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 28 de septiembre del 2014.

Costas

Acertó el a quo al condenar en costas a la demandante por ser la parte vencida en el proceso conforme lo establece el art. 365 del CGP, norma que no establece que deba estudiarse si el actuar de la demandada estuvo o no revestido de buena fe para impartir condena.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de junio del 2019, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor EDWIN ALEXANDER RODRÍGUEZ VILLALBA el 100% de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Hugo Rodríguez Cuesta a partir del 29 de mayo del 2014 hasta el 23 de julio del 2020, fecha en la que cumple los 25 años de edad. Se autoriza descontar lo cancelado en virtud del reconocimiento del 50% de la pensión de sobreviviente reclamada.

SEGUNDO: SE DECLARA PROBADA parcialmente la excepción de prescripción en relación con las diferencias causadas con anterioridad al 28 de septiembre del 2014.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $350.000, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la S.S.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva Voto



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ADRIANA CATALINA CASTELLANOS VARGAS***
DEMANDADO:	***PAR ISS LIQUIDADO***
RADICACIÓN:	***19-2015-00077-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y DEMANDADA***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO ISS***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Adriana Catalina Castellanos Vargas instauró demanda ordinaria contra FIDUAGRARIA -PAR ISS LIQUIDADO con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa. Como consecuencia solicita el reintegro y los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir. (fol. 3 y s.s.).

Como pretensiones subsidiarias solicitó se condene a la demandada a pagar las acreencias laborales convencionales o legales como indemnización por despido sin justa causa, cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima técnica, indemnización moratoria, a pagar el valor de los aportes que correspondía efectuar al ISS, nivelación salarial, incremento salarial, indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso.

Como fundamentos fáctico de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios para el ISS entre el 11 de octubre del 2006 al 30 de noviembre del 2012; que fue vinculada a través de diversos contratos denominados de prestación de servicios; que recibía órdenes de la Directora de Bonos Pensionales del ISS; que cumplía horario; que debía realizar su labor en las instalaciones del ISS y con los elementos dados por la demandada; que acataba los reglamentos de la entidad; que cumplía sus funciones en la planta física del ISS; que cumplía las mismas funciones de empleados de planta; que era beneficiaria de la convención colectiva; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende en la presente demanda.

2. Contestación de FIDUAGRARIA. Fiduagraria contestó como administradora del PAR ISS señalando que ella no es sucesora procesal del ISS. Indicó que ninguno de

los contratos que celebró la demandante generan una vinculación laboral, sino que su vinculación estuvo regida por la Ley 80 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada y la genérica. (fol. 518 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de julio del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 11 de octubre del 2006 al 30 de noviembre del 2012, devengando como último salario la suma de $2'165.453. Condenó a la demandada a pagar las siguientes acreencias legales: cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima convencional, prima técnica convencional, incremento salarial, indemnización moratoria, a cotizar al Sistema General de Pensiones el porcentaje que corresponda de los aportes que como empleador con base en el salario determinado en juicio debía haber consignado en nombre de la trabajadora, para lo cual se solicita al fondo de pensiones que elabore el respectivo calculo actuarial. Declaró probada reembolso aportes en salud, reembolso aportes en pensión e indemnización moratoria. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 588)

Su decisión se basó en que con los contratos de prestación de servicio y el testimonio recaudado se logró probar la prestación de servicio, con lo cual nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la cual no fue desvirtuada por la demandada. Como extremos encontró en los contratos que laboró del 11 de octubre del 2006 al 30 de noviembre del 2012. Señaló que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo. Que la prescripción de las cesantías se debe contabilizar desde la terminación del contrato de trabajo, la de las vacaciones es de 4 años y las de las demás acreencias laborales es de 3 años. Señaló que no condenaba al pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa pues no se había probado el despido. En cuanto al incremento salarial dijo que se encontraba consagrado en el art. 39 y 40 de la Convención Colectiva por lo que procedía a liquidarlo. Que no se logra evidenciar la buena fe del ISS ante el no pago de prestaciones sociales a la terminación del contrato. Que la indemnización moratoria debía limitarse a la fecha de la liquidación del ISS.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando:
1) Que las cesantías deben calcularse nuevamente, pues les arroja una suma superior a la que dijo el fallador de primera instancia.
2) Que la prescripción de las vacaciones debe contabilizarse desde la terminación del contrato al igual que se hace con las cesantías, por lo que se debe condenar a una suma superior.
3) Que no se debe limitar la indemnización moratoria a la fecha en que se liquidó el ISS, pues la norma que la consagra no trae tal limitación.
4) Que se debe condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa pues conforme a la convención colectiva el contrato celebrado entre las partes es indefinido y no puede alegarse como justa causa el vencimiento del plazo pactado.
5) Que con la pretensión de devolución de aportes lo que debe entenderse es que el 100% de los aportes que realizó la demandante salieron de su patrimonio, por lo que hay un porcentaje que debe ser asumido por el empleador.

5. Recurso de apelación demandada. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada** interpuso recurso de apelación señalando que solicita se revisen las pruebas allegadas y se revise nuevamente si existió o no subordinación. Que no se tuvieron en cuenta los contratos de prestación de servicios. Que la relación que unió a las partes se rigió por la Ley 80 de 1993. Que no se debe condenar al pago de la indemnización moratoria como quiera que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe.

6. Alegatos demandante. Que el contrato celebrado entre las partes lo fue a término indefinido por lo que la expiración del plazo pactado no es una justa causa para darlo por terminado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagran el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes. Igualmente, se estudiará en consulta en favor del ISS en lo que le sea desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Entre las partes existió un contrato de trabajo, en caso positivo, que calidad de trabajador ostentó la demandante?

(ii) ¿Existió un único contrato de trabajo a término indefinido entre 11 de octubre del 2006 y el 30 de noviembre del 2012?

(iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

(iv) ¿Se debe condenar a las siguientes acreencias legales: ¿cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima convencional, prima técnica, incremento salarial?

(v) ¿Se debe condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa?

(vi) ¿Se debe condenar al pago de la indemnización moratoria, en caso positivo, debe limitarse a la liquidación del ISS?

(vii) ¿Acertó el a quo cuando ordenó pagar un cálculo actuarial a la entidad de seguridad social para cubrir los aportes a pensión?

Existencia del contrato de trabajo, Primacía de la realidad y la calidad que ostentaba la demandante

En presente proceso se encuentra probado que la demandante prestó sus servicios de manera personal al ISS en la Vicepresidencia de Pensiones como **sustanciadora**, tal y como se evidencia en los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes (fol. 24 y s.s.) la certificación expedida por la Asesora de Presidencia del ISS en

Liquidación (fol. 189), y la declaración judicial de los señores Carolina Arguello Ospina y Jhon Jaime Jaramillo Arbeláez (CD fol. 578) compañeros de trabajo de la demandante.

Demostrada la prestación personal del servicio opera la **presunción de existencia de un contrato de trabajo**, conforme lo dispone el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual no fue desvirtuada por la demandada, pues si bien existen documentos que ponen de presente que las partes suscribieron sendos contratos de prestación de servicios, lo cierto es que no son suficientes para derruir la presunción, teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

Fuera de la enunciada presunción y contrario a lo dicho por el apelante, el elemento denominado **subordinación**, característico del contrato del trabajo, se encuentra acreditado con la declaración de los señores Carolina Arguello Ospina y Jhon Jaime Jaramillo Arbeláez, quienes señalaron que la demandante cumplía un horario de trabajo, trabajaba con los elementos suministrados por el ISS en sus instalaciones y recibía órdenes e instrucciones de sus jefes inmediatos; declaraciones que no fueron objeto de tacha de sospecha y tampoco se observó parcialidad alguna que afecte su dicho.

Otro aspecto probatorio que llama la atención de la sala es el hecho de señalarse en los contratos de prestación de servicios que el contratista debe velar por el buen uso de los bienes y elementos entregados por el mismo, para el ejercicio de las actividades convenidas y a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratados. Adicionalmente, se señaló en el texto de los contratos de prestación de servicios citados, que debe realizar ciertas actividades de frente al interventor, simulando esta figura, que quedó desvirtuada con la prueba testimonial recaudada en la que se señaló que en realidad la demandante tenía un jefe directo que le impartía ordenes e instrucciones, estipulaciones que no resultan acordes con la autonomía que debe reinar en los contratos de prestación de servicios y que por el contrario, acreditan aún más la existencia de subordinación de la trabajadora, máxime cuando era el mismo instituto quien suministraba los elementos necesarios para que la demandante desarrollara su labor en las instalaciones de la pasiva.

Se configuraron entonces, los elementos del artículo 1 de la Ley 6 de 1945 y de su reglamentario, el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, como son:

a) **Prestación personal del servicio**, por cuanto la trabajadora fue sustanciadora asignada a la Oficina de Bonos Pensionales. En este punto es importante destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, califica como aquellos que "requieran de conocimientos especializados", sin que pueda decirse que las labores relacionadas con la verificación del régimen aplicado de prestaciones económicas financiadas con bono pensional, la notificación de la liquidación de la deuda de bonos pensionales (cobro persuasivo) o envió de documentos requeridos por el Ministerio de Hacienda, requirieran de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros educativos, es decir, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima. En el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por la demandante no es especializada, por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos a la

demandante para acceder al cargo. Por lo que no queda duda, ni ambigüedad alguna, que estamos frente a una relación laboral.

b) La **subordinación**, que no sólo se limitó a la exigencia, ya por relación de jerarquía o de interventoría, de las funciones propias al cargo de sustanciadora, sino que también se extendió a la fijación de horarios, instrucciones y exigencias para cumplir funciones. Por lo que, de conformidad con la declaración de los señores Carolina Arguello Ospina y Jhon Jaime Jaramillo Arbeláez, vinculados al ISS y de documentos tales como el CPS no queda duda que esa prestación de servicios giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en continua disposición y exposición del servicio prestado por la accionante a la autoridad de los jefes de turno, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad de la trabajadora. Y en lo que se refiere a la dependencia, no hay duda que se trató durante todo el tiempo de la vinculación como una relación laboral.

c) Una **remuneración**, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario. Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el presente caso con los contratos de prestación de servicios, que dan cuenta que la accionante percibió una suma mensual durante el decurso contractual, ascendiendo la última pactada a $2’165.453.

Reunidos los elementos del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, no hay duda que la prestación de servicios personales de la actora se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora ADRIANA CATALINA CASTELLANOS VARGAS, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometida a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Tampoco existe duda respecto a que la demandante ostentó la calidad de **trabajadora oficial**, toda vez que la naturaleza jurídica del ISS está definida como una empresa industrial y comercial del estado, tal y como se indica en el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, por tanto, debe seguirse la regla general consagrada en el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, definida igualmente en el Acuerdo 145 de 1997, expedido por el Consejo Directivo del ISS, aprobado por el Decreto 416 del mismo año, calidad que igualmente se extrae del contenido de la sentencia C-579 del 340 de octubre de 1996 y que es aceptada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia con número de radicado 21672 del 25 de marzo del 2004, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader.

En consecuencia, acertó la falladora de primera instancia cuando declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y la calidad de trabajadora oficial durante su vigencia.

Existencia de un único contrato de trabajo

De los diferentes contratos de prestación de servicios (fol. 24 y s.s.) y de la certificación laboral expedida por la por la Asesora de Presidencia del ISS en Liquidación (fol. 189), se puede establecer que la accionante fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios, sin solución de continuidad, entre el **11 de octubre del 2006 al 30 de noviembre del 2012**, por lo que se tendrán éstos como extremos laborales.

Convención Colectiva de Trabajo

Es necesario señalar que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el I.S.S. y SINTRAISS el 31 de octubre de 2001, es aplicable a la demandante, como quiera que se allegó el texto convencional acompañado de la respectiva constancia de su depósito en el Ministerio de la Protección Social (folios 80 y s.s.), no existe prueba de la denuncia de dicha Convención, y además en su artículo 3° se especificó que todos los trabajadores oficiales del I.S.S. son sus beneficiarios sin importar si pertenecen o no al sindicato.

Normatividad aplicable

Teniendo en cuenta que el ISS es una empresa Industrial y Comercial del Estado la normatividad aplicable es el Decreto 2127 de 1945 *"Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general"*; el Decreto 3135 de 1968 *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"*; el Decreto 1848 de 1969 *"Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968"* y la convención colectiva de trabajo.

Es necesario precisar, que el Decreto 1045 de 1978 *"Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional"* no es aplicable a los trabajadores oficiales del ISS, como quiera que en su artículo 2° establece que para los efectos del decreto 1045 de 1978 se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional la Presidencia de la República, Los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales; entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado y así lo dejo sentado nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL981-19.

En atención a lo expuesto es necesario indicar que, una vez revisada nuevamente la normatividad y los actuales precedentes de nuestra CSJ, esta Sala Decisión decide recoger cualquier criterio que hubiese proferido anteriormente y que sea contrario a lo que se dispone en esta providencia.

Excepción de prescripción

Las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En relación con las **cesantías**, éstas son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en la sentencia SL 981-2019 en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción."*

Respecto de la compensación de las vacaciones, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 «causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho», premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas.

Así mismo, conforme al art. 46 del D. 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual «comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años»

Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador) y no desde la terminación del contrato como lo pretende la parte actora.

Por tanto, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 11 de octubre del 2006 y el 30 de noviembre del 2012, que la demandante reclamó ante la demandada el **23 de abril del 2013** (fol.22) y que radicó la demanda 21 de enero del 2015 (fol. 1), es claro que le asiste razón a la falladora de primera instancia cuando señaló que **se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales exigibles con anterioridad al 23 de abril del 2010**; salvo para las cesantías que se debe declarar no probada la excepción de prescripción, en razón a que las mismas sólo se hacen exigibles a la finalización del contrato de trabajo y la compensación de vacaciones que se debe declarar probada en relación con las exigibles antes del **23 de marzo del 2009.**

Finalmente, se debe indicar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles; pero la solicitud de devolución a la demandante de lo pagado por aportes a seguridad social en el porcentaje que le correspondía asumir como empleador, si se ve afectada por el fenómeno prescriptivo conforme se advirtió por parte de la CSJ en sentencia de instancia en la sentencia SL 2053-2020.

Acreencias laborales

Se pasan a revisar las acreencias laborales condenadas por el juez primigenio, para lo cual se tendrá como salario las sumas contenidas en los contratos de prestación de servicios (fol. 24 y s.s.), frente a los cuales no existe discusión.

Año	Salario
2006	$1'141.784
2007	$1'911.175

2008	$1’911.175
2009	$2’057.762
2010	$2’098.917
2011	$2’165.453
2012	$2’165.453

Incremento salarial

Al revisar la Convención Colectiva de Trabajo allegada al expediente encuentra la Sala que en su art. 39 únicamente se estableció un incremento salarial para los años 2002, 2003 y 2004, en los cuales la demandante no se encontraba laborando.

Adicionalmente, en el parágrafo 4º del art. 40, se señaló que se congelaba el incremento salarial a partir del año 2002 y además que dicha cláusula no es prorrogable, por lo que no hay lugar a acceder a los incrementos salariales deprecados (Sentencia CSJ radicado Nº 33971 del 2009). Adicionalmente, la demandante no probó que el ISS le hubiese realizado los incrementos deprecados a los trabajadores de planta.

Por tanto, como se está conociendo este proceso en consulta en favor del ISS, se revoca la condena impartida por la falladora de primera instancia por este concepto.

Auxilio de Cesantías Convencional

Se encuentra consagrado en el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo (2001-2004) el cual establece que:

> *“A partir del primero de enero del año 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez (10) años.*
>
> *El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores, y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía del doce por ciento (12%) anual correspondientes al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002.*
>
> *A 31 de diciembre del año 2002, y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.*
>
> *Sobre el monto de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año 2001, el Instituto reconocerá a partir del primero de enero del año 2002, intereses equivalentes al 15% anual. En el caso de los trabajadores que no gocen de prima técnica, esta tasa de interés se incrementará en un punto. Los intereses aquí señalados se pagarán en el mes de enero del año siguiente, esto es, enero de 2003. En los años subsiguientes, el saldo de dichas cesantías acrecentado con las cesantías anuales liquidadas por el año inmediatamente anterior, y disminuido en el monto de las cesantías parciales pagadas durante la vigencia, causarán intereses a las mismas tasas y para los mismos grupos de trabajadores, antes señalados.*
>
> *A partir del año 2002 y para efectos del pago de cesantías parciales, se destinará una partida con recursos anuales equivalentes, como mínimo, al 18% del valor de la deuda por concepto de cesantías liquidadas a 31 de diciembre de 2001. La distribución y asignación de estos recursos se realizará conjuntamente por la empresa y el sindicato.*
>
> *Para efectos de la liquidación de cesantía se tendrán en cuenta los siguientes factores:*
> *- Asignación básica mensual*
> *- Prima de vacaciones y de servicio legal o extralegal*
> *- Horas extras*

- Recargos nocturnos.
- Dominicales y feriados
- Auxilio de alimentación y transporte
- Viáticos"

Conforme a lo anterior se evidencia que la Convención Colectiva de Trabajo estableció un sistema de liquidación de cesantías anual para las personas que ingresaran al ISS a partir del 1º de enero de 2002, como ocurre en el presente caso, pues la demandante comenzó a laborar el 11 de octubre del 2006.

Teniendo en cuenta que se declaró no probada la excepción de prescripción frente a esta acreencia, se efectúan las operaciones matemáticas de rigor, incluyendo los factores salariales consagrados en la convención colectiva de trabajo (Asignación básica mensual, prima de vacaciones, prima de servicios, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y feriados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y viáticos), encontrando la Sala que la demandada adeuda la suma de **$13'334.391,90** por el período del 11 de octubre del 2006 al 30 de noviembre del 2012, suma superior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica la condena impuesta por este concepto al haber sido apelado por el demandante.

Auxilio de Cesantías							
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Prima de servicios	Prima de Vacaciones	Tota (salario + auxilio de transporte+ Prima de vacaciones+ Prima de servicios)	Días laborados	Valor cesantías
2006	$ 1.141.784,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 1.141.784,00	81	$ 256.901,40
2007	$ 1.911.175,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 1.911.175,00	360	$ 1.911.175,00
2008	$ 1.911.175,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 1.911.175,00	360	$ 1.911.175,00
2009	$ 2.057.762,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 2.057.762,00	360	$ 2.057.762,00
2010	$ 2.098.917,00	$ 0,00	$ 174.909,75	$ 120.302,94	$ 2.394.129,69	360	$ 2.394.129,69
2011	$ 2.165.453,00	$ 0,00	$ 177.682,08	$ 150.378,68	$ 2.493.513,76	360	$ 2.493.513,76
2012	$ 2.165.453,00	$ 0,00	$ 203.694,76	$ 150.563,19	$ 2.519.710,95	330	$ 2.309.735,04
Total Auxilio de cesantías							**$ 13.334.391,90**

Intereses a las cesantías

El mismo artículo 62 establece que *"A 31 de diciembre del año 2002, y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente"*

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandante tiene derecho al pago de **$840.588,06** que corresponde a los intereses a las cesantías exigibles a partir del 31 enero del 2011; pues se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías causados con anterioridad al 23 de abril del 2010.

Teniendo en cuenta que la suma aquí liquidada es inferior a la reconocida por la falladora de primera instancia, quien no tuvo en cuenta la prescripción para esta acreencia, se modifica este punto.

Intereses a las cesantías			
Intereses a las cesantías causados y exigibles	Valor cesantías	N° días	Valor intereses a las cesantías
31 enero 2011 (sobre cesantías año 2010)	$ 2.394.129,69	360	$ 287.295,56
31 enero 2012 (sobre cesantías año 2011)	$ 2.493.513,76	360	$ 299.221,65
Terminación del contrato (sobre las cesantías año 2012)	$ 2.309.735,04	330	$ 254.070,85
Total Intereses a las cesantías			$ 840.588,06

Vacaciones

El art. 48 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece que:

> *"El Instituto reconocerá y pagará a sus Trabajadores oficiales un descanso remunerado por cada año completo de labores teniendo en cuenta el tiempo de servicio así:*
> *Quienes tengan hasta cinco (5) años de servicio se les reconocerá quince (15) días hábiles.*
> *A quienes tengan más de cinco (5) y no más de diez (10) años de servicios, dieciocho (18) días hábiles.*
> *A quienes tengan más de diez (10) años de servicios, veinte (20) días hábiles."*

Señala además que para determinar los días de vacaciones que corresponden a cada trabajador, se tendrá en cuenta su tiempo de servicio en el momento en que se cause el derecho; por tanto, la demandante hasta el 11 de octubre del 2011 (fecha en que cumplió 5 años de labores) tenía derecho a 15 días vacaciones y a partir del 12 de octubre del 2011, tiene derecho a 18 días de vacaciones.

Al efectuar las operaciones aritméticas, teniendo en cuenta que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con la compensación de vacaciones causada con anterioridad al **23 de marzo del 2009**, encuentra la Sala que se le adeuda a la actora por este concepto la suma de **$5'560.288,83** que corresponde a las vacaciones exigibles a partir del 23 de abril del 2009 al 30 de noviembre del 2012; suma superior a la reconocida en primera instancia, y teniendo en cuenta que fue apelado por la parte demandante se modifica este punto.

Vacaciones -inició el contrato el 11 de octubre del 2006-					
Período de causación	Vacaciones exigibilidad	Salario	Días laborados	Días de vacaciones	Valor prima
11/10/07-11/10/08	12/09/2009	$ 1.911.175,00	360	15	$ 955.587,50
12/10/08-11/10/09	12/10/2010	$ 2.057.762,00	360	15	$ 1.028.881,00
12/10/09-11/10/10	12/10/2011	$ 2.098.917,00	360	15	$ 1.049.458,50
12/10/10-11/10/11	12/10/2012	$ 2.165.453,00	360	15	$ 1.082.726,50

12/10/11-11/10/12	30/11/2012 (terminación contrato)	$ 2.165.453,00	360	18	$ 1.299.271,80
12/10/12 a 30/11/12		$ 2.165.453,00	49	2	$ 144.363,53
Total Vacaciones					**$ 5.560.288,83**

Prima de vacaciones extralegal

El art. 49 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece que:

> *"Los Trabajadores oficiales tendrán derecho a una prima especial de vacaciones por cada año de labores, de acuerdo con el tiempo de servicios al Instituto así:*
> *a. A quienes tengan cinco (5) años de servicio, veinte (20) días de salario básico.*
> *b. A quienes tengan más de cinco (5) años y no más de diez (10) años de servicio el equivalente a veinticinco (25) días de salario básico.*
> *c. A quienes tengan más de diez (10) años y no más de quince (15) años de servicio, el equivalente a treinta (30) días de salario básico.*
> *d. A quienes tengan más de quince (15) y no más de veinte (20) años de servicio, el equivalente a treinta y cinco (35) días de salario básico*
> *e. A quienes tengan más de veinte (20) años de servicio, el equivalente a cuarenta (40) días de salario básico.*
> *PARAGRAFO. La prima de vacaciones se liquidará y pagará con anticipación al día de salir a disfrutar el Trabajador Oficial en tiempo el período vacaciones."*

La demandante tiene derecho al reconocimiento de esta prima a partir del 11 de octubre del 2011 (fecha en que cumplió 5 años de estar laborando) año en el cual tenía derecho a 20 días de salario básico, y a partir del 12 de octubre del 2011, tiene derecho a 25 días de salario básico.

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas arroja la suma de **$3'493.597,51** por las primas de vacaciones exigibles a partir del 23 de abril 2010 y hasta el 30 de noviembre del 2012; suma superior a la reconocida por el fallador de primera instancia, sin embargo, como no fue apelada la condena por la parte demandante y se está conociendo este proceso en consulta en favor del PAR ISS no se modifica la condena.

Prima de Vacaciones				
Prima de Vacaciones	Salario	Días laborados	Días Prima de vacaciones	Valor prima
11/10/2011	$ 2.165.453,00	360	20	$ 1.443.635,33
11/10/2012	$ 2.165.453,00	360	25	$ 1.804.544,17
30/11/2012	$ 2.165.453,00	49	3,40	$ 245.418,01
Total prima de vacaciones				**$ 3.493.597,51**

Prima de servicios extralegal

El artículo 50 de la convención colectiva de trabajo, establece que:

> *"En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas así: Quince (I5) días de salario, en los primeros quince (15) días del mes de junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (I5) días del mes de diciembre.*
>
> *PARAGRAFO 1o. Para la liquidación de la prima de servicios tanto legal como extralegal aquí establecida, se tendrán en cuenta los siguientes factores:*

El salario básico mensual que devengue el trabajador en el cargo que desempeñe en 30 de mayo y 30 de noviembre.
El promedio de lo percibido en los seis (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.

PARAGRAFO 2o Tendrán derecho a la prima de servicios los Trabajadores oficiales que hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuan sea éste, por lo menos, la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos por justa causa.

PARAGRAFO 3o Los primeros treinta (30) días de licencia voluntaria no interrumpirán el tiempo laborado para el reconocimiento de las primas de servicio."

Conforme lo ha explicado nuestra CSJ en la sentencia SL 981-2019 *"Según el artículo 50 de la convención colectiva visible a folio 340 hay derecho a 2 primas al año, cada una de 15 días de servicios, las cuales se causan: (i) desde el 1.º de diciembre hasta el 30 de mayo y (ii) desde el 1.º de junio al 30 de noviembre, de manera que son exigibles el 15 de junio y 15 de diciembre de cada año."*

Para su liquidación se tendrá en cuenta el salario básico mensual que devengue el 30 de mayo y el 30 de noviembre, junto con el promedio de lo percibido en los seis (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.

Al realizar las operaciones aritméticas arroja la suma de **$6'447.444,06** por las primas de servicios exigibles a partir del 23 de abril del 2010 y hasta el 30 de noviembre del 2012, suma superior a la reconocida por el fallador de primera instancia, sin embargo, como no fue apelada la condena por la parte demandante y se está conociendo este proceso en consulta en favor del PAR ISS no se modificará la condena impuesta.

Prima de servicios						
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Prima de vacaciones	Tota (salario + aux transporte + prima de vacaciones)	Días prima de servicio	Valor prima
jun-10	$ 2.098.917,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 2.098.917,00	15	$ 1.049.458,50
dic-10	$ 2.098.917,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 2.098.917,00	15	$ 1.049.458,50
jun-11	$ 2.165.453,00	$ 0,00	$ 0,00	$ 2.165.453,00	15	$ 1.082.726,50
dic-11	$ 2.165.453,00	$ 0,00	$ 120.302,94	$ 2.285.755,94	15	$ 1.142.877,97
jun-12	$ 2.165.453,00	$ 0,00	$ 150.378,68	$ 2.315.831,68	15	$ 1.157.915,84
nov-12	$ 2.165.453,00	$ 0,00	$ 150.563,19	$ 2.316.016,19	12,50	$ 965.006,75
Total Prima de servicio						**$ 6.447.444,06**

Prima legal de Navidad

El art. 11 del Decreto 3135 de 1968 establece que todos los empleados públicos y los **trabajadores oficiales** tendrán derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año,

prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre. Señalando en su parágrafo que cuando el empleado o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad, en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará con base en el último sueldo devengado.

Por su parte, el Decreto 1868 de 1969 "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", estipula en su artículo 51 lo siguiente:

> *"1. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.*
>
> *2. Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo servido a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.*
>
> ***PARÁGRAFO 1º.- Quedan excluidos del derecho a la prima de navidad a que se refiere este artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales y reglamentos internos de trabajo, tengan derecho a primas anuales de cuantía igual o superior, cualesquiera sea su denominación, conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, subrogado por el artículo 1 del Decreto 3148 del mismo año citado.***
>
> *Si el valor de la prima mencionado fuere inferior al de la prima de navidad, la respectiva entidad o empresa empleadora pagará al empleado oficial, en la primera quincena de diciembre, la diferencia que resulte entre la cuantía anual de aquella prima y esta." (negrilla y subrayado fuera de texto)*

Frente a la prima de navidad, nuestra CSJ en la sentencia SL2635-2020 en la que reitera lo dicho en la sentencia bajo el radicado 35954 del 2012, señaló que:

> *"…De donde claramente resulta que para que se produzca la incompatibilidad entre la prima de navidad prevista por el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 y otros derechos prestacionales laborales se exige: 1º) que el servidor público perciba otra clase de primas de naturaleza extralegal, esto es, originadas en convención, pactos, laudo arbitral o reglamento interno de trabajo, 2º) que esas prestaciones de referencia tengan carácter anual; 3º) que su cuantía sea igual o superior al de la prima de navidad, pues si fuere inferior su valor será equivalente al de la diferencia entre una y otra; y 4º) que no se hubiere mejorado dicha regla por la convención, el pacto, el laudo o el reglamento interno de trabajo, por cuanto en tal caso, por mejorarse el mínimo legal, prevalecerá la disposición extralegal."*

Una vez calculada la prima de navidad arroja la suma de $6'429.823, suma inferior a la que le corresponde a la demandante por concepto de prima de servicios ($6'447.444,06), por tanto, dicha prima resulta incompatible con la prima de servicios convencional, por lo que se debe revocar la condena impuesta por este concepto.

Prima de navidad				
Período	Prima causada	Salario	Días prima de servicio	Valor prima
1-12-09 a 30-11-10	dic-10	$ 2.098.917,00	30	$ 2.098.917,00

1-12-10 a 30-11-11	dic-11	$ 2.165.453,00	30	$ 2.165.453,00
1-12-11 a 30-11-12	dic-12	$ 2.165.453,00	30	$ 2.165.453,00
Total Prima de navidad				**$ 6.429.823,00**

Prima Técnica

La prima técnica fue consagrada en el artículo 41A de la convención colectiva de trabajo, en la cual se estipula que *"A partir del 1° de enero del 2002 se reconocerá y pagará una prima técnica para los **cargos de profesionales** no médicos que laboran en el ISS, equivalente al 10% de la asignación básica mensual para los cargos de profesionales generales y del 12% para los cargos de profesionales especialistas. Esta prima será cancelada mensualmente y no será constitutiva de salario. A más tardar el 31 de diciembre del 2001 se **expedirá la reglamentación correspondiente**"*

A folio 487 y s.s. aparece la reglamentación según la cual los profesionales universitarios tendrán derecho a una prima técnica del 10% de la asignación básica mensual, pues así se extrae del contenido del artículo segundo. Teniendo en cuenta que en los contratos de prestación de servicios se señaló que la accionante prestaría sus servicios profesionales de Administradora de Empresas tiene derecho a esta prima.

Al efectuar las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se le adeuda a la actora por este concepto la suma de **$6'819.193,19** por el período comprendido entre el 23 de abril del 2010 al 30 de noviembre del 2012, suma superior a la reconocida por el fallador de primera instancia, sin embargo, como no fue apelado éste punto por la parte demandante y se está conociendo este proceso en consulta en favor del PAR ISS no se modificará la condena.

Prima de Técnica			
Prima Técnica	Salario	Meses Prima Técnica	Valor prima mensual
2010	$ 2.098.917,00	9	$ 1.838.651,29
2011	$ 2.165.453,00	12	$ 2.598.543,60
2012	$ 2.165.453,00	11	$ 2.381.998,30
Total Técnica			**$ 6.819.193,19**

Reembolso de aportes a seguridad social

La demandante solicitó entre las pretensiones de la demanda lo siguiente:

> *"DECIMOCUARTA: Condenar a la entidad demandada a pagar al demandante el valor de los aportes que correspondía efectuar al ISS para la seguridad social y que ésta pago de su patrimonio"*

La falladora de primera instancia ordenó pagar al Sistema de Seguridad Social el porcentaje que le correspondía de los aportes como empleador con el salario aquí establecido, previo cálculo actuarial efectuado por la entidad de seguridad social a la que se encuentre afiliada la demandante.

La inconformidad de la activa radica en que lo solicitado es la devolución del porcentaje de los aportes que debía asumir en relación a las sumas que ella pago de su

patrimonio, sin embargo, lo procedente en este tipo de casos es que el empleador pague a las administradoras de seguridad social en salud y pensión, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado por el accionante y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, a efecto de no realizar doble cotización por el mismo periodo en la misma vinculación contractual ni el reembolso total al actor de los dineros cancelados, pues existe un porcentaje que debe asumir el accionante ante el sistema en calidad de trabajador.

En ese orden de ideas, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Efectuadas las operaciones matemáticas de rigor tenemos que la accionante en calidad de trabajadora debe asumir un total de $2’404.016 frente al sistema de salud, y como quiera que pagó por este concepto la suma de $2’966.200, la pasiva le debe reembolsar **$562.184.**

Frente al sistema pensional, la accionante en calidad de trabajadora debe asumir un total de $2’404.016 y como quiera que pagó por este concepto la suma de $3’798.200, la pasiva le debe reembolsar **$1’394.184.**

Frente al sistema de riesgos profesionales, el empleador debe asumir el 100% de la cotización de conformidad con el Decreto Ley 1295 de 1994, por lo que deberá reembolsar **$63.000.**

Se resalta que no se efectuó calculo respecto de los meses de octubre y noviembre de 2006, en razón a que no fue allegada prueba alguna de su pago. Y que se hizo teniendo en cuenta que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con la devolución de las sumas de dinero con anterioridad al 23 de abril del 2010.

CICLO	COTIZACIÓN PAGADA SALUD POR LA ACTORA	COTIZACIÓN PAGADA PENSIÓN POR LA ACTORA	COTIZACION A RIESGOS PROFESIONALES	SALARIO SOBRE EL QUE REALMENTE DEBÍA HABER COTIZADO	% EN SALUD QUE DEBÍA HABER ASUMIDO COMO TRABAJADOR	% EN PENSIÓN QUE DEBÍA HABER ASUMIDO COMO TRABAJADOR	RIESGOS PROFESIONALES QUE LE CORRESPONDIAN AL EMPLEADOR	DIFERENCIAS SALUD ENTRE LO PAGADO Y EL % QUE DEBÍA PAGAR	DIFERENCIAS PENSIÓN ENTRE LO PAGADO Y EL % QUE DEBÍA PAGAR
abr-10	$ 102.900	$ 131.700	-	$ 2.098.917	$ 83.957	$ 83.957	-	$ 18.943	$ 47.743
may-10	$ 102.900	$ 131.700	-	$ 2.098.917	$ 83.957	$ 83.957	-	$ 18.943	$ 47.743
jul-10	$ 102.900	$ 131.700	-	$ 2.098.917	$ 83.957	$ 83.957	-	$ 18.943	$ 47.743
ago-10	$ 102.900	$ 131.700	-	$ 2.098.917	$ 83.957	$ 83.957	-	$ 18.943	$ 47.743

sep-10	$ 102.900	$ 131.700	-	$ 2.098.917	$ 83.957	$ 83.957	-	$ 18.943	$ 47.743
oct-10	$ 102.900	$ 131.700	-	$ 2.098.917	$ 83.957	$ 83.957	-	$ 18.943	$ 47.743
nov-10	$ 102.900	$ 131.700	-	$ 2.098.917	$ 83.957	$ 83.957	-	$ 18.943	$ 47.743
dic-10	$ 102.900	$ 131.700	-	$ 2.098.917	$ 83.957	$ 83.957	-	$ 18.943	$ 47.743
ene-11	$ 102.900	$ 131.700	-	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	-	$ 16.282	$ 45.082
feb-11	$ 102.900	$ 131.700	-	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	-	$ 16.282	$ 45.082
mar-11	$ 103.000	$ 131.800	-	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	-	$ 16.382	$ 45.182
abr-11	$ 108.200	$ 138.600	-	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	-	$ 21.582	$ 51.982
jun-11	$ 103.000	$ 131.800	-	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	-	$ 16.382	$ 45.182
jul-11	$ 108.200	$ 138.600	-	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	-	$ 21.582	$ 51.982
ago-11	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
sep-11	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
oct-11	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
dic-11	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
ene-12	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
feb-12	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
mar-12	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
abr-12	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
may-12	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
jun-12	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
jul-12	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
sep-12	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
oct-12	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
nov-12	$ 108.200	$ 138.600	$ 4.500	$ 2.165.453	$ 86.618	$ 86.618	$ 4.500	$ 21.582	$ 51.982
TOTAL	$ 2.966.200	$ 3.798.200	$ 63.000	$ 60.100.396	$ 2.404.016	$ 2.404.016	**$ 63.000**	**$ 562.184**	**$ 1.394.184**

Por tanto, se modifica la condena impuesta por este concepto ordenando a la demandada pagar al demandante por reembolso de las cotizaciones que en exceso efectúo al **sistema de salud,** la suma de **$562.184**; por las cotizaciones que en exceso efectúo en el **sistema pensional,** la suma de **$1'394.184** y por las cotizaciones al **sistema de riesgos profesionales** la suma de **$63.000.**

En este punto es necesario hacer notar que, si bien el accionante pretende el reconocimiento, liquidación y pago de los aportes, su solicitud no está dirigida a que la pasiva efectúe las cotizaciones con destino al sistema de seguridad social sino únicamente a que se le reconozcan y paguen los ya efectuados al sistema, motivo por el que solo procede la condena en los anteriores términos.

Indemnización por despido sin justa causa

Tal y como lo señaló la falladora de primera instancia, la demandante al absolver el interrogatorio de parte que confesó que fue ella quien renunció al cargo porque le hicieron otra oferta laboral, por tanto, no hay lugar a condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Indemnización moratoria

En el presente proceso nos encontramos frente a un trabajador oficial, por lo que se debe dar aplicación al artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y teniendo en cuenta que en un caso similar contra el mismo Instituto demandado la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicado N° 39529 del 7 de febrero del 2012, indicó que cuando, pese a los reiterados pronunciamientos de las autoridades judiciales, el ISS persiste en continuar utilizando como forma de contratación los contratos de prestación de servicios para situaciones en las cuales se encuentra plenamente demostrado la existencia de un contrato de trabajo, se debe deducir la mala fe del Instituto demandado, pues es claro que el comportamiento de la parte demandada no puede ser tenido como buena fe, por ende, no es dable eximirlo de la indemnización moratoria como se solicita en la alzada.

En consecuencia, el demandante tiene derecho al pago de la indemnización moratoria a razón de 1 día de salario por cada día de retardo, que se empezará a contabilizar después del vencimiento del plazo gracia de 90 días calendario con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago, es decir, $72.182 diarios (salario $2'165.453), a partir del 1º de marzo del 2013. (CSJ SL1012 y SL8936 de 28/01/2015 y 08/07/2015 rad. 44651 y 42452).

En cuanto a la fecha hasta la cual debe impartirse la condena, es necesario precisar que teniendo en cuenta que la persona jurídica del ISS ya se encuentra liquidada, aspecto que cambia necesariamente el escenario sobre el cual se edificó la indemnización moratoria, cual es que al presentarse este nuevo hecho (extinción de la persona jurídica) tal como da cuenta el Decreto 553 de 2015, no es dable pregonar una mala fe de una persona jurídica inexistente, deberá limitarse la sanción moratoria hasta la fecha en que se liquidó definitivamente dicha entidad, es decir hasta el **31 de marzo de 2015**, por lo que se confirma los extremos en los cuales se imparte esta condena. Al hacer las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda por indemnización moratoria la suma de **$54'353.046,** suma inferior a la reconocida en primera instancia por lo que se modifica este punto.

Condena contra FIDUAGRARIA

Es necesario señalar que resulta procedente la condena a cargo Fiduagraria S.A. en razón a que es la entidad con quien el ISS en liquidación suscribió la fiducia mercantil Nº 015 de marzo de 2015, que maneja el patrimonio autónomo de remanentes, entidad que actúa única y exclusivamente como administrador y vocero del PAR, conforme lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 19 de julio del 2019, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, condenar de la siguiente manera:

- Cesantías $13'334.391,90
- Intereses a las cesantías $840.588,06
- Vacaciones $5'560.288,83
- Indemnización moratoria $54'353.046

SEGUNDO: REVOCAR la condena impuesta por concepto de incremento salarial y prima de navidad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada en el sentido de CONDENAR a FIDUAGRARIA en su calidad de administradora y vocera del PAR ISS a reembolsar a la demandante la suma de **$562.184** por las cotizaciones que hizo en exceso al **sistema de salud;** la suma de **$1'394.184** por las cotizaciones que en exceso efectúo en el **sistema pensional** y la suma de **$63.000** por las cotizaciones al **sistema de riesgos profesionales.**

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

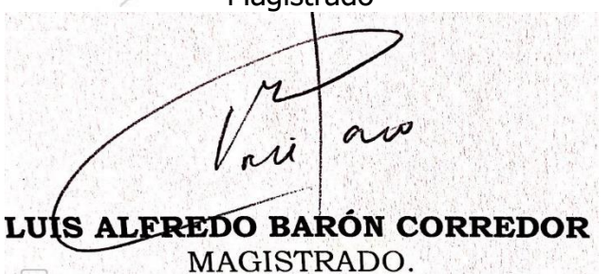
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***EPIFANIA AREVALO VARGAS (COMPAÑERA PERMANENTE)***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
	ARACELY ANTOLÍNEZ ORDUZ (COMPAÑERA PERMANENTE)
RADICACIÓN:	***1100131050-15-2018-00020-01***
ASUNTO:	***APELACIÒN DEMANDANTE Y COLPENSIONES***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. EPIFANIA AREVALO VARGAS en calidad de compañera permanente supérstite instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho a la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Pedro Antonio Montaña Rodríguez (q.e.p.d.) a partir del 17 de agosto del 2017 y que se le paguen las mesadas adeudadas junto con las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: el señor Pedro Antonio Montaña Rodríguez, fue pensionado por el Seguro Social, mediante la Resolución No 007855 de julio del 2002; que falleció el 17 de agosto del 2017; que convivió con el causante por más de 26 años desde el año 1992; fecha en la que el causante decidió comprar otro inmueble y pernoctar allí; que durante la convivencia procrearon 3 hijos actualmente mayores de edad; que teniendo en cuenta que se pensionó y se dedicó al comercio sólo llegaba a la casa de su compañera e hijos de manera ocasional; que en el año 2009 cuando se sintió enfermo regreso a la casa de la demandante; que en esa fecha se enteraron que el causante había estado conviviendo con la señora Aracely Antolinez, con quien había terminado su relación en el 2007, en donde liquidaron la sociedad patrimonial de bienes; que el causante volvió con su familia cuando terminó su relación con la señora Antolinez; que desde el año 2009 que volvió con su familia se constituyó nuevamente la sociedad marital de hecho; que fue ella junto con sus

hijos quienes se encargaron de los cuidados requeridos por el causante dadas las complicaciones médicas que venía sobrellevando; que su convivencia duró hasta el fallecimiento del señor Montaña Rodríguez; que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la demandada la cual le fue negada, pues le fue reconocida mediante la Resolución SUB216467 a la señora Aracely Antolinez Orduz con quien no volvió a convivir después de su separación.

2. Auto admisorio de la demanda
Mediante auto del 8 de febrero del 2018 el fallador de primera instancia admitió la demanda en contra de COLPENSIONES y la señora ATRACELY ANTOLINEZ ORDUZ. (fol. 31)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 34); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la jurisprudencia ha señalado que la administradora de pensiones debe abstenerse de resolver derecho alguno, ya que dicho conflicto de intereses debe ser decidido por la jurisdicción ordinaria laboral. Solicita que en caso de algún reconocimiento se dé a partir de la ejecutoria de la sentencia. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni de indemnización moratoria, buena fe y otras excepciones. (fol. 36 y s.s.)

5. Contestación de ARACELY ANTOLINEZ ORDUZ. Contestó la demanda señalando que Colpensiones le reconoció el derecho después de hacer un estudio acucioso de todas y cada una de las pruebas arrimadas y de cumplir los requisitos exigidos en la norma. Que la demandante no allegó ninguna prueba que acredite su condición de compañera permanente. Propuso como excepción de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fol. 187 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de marzo del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda en su contra por la señora Epifanía Arévalo Vargas y del derecho reclamado por Araceli Antolínez Orduz. (CD fol. 115 mit. 1:35:18)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 200 y que ni la demandante Epifanía Arévalo Vargas, ni la demandada Araceli Antolínez Orduz (tercera ad excludendum), las dos en calidad de compañeras permanentes, demostraron la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento.

7. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión la demandante **EPIFANIA ARÉVALO VARGAS** interpuso recurso de apelación argumentando que *"la prueba documental muy bien determinada por el señor juez y documental y testimonial aportada de manera clara demuestra que la demandante fue la persona que se encargó* ***si no bien en una convivencia bajo el mismo techo y en el mismo lecho*** *con el señor Pedro Antonio Montaña, fue la persona que*

se encargó de su enfermedad en sus años finales, que fue ella y sus hijos quienes lo estuvieron atendiendo en su enfermedad en sus últimos momentos, en sus últimos años y es la razón por la cual es la persona que tendría derecho a que se le reconozca el derecho a la sustitución pensional del señor Pedro Montaña"

Así mismo, la demandada **ARACELI ANTOLINEZ ORDUZ** interpuso recurso de apelación, argumentando que *"como lo dejó escrito este despacho no se acreditó de ninguna manera por parte de los demandantes acción alguna o siquiera la convivencia del señor montaña para con la señora epifanía, todas y cada una de las declaraciones los hechos única y exclusivamente podrían determinar que la señorita no pudo tener convivencia prolongada, ni en forma continua con el señor Montaña de todas maneras que sea la valoración hecha por este despacho sobre las declaraciones recibidas por la señora Araceli, los dos testigos, siendo ellos los propios sobrinos, caso aquí que en ningún momento es determinante de la demanda de la parte demandante alguna sospecha su declaración y que fue tenida en cuenta por este despacho, se puede determinar claramente no solamente por estas declaraciones sino por todas las pruebas arrimadas, pruebas que jamás tuvieron ninguna condición de reproche o reclamo por parte del accionante, y dónde se terminó claramente, no solamente una vez sino a través del también el recurso de apelación que se suscitó por parte de la demandante en la resolución de colpensiones donde se acreditó palmariamente plenamente y con documentos fehacientes la convivencia y la condición de compañera permanente de la señora Araceli Antolínez , su señoría ruego al tribunal superior sala laboral que se tenga en cuenta este recurso de apelación"*

8. Alegatos Aracely Antolínez. Indica que COLPENSIONES adjudicó el derecho a disfrutar de la pensión de sobreviviente a la señora ARACELY ANTOLINEZ ORDUZ, después de hacer un estudio acucioso, de todas y cada una de las pruebas arrimadas, para la comprobación de su calidad de compañera permanente y de cumplir con todos y cada uno de los requisitos para que se acreditara la veracidad de la solicitud presentada. Que la demandante no demostró la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

9. Alegatos Colpensiones. Manifiesta que Colpensiones en la Resolución SUB 216467 del 4 de octubre de 2017reconoció una sustitución pensional a Aracely Antolínez Orduz en calidad de cónyuge, en cuantía de $3.132.908 efectiva a partir del 17 de agosto de 2017 y en el mismo sentido se negó la pensión de sobrevivientes a la demandante, por cuanto no acreditó los requisitos prestacionales, lo anterior en los términos de la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Para tener derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente resulta suficiente manifestar haber cuidado al causante en su enfermedad a pesar de aceptar que no existió la convivencia exigida? y (ii) ¿El fallador de primera instancia se equivocó al haber estudiado si la litisconsorte ARACELY ANTOLÍNEZ ORDUZ cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente que le había sido reconocida por Colpensiones a pesar de no salir avante las pretensiones de la demandante?

Calidad de pensionado

Lo primero que se debe advertir es que se encuentra demostrado que el señor PEDRO ANTONIO MONTAÑA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), ostentaba el estatus de pensionado, según da cuenta la Res. 007855 del 2002, que corre a folio 24, hecho que fue aceptado en la contestación de la demanda.

Pensión de sobreviviente otorgada por Colpensiones

Colpensiones mediante la Resolución SUB 216467 del 4 de octubre del 2017, reconoció la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Montaña Rodríguez a la señora ARACELY ANTOLÍNEZ ORDUZ, en calidad de compañera permanente, por haber acreditado ante dicha entidad los requisitos exigidos en la normatividad vigente.

Fallecimiento

No existe discusión respecto al fallecimiento del señor PEDRO ANTONIO MONTAÑA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), el cual se encuentra acreditado con el registro defunción que milita a folio 91, de cuyo contenido se extrae que la fecha del deceso tuvo lugar el 17 de agosto del 2017, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en diciembre de 2009. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Requisitos sustitución pensional - Epifanía Arévalo Vargas

La norma precitada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, que en el caso de la compañera permanente son fundamentalmente dos: de una parte, la edad, esto es, acreditar 30 o más años de edad al momento del fallecimiento y, de otra parte, acreditar vida marital y convivencia no menos de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado.

1) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora EPIFANIA AREVALO VARGAS, nació el 11 de septiembre de 1941, según da fe su historia laboral allegada en el expediente administrativo (fol 45), luego para la muerte del señor PEDRO ANTONIO MONTAÑA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), contaba con 75 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

2) Convivencia

Respecto al requisito de la convivencia, el fallador de primera instancia concluyó que la señora EPIFANIA ARÉVALO VARGAS no probó haber convivido con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento, pues así lo confesó la demandante al absolver interrogatorio de parte, oportunidad en la que afirmó que después su separación en el año 1992, el señor Montaña iba a su casa, dejaba ropa y algunas veces pernoctaba, reconociendo que el causante pensional vivía en otra casa que quedaba cerca a la suya.

La conclusión a la que arribó el juez primigenio respecto a la falta de convivencia durante el tiempo exigido por la ley, no es objeto de apelación por la activa, ya que su

apoderada manifestó en la alzada que, si bien la señora Epifanía Arévalo Vargas no convivió con el causante, lo cierto es que fue la persona que estuvo pendiente del causante en su enfermedad.

Considera la Sala que éste hecho no resulta suficiente para ser acreedora de la pensión deprecada, pues tal y como lo ha indicado la CSJ entre otras en la sentencia SL 781 del 2020, la finalidad de la pensión de sobreviviente es menguar las consecuencias económicas que se generan en el núcleo familiar por la intempestiva muerte de un afiliado o pensionado, y así evitar un cambio sustancial en las condiciones de subsistencia de aquellos que dependían del causante, por lo que la norma exige demostrar la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento, requisito que evidentemente no se cumple en el presente caso.

Por tanto, no queda otro camino que confirmar la absolución frente a las pretensiones de la señora EPIFANIA ARÉVALO VARGAS.

Estudio pensional respecto de la litisconsorte ARACELY ANTOLÍNEZ ORDUZ

Para resolver el problema jurídico relacionado con establecer si el fallador de primera instancia se equivocó al haber efectuado el estudio pensional respecto de la señora ARACELY ANTOLÍNEZ ORDUZ a quien se le reconoció la pensión de sobrevivientes por parte de Colpensiones mediante la Resolución SUB 216467 del 4 de octubre del 2017, lo primero que debemos precisar es que, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 38450 del 22 de agosto del 2012, cuando exista disputa del derecho a la pensión de sobrevivientes entre cónyuge y compañera permanente, o entre compañeras permanentes no es necesario ni riguroso integrar un litisconsorcio, pues cada beneficiario puede ejercer su acción con prescindencia de los demás, siendo la intervención ad excludendum la manera adecuada por regla general de trabar la relación procesal, **salvo cuando se ha previamente reconocido el derecho a uno de ellos** o hay de por medio derechos de menores de edad.

En el presente caso acertó el a quo cuando vinculó a la señora ARACELY ANTOLINEZ en calidad de litisconsorte necesaria, toda vez que eventualmente podía resultar perjudicada con las resultas del juicio. Ahora, al revisar la contestación presentada por la señora Antolínez, se evidencia que se opuso a las peticiones de la demandante sin formular pretensión alguna.

Así las cosas, considera esta Colegiatura que al no salir avante las pretensiones de la demanda, no había lugar a considerar si la señora Aracely Antolínez Orduz tenía o no derecho a la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Pedro Antonio Montaña Rodríguez, como quiera que los requisitos para acceder a dicha sustitución fueron objeto de estudio por Colpensiones, quien por encontrarlos acreditados le sustituyo la pensión mediante la Resolución SUB216467 del 4 de octubre del 2017, como se evidencia a folio 24 y s.s., no estando en este proceso en discusión el derecho que le asiste a la litisconsorte necesaria.

En consecuencia, se torna necesario revocar la absolución impartida en primera instancia frente a la señora ARACELY ANTOLÍNEZ ORDUZ, pues no es posible realizar ningún pronunciamiento frente a su derecho el cual se reitera no fue discutido en este proceso y se encuentra contenido en un acto administrativo que cuenta con presunción de legalidad.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 28 de marzo del 2019 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto tiene que ver con la señora ARACELY ANTOLÍNEZ ORDUZ, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SE CONFIRMA en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ARACELY PARDO SOTOMONTE***
DEMANDADO:	***LUZ PATRICIA TRUJILLO MARÍN***
RADICACIÓN:	***1100131050-31-2018-00426-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Aracely Pardo Sotomonte instauró demanda ordinaria contra Luz Patricia Trujillo Marín con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral desde el 21 de enero del 2015 y hasta el 29 de noviembre del 2017. Como consecuencia se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, aportes a pensión, salarios adeudados, lo que resulta extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: fue contratada por la demandada e inicio labores el 21 de enero del 2015; que el contrato se celebró de manera verbal a término indefinido; que desempeñó el cargo de servicio doméstico; que vivía dentro del sitio de trabajo; que no volvió a trabajar por una agresión física que sufrió por parte de la sobrina de la empleadora; que el salario devengado fue de $1'000.000 para el año 2015, de $1'170.000 para el año 2016 y $1'220.000 para el año 2017; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende con la presente demanda; que la demandada le envió una consignación del Banco Agrario la cual la demandante no ha podido reclamar porque no se encuentra a disposición de ningún juzgado; que ha llamado de manera insistente a la demandante para que arregle el título pero no ha sido posible que coloque a disposición el título; que mediante derecho de petición del 25 de julio del 2018 le solicitó a la demandada resolviera la entrega del título.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda aceptando la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandante entre el 21 de enero

del 2015 y el 29 de noviembre del 2017. Se opuso a las pretensiones condenatorias señalando que ya pago dichas acreencias laborales Indicó que la demandante se retiró por voluntad propia. Propuso como excepciones de fondo las de pago, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fol. 16 y s.s. y 47 y s.s. subsanación)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de enero del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró entre las partes la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de enero del 2015 al 21 de noviembre del 2017. Como consecuencia, condenó a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones, salarios insolutos, diferencia en los aportes a seguridad social. Autorizó a la demandada para que descuente de las condenas impuestas la suma de $3’802.000 que corresponden a la suma realmente cancelada. (CD fol. 65)

Su decisión se basó en que la demandante aceptó la existencia de un contrato de trabajo y los extremos de dicha relación laboral. En lo que interesa al recurso señaló que se observa que las cesantías de los años 2015 y 2016 fueron pagadas directamente a la demandante; sin embargo, al pagarse de manera errónea pues no fueron consignadas la sanción es que debe pagarlas nuevamente. Que se encuentra probado que los salarios devengados por la demandante para el año 2015 fue de $900.000, año 2016 la suma de $1’070.000 y para el año 2017 la suma de $1’120.000. Que frente a la prima de servicios y los salarios de noviembre y 8 días de diciembre no se acredita ningún pago. Que las vacaciones sólo adeudan las del 2017. En cuanto a la indemnización moratoria señaló que no opera de manera automática. Que la demandante recibió el pago por cesantías sólo que no se las pagaron correctamente, pues no fueron consignadas. Que la demandante acepta que se acercó a la casa de la demandada pero que no llegaron a ningún acuerdo, por lo que no le quiso ni firmar, ni recibir dinero. Que se allegó la consignación en el Banco Agrario la cual ya fue retirada por la demandante como lo confiesa en el interrogatorio de parte. Que se le envió la notificación pero que las guías fueron devueltas porque la dirección era la incorrecta. Que por lo anterior no se evidencia la mala fe de la demandada por lo que la absuelve del pago de la indemnización moratoria.

4. **Impugnación y límites del ad quem**.

Inconforme con la anterior decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que la demandada si actúo de mala fe, pues no asistió a la citación que se le realizó en el Ministerio del Trabajo. Que la consignación que hizo en el Banco Agrario no se tramitó en debida forma, pues no se dejo a disposición de un juzgado. Que la demandada es abogada y conocedora del Derecho Laboral. Que omitió el pago de aportes a seguridad social por el salario realmente devengado.

5. Alegatos demandada. Afirma que, a juicio de la parte demandada, ninguna de las aseveraciones efectuadas por la apoderada de la demandante en su recurso de apelación, es demostrativa de que la demandada haya procedido de MALA FE en relación con el pago de las acreencias laborales de su ex trabajadora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio

de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer si: ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST ante la falta de pago de prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato de trabajo?

Relación laboral

No existe discusión en esta instancia, pues no fue tema de apelación, que entre la señora Aracely Pardo Sotomonte y la señora Luz Patricia Trujillo Marín existió un contrato de trabajo entre el 21 de enero del 2015 al 21 de noviembre del 2017.

Indemnización moratoria

Para resolver la inconformidad planteada por la parte actora en su apelación, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

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

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, advierte la Sala que le asiste razón al apoderado de la parte demandante al afirmar que las actuaciones de la demandada no pueden catalogarse como de buena fe, máxime cuando a la fecha no ha pagado la totalidad de las sumas a las que fue condenada por concepto de salarios y prestaciones sociales y, por ende, no es dable eximirla del pago de la indemnización moratoria.

En este punto es necesario resaltar que, si bien quedó demostrado que al número telefónico de la accionante, fueron remitidos mensajes por parte de la accionada en los cuales le solicitaba recoger el dinero adeudado y conversar acerca de su liquidación, pues así se extrae de las respuestas efectuadas por la activa ante el Defensor del Ministerio público y los mensajes de texto obrantes a folios 37 y ss, lo cierto es que ante la renuencia de la demandante en recibir la suma adeudada debió la señora Luz Patricia Trujillo Marín, adelantar el procedimiento establecido en el numeral 2° del artículo 65 del CST, que establece *"Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones*

consignando ante el Juez del Trabajo… la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia" , en concordancia con el precedente judicial sentado por nuestra Corte Suprema de Justicias, entre otras, en la sentencias CSJ SL4400-2014, que rememora las providencias CSJ SL 2264, 29 jul. 1998 y la CSJ SL 28090, 20 oct. 2006, según el cual el empleador está obligado a notificarle al empleado la existencia del título y el juzgado en el que puede retirarlo, de lo contrario, se evidencia que actuó con mala fe y, así, su responsabilidad se extiende hasta ese momento, generando la sanción moratoria a favor del trabajador.

Ahora, pese a que la demandada realizó una consignación judicial, ello tuvo lugar el día 27 de diciembre de 2017, esto es, pasado más de un mes de la fecha del finiquito laboral sin que además efectuara correctamente el procedimiento del pago por consignación pues no radicó por el reparto el titulo judicial y si bien le notificó a la accionante la existencia del título, nunca le informó a que juzgado al que podía acudir a retirarlo, omisiones que comprueban que actuó de mala fe, más aún cuando apenas realizó un pago parcial de lo adeudado, ya que únicamente consignó $3'802.000 cuando el fallador de primera instancia señaló que por concepto de salarios y prestaciones adeudaba a la accionante la suma de $6'361.536, por lo que no hubo solución completa de la obligación.

Respecto al camino que se debe recorrer para que una consignación judicial sea válida, las sentencias aludidas precedentemente, señalan:

> ***"1º) Sobre el pago por consignación.***
>
> *En sentencia CSJ SL del 29 jul 1988, rad. 2264, la Corte recordó el sendero que hay que recorrer para que una consignación judicial sea plenamente válida en relación con el trabajador reclamante, de la siguiente manera:*
>
> *El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.*
>
> *Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberat-orios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse par cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante" (Sentencia 11 de abril de 1985).*
>
> *Y en providencia CSJ SL del 20 oct 2006, rad. 28.090, la Sala dispuso:*
>
> *importa p-recisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es*

lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.

Por lo expuesto, no emerge que la vinculada a juicio hubiese obrado amparada en una convicción seria y razonable de acatamiento a la ley. En consecuencia, se revocará la absolución impartida en primera instancia por este concepto, para en su lugar, condenar al demandado a pagar la suma de $37.333 diarios (Salario determinado por el Juez año 2017 fue de $1'120.000) a partir del 22 de noviembre del 2017 y hasta que se haga efectivo la totalidad del pago de salarios y prestaciones sociales adeudados, teniendo en cuenta que al haberse presentado la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, la misma corresponde a un día de salario por cada día de mora y hasta que los salarios y prestaciones sociales sean cancelados.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de enero del 2019 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar CONDENAR a la señora LUZ PATRICIA TRUJILLO MARÍN a cancelar a la señora ARACELY PARDO SOTOMONTE la suma de $37.333 diarios a partir del 22 de noviembre del 2017 y hasta que se haga efectivo la totalidad del pago de salarios y prestaciones sociales adeudados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

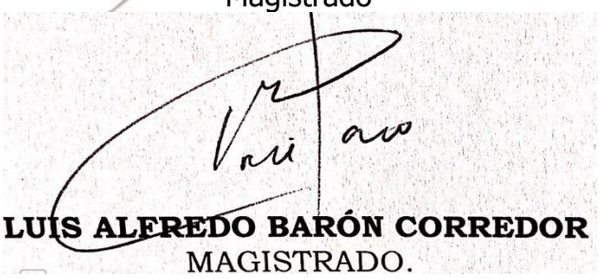
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ARAMINTA ANGARITA ANGARITA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS***
RADICACIÓN:	***1100131050-19-2017-00565-01***
ASUNTO:	***CONSULTA SENTENCIA EN FAVOR DE COLPENSIONES***
TEMA:	***TRASLADO DE RÉGIMEN SU 062 DEL 2010***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y al Dr. HENRY DARÍO MACHADO GUALDRÓN como apoderado sustituto de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Araminta Angarita Angarita instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP COLFONDOS con el fin de que se DECLARE que es beneficiaria del régimen de transición y como consecuencia, que puede trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo conforme a la Sentencia SU 062 del 2010. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 6 de febrero de 1955, por lo que cuenta con 61 años de edad; que laboró con la ESE Hospital Regional de Duitama del 9 de abril de 1979 al 21 de enero de 1982 (CAJANAL); del 21 de enero de 1982 al 1° de octubre de 1982; del 1° de octubre de 1982 al 31 de marzo de 1995 a CAJANAL; del 1° de abril de 1995 al 30 de mayo de 1997 a COLFONDOS; del 1° de junio de 1997 a la fecha al ISS; que la demandante al 1° de abril de 1994, cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, tenía 30 años de edad y 794 semanas cotizadas, por lo que es beneficiaria del régimen de transición; que el 27 de marzo de 1995 se afilió a la AFP COLFONDOS; que el 26 de febrero de 1996 la

demandante radicó su solicitud de afiliarse al ISS; que el 28 de octubre de 1996 radicó petición de retracto con base en el parágrafo transitorio del art. 2° del Decreto 1642 de 1995; que el 23 de abril de 1997 COLFONDOS le escribió que aceptaba el retracto; que el 10 de febrero del 2015, le solicitó certificación de afiliación a COLPENSIONES quien le señaló que allí no aparece afiliada; que el 16 de abril del 2015, la AFP COLFONDOS le dice que está afiliada y activa en dicha entidad; que como a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 15 años de servicio podía trasladarse en cualquier tiempo; que ni COLFONDOS, ni COLPENSIONES le ha aceptado su traslado.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 78), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP COLFONDOS. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no es cierto que al 1° de abril de 1994 contara con 15 años, pues únicamente tiene 743 semanas, por lo que no resulta procedente la solicitud de traslado pretendida. Indicó que la solicitud que presentó la demandante no fue de retracto, pues la misma sería extemporánea conforme al art. 3° del Decreto 1161 de 1994 y que no era posible aceptar el traslado debido a la prohibición establecida en el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, pues la demandante no llevaba 3 años afiliada a dicho fondo. Propuso como excepciones la de validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, inexistencia de los presupuestos para el traslado de régimen, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación y la genérica. (fol. 55 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda señalando que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen, por lo que se opone a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y genérica. (fol. 79 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de noviembre del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró que la demandante tiene derecho al traslado de régimen del RAIS al RPMPD. Ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado y a COLFONDOS a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses. Ordenó a Colpensiones recibir las sumas que le devuelva COLFONDOS y declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol.170)

La decisión del Juez se basó en que no es posible aceptar el traslado de la demandante conforme a la sentencia SU 062 del 2010, pues al momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993, no contaba con 15 años, sino únicamente con 14 años y 3 meses laborados. Señaló que se evidencia que el demandante solicitó afiliarse nuevamente al RPMPD el 26 de febrero de 1996, por lo que debe entenderse que la demandante se retractó de su afiliación al RAIS y que al no estar en la prohibición- pues no le faltaba menos de 10 años para pensionarse- es procedente el traslado, el cual debe entenderse efectivo desde el año 1996.

6. Alegatos demandante. Indicó que ninguno de los fondos le brindó una asesoría completa a la demandante. Que la Corte Constitucional en las sentencia T 320-2010 y T 060-2011 dijeron que quienes a la entrada en vigencia del sistema pensional no

hubieren cumplido los 15 años pero si el requisito de la edad podían trasladarse al RPMPD a sabiendas eso sí que su pensión sería reconocida bajo los lineamientos de la ley de seguridad social que empezó a regir el 1° de abril de 1994.

7. Alegatos Colpensiones. Indica que el AQUO al momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, se fundamentó en la falta al deber de información que según la Juzgadora de primera instancia, tenía la AFP COLFONDOS S.A al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que para esa fecha abril de 1995, la realidad del momento, según la normatividad aplicable para esa época (Ley 100 de 1993), era que la aceptación espontanea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por LA DEMANDANTE.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones conforme lo dispone el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala es determinar: ¿El demandante tiene derecho al traslado que solicitó al RPMPD en el año 1996, como lo sostuvo el fallador de primera instancia por no encontrarse en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003?

Traslado de régimen del RAIS al RPMPD

Sea lo primero señalar que la Ley 100 de 1993 en su redacción original consignó como características del Sistema General de Pensiones que los afiliados a dicho sistema podrían escoger el régimen de pensiones que prefieran y que, una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial. -literal e) art. 13 de la Ley 100 de 1993-

Esta norma fue modificada por el art. 2° de la Ley 797 del 2003 en la cual se estableció que una vez efectuada la selección inicial los afiliados sólo podrían trasladarse por una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial y que después de un año de vigencia de dicha normatividad, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

El artículo 15 del Decreto 692 de 1994 "Por medio del cual se reglamentó la Ley 100 de 1993" dispuso que una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.

En su artículo 11 la anterior normatividad señala que quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su

vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.

En el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 "Por el cual se dictan normas del Sistema General de Pensiones" se señala que para el traslado de regímenes se entenderá permitido el retracto del afiliado en todos los casos de selección con el objeto de proteger la libertad de escogencia dentro del Sistema General de Pensiones, de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones, **dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección**.

Caso en concreto

Una vez revisadas las pruebas allegadas al presente proceso encuentra la Sala que la señora ARAMINTA ANGARITA ANGARITA a la fecha de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1° de abril de 1994, se encontraba laborando en la E.S.E. Hospital Santa Marta y estaba realizando aportes a CAJANAL, conforme se evidencia en el certificado de información laboral para bonos pensionales, visible a folio 104.

Igualmente se evidencia que el **27 de marzo de 1995** suscribió el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS, entendiéndose con esta afiliación su selección inicial de régimen, escogiendo así el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Frente a lo cual debe señalarse que dicha afiliación es totalmente válida como quiera que en aplicación del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, no le es aplicable la prohibición de 3 años y podía ejercer en cualquier momento la opción de traslado inicial.

Ahora, una vez realizada la selección inicial si la demandante quería hacer uso del retracto debió haberlo realizado conforme en el término previsto en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, esto es, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que manifestó por escrito la selección de régimen, es decir, que tenía hasta el 3 de abril de 1995 para solicitar el retracto, acto que no efectuó.

Por tanto, se equivocó la AFP COLFONDOS cuando en la carta del 23 de abril de 1997, le manifestó que aceptaba su solicitud de retracto (fol. 15), pues la demandante nunca elevó solicitud en tal sentido, pues en las peticiones radicadas el 28 de octubre de 1996 (fol. 12) y el 27 de diciembre de 1996 (fol. 14) lo que le requirió fue el traslado de régimen; lo cual hizo conforme lo determina la Circular Externa N° 07 de 1996 de la Superintendencia Financiera, vigente para la fecha en que solicitó el traslado en la cual se indicó que la administradora anterior, previa verificación de los requisitos legales, deberá informar a la nueva administradora, al afiliado y al empleador, si es el caso, acerca de la procedencia o no de las solicitudes de traslado.

Ahora, se evidencia que la comunicación a la demandante por parte de la AFP COLFONDOS se trató de un lapsus, pues nótese que al solicitarle la demandante a la AFP COLFONDOS en el año 2018 una certificación, la AFP le señaló que se encuentra actualmente afiliada a dicha entidad desde el 1° de abril de 1995 y que su cuenta individual actualmente se encuentra activa.

Y si bien el empleador de la demandante realizó aportes a COLPENSIONES, tal y como se observa en el detalle de pagos de la historia laboral visible a folio 82 y s.s. dichas cotizaciones fueron devueltas a la AFP COLFONDOS teniendo en cuenta que la demandante no se encontraba afiliada a administradora del régimen de prima media y la AFP COLFONDOS siempre las registró en la cuenta individual de la demandante.

Por tanto, se equivocó la falladora de primera instancia cuando señaló que la demandante había hecho uso del retracto, pues ni siquiera lo solicitó.

Ahora, también se equivocó la falladora de primera instancia cuando señaló que era procedente el traslado de la demandante solicitado el 28 de octubre de 1996, argumentando que no le faltaban menos de 10 años en ese momento para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que, primero, la prohibición de los 10 años fue introducida con la modificación que hizo la Ley 797 del 2003 a la Ley 100 de 1993, es decir, que para la fecha en que la demandante solicitó el traslado -año 1996- dicha norma no estaba vigente, y segundo, porque olvidó que conforme al art. 15 del Decreto 692 de 1994, ningún afiliado se podía trasladar de régimen antes de haber transcurrido 3 años entre la selección anterior y la solicitud de traslado.

Siendo claro que la selección del RAIS fue realizado por la demandante el **27 de marzo de 1995** conforme se evidencia en el formulario de afiliación, resulta claro que para el 26 de febrero de 1996, fecha en la que la demandante solicitó su afiliación nuevamente a Colpensiones (fol. 11) no habían transcurrido 3 años, por lo que no era procedente aceptar dicho traslado.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el traslado solicitado por la demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en el Decreto 692 de 1994, no queda otro camino que revocar la decisión proferida en primera instancia, para en su lugar, absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Finalmente, debe decirse que teniendo en cuenta que la falladora de primera instancia absolvió de las pretensiones de la demanda las cuales eran que se aceptara que la demandante podía trasladarse en cualquier tiempo conforme a la sentencia de unificación de la Corte Constitucional 62 del 2010, lo cual no fue apelado no se hará ningún pronunciamiento adicional. Ni tampoco frente a lo dicho en los alegatos de conclusión por parte de la demandante quien manifestó que la AFP no le había brindado la información necesaria al momento del traslado, como quiera que aquí no se solicitó la ineficacia del traslado, por lo que esto no fue debatido dentro del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de noviembre del 2019, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de

este proveído, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en este grado jurisdiccional. Las de primera instancia quedan a cargo de la demandante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CARLOS ARTURO CAMARGO MADERO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y AFP OLD MUTUAL***
RADICACIÓN:	***1100131050-33-2018-00497-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA AFP OLD MUTUAL Y COLPENSIONES***
TEMA:	***TRASLADO DE RÉGIMEN – FONDO DE PENSIONES ALTERNATIVA***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y al Dr. IVÁN DARÍO BLANCO ROJAS como apoderado sustituto de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos Arturo Camargo Madero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se DECLARE que cumple con los requisitos para trasladarse válidamente del RAIS al RPMPD por encontrarse dentro de los parámetros del art. 2° de la Ley 797 del 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993. Como consecuencia, se ordene a la AFP OLD MUTUAL que envíe a COLPENSIONES los dineros que estén en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones obligatorias; se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación y actualizar su historia laboral, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició su vida laboral en agosto de 1988; que en 1995 se trasladó del RPMPD al RAIS a la AFP OLD MUTUAL antes Skandia; que en julio del 2017 solicitó asesoría acerca de su situación

pensional, a raíz de lo cual la AFP OLD MUTUAL le realizó una simulación pensional; que al recibir una doble asesoría tomó la decisión de trasladarse nuevamente al RPMPD; que el 13 de septiembre del 2017, radicó ante Colpensiones el formulario de traslado de régimen, la cual le fue negada señalando que su petición era ilegible; que el 8 de febrero del 2018, solicita ante Colpensiones nuevamente el traslado de régimen; que el 23 de febrero del 2018, la AFP OLD MUTUAL le comunica que su solicitud de traslado fue rechazada por la causal "entidad no es alternativo"; que la respuesta de la AFP OLD MUTUAL contempla una causal imposible de cumplir, pues sólo dicha AFP tiene la figura de régimen alternativo y por tanto, se le vulneró el derecho a escoger libremente el régimen pensional que más le convenga.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 59), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003 para poder solicitar su traslado, pues en dicha norma se limitó el derecho al traslado cuando le faltaren menos de 10 años para alcanzar la edad para pensión. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 60 y s.s.)

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. Contestó la demanda señalando que el demandante nació el 29 de agosto de 1966, por lo que cuenta con 52 años, lo que significa que se encuentra dentro de la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 2° de la Ley 797 del 2003, dado que se encuentra a menos de 10 años de la edad requerida para obtener el derecho pensional en el RPMPD. Señala que el demandante se encuentra en un Fondo Alternativo de Pensiones y que el traslado de dicho Fondo sólo puede efectuarse en los términos del art. 10 del Decreto 876 de 1994, modificado por el Decreto 2555 del 2010 el cual establece que los afiliados a los planes alternativos tendrán derecho a cambiarse a otro plan alternativo, cualquiera que sea la entidad administradora de pensiones que lo suministre, sin exceder de una vez por semestre. Indica que conforme a los conceptos de la Superintendencia Financiera la posibilidad de traslado para las personas que se encuentren en un Fondo Alternativo de Pensión es únicamente entre planes de la misma naturaleza, es decir, que sólo es posible el traslado entre planes alternativos de pensiones, sin que exista reglamentación sobre las condiciones de retorno al plan básico del RAIS o al RPMPD. Señala que la Superintendencia Financiera en el concepto del 18 de julio del 2008, manifestó que los afiliados a planes alternativos de pensión no pueden trasladarse al RPMPD, ni al plan básico del RAIS. Manifiesta que como COLPENSIONES no maneja Fondos Alternativos de Pensión no puede aceptarse el traslado del demandante. Propuso como excepciones de fondo las de ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 109 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de febrero del 2020, en la que el fallador de primera instancia ordenó a la AFP OLD MUTUAL que autorice el traslado del demandante del RAIS al RPMPD por cumplir con los parámetros de la Ley 797 del 2003. Ordenó a la AFP OLD MUTUAL que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta individual del demandante

tales como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos rendimientos, intereses y cuotas de administración. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado y las sumas que le sean devueltas. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a la AFP OLD MUTUAL señalando como agencias en derecho 4 SMMLV. (CD fol.188)

La decisión del Juez se basó en que los únicos requisitos que impone la normatividad vigente para el traslado de régimen es que le falten más de 10 años para adquirir la edad para pensionarse y que se debió haber obtenido una doble asesoría. Indicó que el art. 13 de la Ley 100 de 1993 consagra el derecho a la libre elección de régimen. Que los dineros de los planes alternativos de pensión están separados de los dineros de la cuenta de ahorro individual en donde se encuentran las cotizaciones obligatorias. Que el derecho a elegir el régimen al cual desean pertenecer es de carácter constitucional. Que el hecho de haber realizado aportes voluntarios o estar en un plan alternativo de pensión no restringe su derecho de trasladarse de régimen. Que los conceptos de la Superintendencia Financiera que menciona la AFP OLD MUTUAL en su contestación no son obligatorios, ni están por encima de la Ley 100 de 1993. Que no existe norma que impida el traslado de régimen por haberse acogido a un plan alternativo de pensión. Que teniendo en cuenta que el demandante recibió la doble asesoría y al momento en que solicitó el traslado le faltaban más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a una pensión es procedente el traslado. Que al demandante no se le brindó la información necesaria al momento de acogerse al plan alternativo de pensión.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la AFP OLD MUTUAL interpuso recurso de apelación señalando que considera que el valor impuesto por concepto de costas resulta excesivo. Indica que deben tenerse en cuenta las tablas dispuestas para la liquidación de costas.

7. Impugnación y límites del ad quem. COLPENSIONES impugnó la decisión proferida en primera instancia señalando que con el traslado se está afectando la sostenibilidad financiera pues el demandante no ha estado afiliado durante toda su vida laboral a dicha entidad, por lo que no ha tenido la oportunidad de planear el pago de la pensión que ahora le corresponde. Que la Superintendencia emitió concepto en el que señala que no se puede realizar esta clase de traslado en cuanto a los aportes voluntarios. Que sólo es posible realizar traslados entre fondos alternativos de pensión. Que el Juez menciona una falta de información la cual no es relevante pues no nos encontramos frente a una solicitud de ineficacia del traslado.

8. Alegatos demandante. Señala que el demandante solicitó el traslado de régimen pensional estando a más de 10 años de cumplir la edad de pensión, en uso del derecho de libre escogencia de régimen pensional, por lo que tenía derecho a que se le aceptara su traslado.

9. Alegatos Colpensiones. Señala en sus argumentos la línea jurisprudencia de la CSJ frente a la ineficacia del traslado y las razones por las cuales no procede la ineficacia en el presente caso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP OLD MUTUAL y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en su favor en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala son establecer (i) ¿El traslado de régimen solicitado por el demandante es procedente a pesar de estar vinculado a un plan alternativo de pensión en la AFP OLD MUTUAL?; (ii) ¿Con el traslado se afecta la sostenibilidad financiera del RPMPD? y (iii) ¿Este es el momento procesal para estudiar si las costas fijadas en primera instancia resultan excesivas?

Traslado de régimen del RAIS al RPMPD

Sea lo primero señalar que el art. 12 de la Ley 100 de 1993, estipuló que el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: (a) Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y (b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

El literal b) del art. 13 la Ley 100 de 1993 indica que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

El literal e) del art. 13 la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2° de la Ley 797 del 2003, estableció que una vez efectuada la selección inicial de régimen los afiliados sólo podrían trasladarse por una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial y que después de un año de vigencia de dicha normatividad, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Adicionalmente, la Ley 1748 del 2014 *"Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones"* introdujo como obligación que las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes

Y dentro del título del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que consignó la Ley 100 de 1993, en su artículo 87, se estableció que:

> *"Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad* ***podrán optar por planes alternativos de capitalización****, que sean autorizados por las Superintendencia Bancaria[3]. Los capitales resultantes del plan básico y de*

dichas alternativas de capitalización, podrán estar ligados a planes alternativos de pensiones que sean autorizados por la misma Superintendencia.

El ejercicio de las opciones de que trata este artículo, está sujeto a que los afiliados hayan cumplido metas mínimas de capitalización. Los planes aprobados deberán permitir la movilidad entre planes, administradoras y aseguradoras, y deben separar los patrimonios y cuentas correspondientes a capitalización y seguros, en la forma que disponga la Superintendencia Bancaria<3>. El Gobierno Nacional señalará los casos en los cuales el ingreso a planes alternativos implica la renuncia del afiliado a garantías de rentabilidad mínima o de pensión mínima.
PARÁGRAFO. *Lo dispuesto en el presente artículo no exime al afiliado ni al empleador, del pago de las cotizaciones previstas en la presente ley."*

El artículo 107 ibídem indica que todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, **o trasladarse a otra entidad administradora**. Los cambios autorizados en el inciso anterior no podrán exceder de una vez en el semestre respectivo, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de treinta (30) días calendario de anticipación. (Aparte subrayado declarado exequible mediante la sentencia de la Corte Constitucional C 841 del 2003)

El Decreto 2555 del 2010 "*Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones*" en su artículo 2.32.1.1.1. estableció que el ejercicio de los planes alternativos de capitalización y de pensiones implica que el empleador y el afiliado según corresponda, efectúen el pago de las cotizaciones obligatorias al plan alternativo respectivo.

Y en su artículo 2.32.1.1.3. se indicó que en desarrollo de los artículos 87 y 107 de la Ley 100 de 1993, los afiliados a los planes alternativos tendrán derecho a cambiarse a otro plan alternativo, cualquiera sea la entidad administradora o entidad aseguradora de vida que lo administre, sin exceder de una vez por semestre, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de 30 días calendario de anticipación.

Al revisar de la página web el Reglamento de la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL en relación al Fondo Alternativo de Pensiones[1] se encuentra que dicho fondo está constituido por las cotizaciones obligatorias que deben hacer los afiliados trabajadores dependientes, sus empleadores y los afiliados trabajadores independientes y por las cotizaciones voluntarias que se reciban para ser acreditadas a la cuenta individual de cada afiliado

Y que cada afiliado a SKANDIA FONDO ALTERNATIVO tendrá las siguientes subcuentas de ahorro:

• Subcuenta individual de ahorro de cotizaciones obligatorias. La acumulación en esta subcuenta la generan las cotizaciones obligatorias para la pensión de vejez, los intereses de mora, los rendimientos de estas cotizaciones que, de acuerdo con este

[1] https://www.skandia.com.co/sitios/centroderegistros/ReglaInforComplementaria/Reglamento-Skandia-Fondo-Alternativo-de-Pensiones.pdf

reglamento, se abonen en la cuenta REGLAMENTO SKANDIA FONDO ALTERNATIVO DE PENSIONES 9 individual de cada afiliado y la participación en utilidades que pague el asegurador de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

• Subcuenta individual de ahorro de cotizaciones voluntarias. La acumulación en esta subcuenta la generan las cotizaciones voluntarias para la pensión de vejez y los rendimientos de estas cotizaciones que, de acuerdo con este reglamento, se abonen en la cuenta individual de cada afiliado. El fin de las cotizaciones voluntarias será el de incrementar los saldos de las cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado.

• Subcuenta Bono Pensional Los afiliados que tengan derecho a Bono Pensional.

Caso en concreto

Una vez revisadas las pruebas allegadas al presente proceso encuentra la Sala que el señor CARLOS ARTURO CAMARGO MADERO cotizó a Colpensiones del 17 de agosto de 1988 al 7 de julio de 1992, conforme aparece en su historia laboral (fol. 34) y que el 8 de enero del 2004, se trasladó al RAIS al afiliarse a la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL firmando para ello el formulario de afiliación a un fondo alternativo (fol. 120). Igualmente se encuentra acreditado que el demandante solicitó el traslado de régimen a Colpensiones el 13 de septiembre del 2017. (Exp. Adtivo. fol. 92)

Es necesario precisar, que conforme al anterior recuento normativo un afiliado para poder trasladarse de régimen debe cumplir dos requisitos:

(i) Recibir la doble asesoría

El demandante probó que recibió la asesoría pertinente el día 27 de agosto del 2017 por parte de COLPENSIONES (fol. 18) y el 14 de agosto del 2017 por parte de la AFP OLD MUTUAL (fol. 19 y s.s.)

(ii) Contar con 5 años de afiliación

Requisito que cumple el demandante pues se encuentra afiliado al RAIS desde el 8 de enero del 2004 (fol. 120) y solicitó el traslado el 13 de septiembre del 2017 (fol. 92), es decir, que llevaba más de 5 años de haberse afiliado a la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL.

(iii) Faltar más de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse.

La edad para pensionarse conforme al art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, es de es de 62 años para los hombres. En el momento en que el demandante solicitó el traslado el 13 de septiembre del 2017, contaba con 50 años de edad, pues nació el 29 de agosto de 1966 como da cuenta la fotocopia de su cédula, visible a folio 37.

Ahora, es necesario precisar que le asiste razón al fallador de primera instancia al señalar que los únicos requisitos para acceder a un traslado de régimen son recibir la doble asesoría, contar con más de 5 años desde la selección del régimen y que le

falten más de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse. El hecho de que el demandante dentro del RAIS se haya acogido a un fondo alternativo de pensión en nada restringe su derecho a trasladarse de régimen, ya que no existe ninguna normatividad que así lo disponga.

Y es que si bien la Superintendencia Financiera ha emitido conceptos en los que señala que cuando a un afiliado esté vinculado a un Fondo Alternativo de Pensiones no puede trasladarse al RPMPD, lo cierto es en primer lugar, que sus conceptos no son vinculantes para esta Sala de Decisión, y en segundo lugar, en ellos cita como fundamento el Decreto 2555 del 2010, normatividad que en ningún momento indica que los afiliados a Fondos Alternativos no pueden regresar al RPMPD, pues únicamente hace referencia a las condiciones para trasladarse entre diferentes Fondos Alternativos de Pensiones.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el demandante cumple con los requisitos para poder trasladarse de régimen, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, se confirmará su decisión frente a este punto.

Sostenibilidad financiera

El traslado de régimen del demandante no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses.

No siendo de recibo el argumento del apoderado de Colpensiones cuando señala que no puede trasladarse porque durante todo este tiempo Colpensiones no ha recibido las cotizaciones del actor, como quiera que por Ley se estableció el derecho a trasladarse de régimen previo el cumplimiento de unos requisitos, los cuales logró acreditar el demandante.

Valor de las costas impuestas a la AFP COLFONDOS

Es necesario precisarle a la apoderada de la AFP COLFONDOS que éste no es el momento procesal oportuno para discutir si el valor impuesto por el fallador de primera instancia por concepto de agencias en derecho es o no excesivo, pues de conformidad con el numeral 5° del art. 366 del CGP el monto de las agencias en derecho sólo podrá controvertirse mediante el recurso de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

Finalmente, se le debe indicar al apoderado de Colpensiones que no son de recibo los argumentos expuestos en su alegato de conclusión, como quiera que en el proceso no se debatió una ineficacia de traslado, pues lo que se solicito fue simplemente el traslado de régimen, señalando que al momento en que se solicitó el traslado le hacían falta más de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de febrero del 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y de la AFP OLD MUTUAL. Se fijan como agencias en derecho la suma de $570.000 para cada una las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LEONARDO KATZ STEIN***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN***
RADICACIÓN:	***1100131050-34-2018-00129-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. NICOLETTE STACY RUÍZ VELANDIA como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Leonardo Katz Stein instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PROTECCIÓN con el fin de que se DECLARE que la AFP PROTECCIÓN S.A. no lo asesoró en debida forma. Como consecuencia, solicita se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS y se ordene que Colpensiones acepte su traslado. Solicita se condene a la AFP PROTECCIÓN a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se ordene a Colpensiones que compute las semanas cotizadas en su historia laboral. Se condene a las demandadas a las costas y gastos del proceso. (fol. 45 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 6 de abril de 1955; que inicialmente se afilió al ISS; que el 28 de agosto del 2000 se trasladó de régimen a la AFP PROTECCIÓN S.A.; que la AFP Privada de manera engañosa y desinformada lo indujo a error; que en el momento del traslado no hubo un asesoramiento con

información verdadera, eficaz y completa; que nunca le informó cuál sería el capital necesario para que pudiera ser beneficiario de una pensión de vejez; ni cuáles serían los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de pensión mínima; ni los beneficios, ni detrimentos del cambio de régimen; que le prometieron que iba a poder pensionarse antes de cumplir la edad legal y que su mesada pensional sería superior; que solicitó el traslado de régimen, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 60), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que de las pruebas allegadas se evidencia que el actor está válidamente afiliado al RAIS. Indicó que no puede aceptarse el traslado, pues el demandante está inmerso en la prohibición de trasladarse cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad necesaria para acceder a una pensión conforme lo dispone el art. 2° de la Ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fol. 62 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda señalando que el demandante no acreditó la falta de información por lo que se opone a las pretensiones de la demanda. Indica que al momento del traslado le brindó la información necesaria. Que la afiliación del actor es totalmente ya que su afiliación se realizó de manera voluntaria, libre y espontánea con el debido cumplimiento de las formalidades establecidas en la Ley. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio del consentimiento, prescripción, validez de la afiliación al RAIS, no pertenecer la demandante al grupo de personas que pueden regresar al RPMPD y la genérica. (108 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de mayo del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 160)

La decisión del Juez se basó en que la AFP PRIVADA era quien tenía la carga probatoria; que logró demostrar que su actuar fue diligente pues se allegó prueba de que se le había realizado al actor una proyección pensional con lo cual se demuestra que si se le brindó la información requerida. Indicó que el demandante ostentaba el cargo de Gerente por lo que debido a sus conocimientos tenía la capacidad de discernir sobre lo que más le convenía.

6. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra el apoderado del **demandante** manifestó que la demandante valoró erróneamente el documento en el cual se le hizo la proyección, pues no se logra probar la información que se le debía brindar conforme lo ha manifestado la CSJ. Que no se le dijeron los riesgos del cambio de régimen, ni se le brindó una doble asesoría, ni las ventajas y desventajas del RAIS, sobre el régimen de transición, las garantías que le daba el fondo de pensión, ni las diferentes variables que se le podían presentar.

7. Alegatos demandante. Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia, pues la información brindada por la AFP no cumple con los parámetros establecidos por la CSJ.

8. Alegatos Colpensiones. Indica que si bien no es ajena a la actual postura de la H. Corte Suprema de Justicia frente de las nulidades e ineficacia de traslado, que incluso se viene aplicando por esta Alta Corporación vía tutela, lo cierto es que se aleja de dicha postura, toda vez que, la Corte Suprema de Justicia hasta hace muy poco, estuvo conformada por 5 magistrados que actualmente volvieron a ser 7 y, de estos 5, las reglas creadas para la ineficacia fueron dadas por dos magistrados, que nunca se han pronunciado sobre los fuertes argumentos que esgrimen los fondos de pensiones. Indica que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala son (i) ¿La AFP PROTECCIÓN S.A. logró probar que brindó al demandante la información necesaria al momento del traslado de régimen?; en caso negativo (ii), ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante; y (iii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de realizar la afiliación al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación y Cotizaciones

Se encuentra demostrado que el señor Leonardo Katz Stein, cotizó al ISS entre el 1° de febrero de 1982 al 31 de agosto del 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 72), y que el 4 de septiembre del 2000, firmó el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. (fol. 121)

Deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PROTECCIÓN S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

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

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

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que el demandante realizó el traslado al RAIS –año 2000- si bien es cierto no se requería de una doble asesoría como lo señala el demandante, pues dicha obligación nace con la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que para esa fecha se debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

En el sub lite, contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia, no evidencia la Sala que el actuar de la AFP PROTECCIÓN S.A. haya sido diligente y no puede entenderse, tal y como lo indica el apoderado de la parte demandante, que por el hecho de haber realizado una simulación pensional en ambos regímenes, se entienda que se brindó la información requerida al momento del traslado, pues en dicho documento, ni en ninguna prueba traída al proceso se evidencia que la AFP le haya informado al demandante al momento del traslado sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, ni las características, ni condiciones de cada uno de ellas, ni mucho menos las consecuencias jurídicas de su traslado. Por tanto, no es cierto que haya cumplido con su obligación de brindar la asesoría que se requería ante un traslado de régimen.

Y aunque la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP, se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin

presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019, al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP PROTECCIÓN sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica y al no hacerlo se debe declarar la ineficacia del traslado. Siendo necesario precisar que el hecho de que el demandante ostentara al momento del traslado el cargo de GERENTE, esto no exime a la AFP de su obligación de brindarle la información necesaria al momento del traslado.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación por parte de Colpensiones

Frente a este tema, es necesario precisar que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de la AFP PORVENIR los **aportes** efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PROTECCIÓN S.A. de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia)

Excepción de Prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta **imprescriptible** y así se dejó sentado por nuestra

H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 30 de mayo del 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado al RAIS por el señor LEONARDO KATZ STEIN y en consecuencia, se ordena a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación del demandante al régimen administrado por ésta.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN y de COLPENSIONES

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CARMENZA ESPINOSA RUÍZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-29-2018-00218-01***
ASUNTO:	***CONSULTA SENTENCIA EN FAVOR DE COLPENSIONES***
TEMA:	***PENSIÓN DE VEJEZ MORA***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carmenza Espinosa Ruíz instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez a partir del 1° de octubre del 2013 junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 21 y s.s.)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 3 de octubre de 1956; que es beneficiaria del régimen de transición; que alcanzó a cotizar 1126.86 semanas; que laboró para la empresa CONFECCIONES LUBER del 27 de abril de 1989 al 31 de julio del 2000; que al revisar el detalle de pagos de la historia laboral se registra la anotación "pago aplicado a períodos anteriores", sin que sea su culpa pues se trata de un cobro que no efectúo Colpensiones en su momento a la empresa; que en la historia laboral no se reflejan todas las semanas cotizadas; que tenía 750 semanas a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005 por lo que el régimen de transición se le extendió hasta el 31 de diciembre del 2014; que cumplió los 55 años de edad el 3 de octubre del 2011; que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 44), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que las pretensiones carecen de fundamento fáctico y jurídico. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, buena fe y prescripción. (fols. 73 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia 3 de junio del 2020, en la que condenó a Colpensiones a pagar a la demandante una pensión de vejez a partir del 1° de octubre del 2017 en un monto inicial de $737.717 la cual deberá ser reajustada anualmente y pagarse en 13 mesadas. Condenó al pago de intereses moratorios desde el 1° de abril del 2018 hasta que se efectúe el pago y a las costas del proceso. (C.D. fol. 84).

Su decisión se basó en que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más de 35 años; que conservó dicho régimen hasta el 31 de diciembre del 2014, pues a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005 contaba con más de 750 semanas; que se deben habilitar los ciclos de diciembre del 1995 y diciembre de 1998 los cuales aparecen en mora; que la demandante cumple los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 pues alcanzó los 55 años de edad en octubre del 2011 y cuenta con 1002 semanas cotizadas; que tiene derecho a la pensión a partir de la desafiliación del sistema el 1° de octubre del 2017 en cuantía de un SMMLV. Que tiene derecho a que se le paguen intereses moratorios a partir del 1° de abril del 2018 es decir 4 meses después de haber solicitado la pensión. Que se debe declarar no probada la excepción de prescripción pues no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en la norma.

5. Impugnación de Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación argumentando que para la fecha en que la demandante solicitó la pensión no tenía derecho, pues únicamente tenía 57 años. Que no cumple con los requisitos de la Ley 797 del 2003. Que los intereses moratorios no son procedentes pues no nos encontramos en una pensión de ley 100. Que no existió mala fe por lo que no se puede condenar al pago de intereses moratorios y que cuando pidió la pensión no cumplía requisitos.

6. Alegatos demandante. Señala que como quedó demostrado en el curso del proceso, COLPENSIONES omitió efectuar el cobro de las cotizaciones no pagadas por parte de la empresa CONFECCIONES LUBER, evidenciándose en la historia laboral el reporte de que para el periodo de septiembre a diciembre de 1995, y diciembre de 1998, registra la anotación "pago aplicado a periodos anteriores", sin que esto sea culpa del demandante, toda vez que se trata de un cobro que no efectuó en su momento el seguro social a la empresa. Que a pesar de las múltiples solicitudes efectuadas por la señora CARMENZA y su apoderado, Colpensiones no accedió a efectuar la corrección de la historia laboral, sabiendo que estaba a su cargo y que no es una carga que deba soportar el afiliado, puesto que en su momento, la empresa donde laboraba descontó dinero de su salario para efectuar el aporte a pensión, pero aun conociendo de la afiliación no se efectuaron los cobros por la entidad demandada.

7. Alegatos Colpensiones. Manifiesta que en el presente caso la demandante acredita según su historia laboral un total de 1.140 semanas de cotización. Que se deb tener en cuenta que el estatus de pensionado solo se obtiene con el lleno de los requisitos establecidos por ley como el número de semanas de cotización, y edad de acuerdo al año respectivo y si bien es cierto, el demandante nació el 3 de octubre de 1956 y para la fecha en que hizo la solicitud de reconocimiento pensional contaba con 57 años de edad esto es el 5 de octubre de 2013, no cumplía con las semanas requeridas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los problemas jurídicos que centra la atención de la Sala consisten en establecer:
(i) ¿Se deben habilitar las semanas en mora señaladas por el a quo?; (ii) ¿El actor es beneficiario del régimen de transición?; (iii) ¿Le asiste derecho a que se le reconozca y pague una pensión bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990?; en caso positivo (iv) ¿Cuál es el monto de la pensión?; (v) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?; (vi) ¿Se debe condenar al pago de los intereses moratorios?

Habilitación de semanas

Respecto al problema jurídico tendiente a establecer si se deben habilitar las semanas pretendidas, debemos remitirnos a la postura establecida por la Corte Constitucional en sentencia T -190 del 2018, en donde se señala que dicha Corporación ha establecido en varias oportunidades que la falta de pago de aportes a la seguridad social por parte del empleador no constituye motivo suficiente para negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama y en la cual además se cita la Sentencia T- 726 de 2013, reiterando que dado que la Ley 100 de 1993, otorga distintos mecanismos para que las administradoras de pensiones efectúen los cobros correspondientes, incluso coactivamente, con el objeto de preservar la integridad de los aportes, se entiende que la negligencia en el uso de dichas facultades, no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes. (Criterio que también es acogido por la CSJ entre otras en la sentencia SL 5166-2017)

Al revisar la historia laboral del actor expedida por Colpensiones visible a folio 21 y s.s., encuentra la sala que en relación al empleador "CONFECCIONES LUBER L", en el ciclo de diciembre de 1995 aparece la observación "pago aplicado a períodos anteriores" y registra "0" semanas; se observa además, que el valor pagado fue aplicado al ciclo de mayo de 1995 en donde aparecía mora del empleador; por lo que es claro que acertó el fallador de primera instancia al ordenar que se habilite el ciclo de diciembre de 1995 que corresponde a 4.33 semanas.

Frente al ciclo de diciembre de 1998, que también ordena habilitar el fallador de primera instancia, no resulta procedente su contabilización como quiera que el empleador pasó una novedad de retiro en el ciclo de noviembre de 1998, conforme se evidencia en la historia laboral de cotizaciones.

Régimen de Transición

Como acertadamente lo entendió el fallador de primera instancia, la actora es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera, que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad siendo mujer, exactamente 37 años de edad, por haber nacido el 3 de octubre de 1956, tal y como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía, visible a folio 31.

Régimen que conservó hasta el 31 de diciembre del 2014, pues cuando entró a regir el AL 01 del 2005, esto es, el 29 de julio del 2005 contaba con más de 750 semanas, específicamente con 766.93 semanas, conforme al reporte de cotizaciones, visible a folio 8 y s.s., contando con las 4.33 semanas habilitadas del ciclo de diciembre de 1995.

Pensión de vejez –art. 12, Acuerdo 049 de 1990-.

Teniendo en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, es claro que su pensión debe estudiarse a la luz del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, cuyos requisitos cumple la señora Carmenza Espinoza Ruíz, pues alcanzó los 55 años de edad el 3 de octubre del 2011, teniendo en cuenta que nació el mismo día y mes del año 1956 (fl. 21) y logró cotizar al 31 de diciembre del 2014 -fecha hasta la cual estuvo vigente el régimen de transición- **1002.57 semanas** (998.24 semanas reportadas en la historia laboral (fl. 8) + 4.33 semanas que se habilitaron).

Por tanto, acertó el fallador de primera instancia cuando condenó a Colpensiones a reconocerle al actor una pensión bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, a partir del **1º de octubre del 2017**, día siguiente a la última cotización; fecha para la cual se entiende desafiliado del sistema en los términos del art. 13 del Acuerdo 049 de 1990.

Monto de la pensión

Respecto al monto de la pensión, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- al actor le hacía falta más de 10 años para adquirir el derecho, su pensión debe liquidarse conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con los últimos 10 años, no siendo posible liquidar con toda la vida laboral, pues el demandante no alcanzó a cotizar más de 1250 semanas.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas, encuentra la Sala que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión en cuantía de un SMMLV.

Prescripción

En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, es necesario indicar que al haberse reconocido la pensión al actor a partir del 1° de octubre del 2017, siendo radicada la reclamación ante Colpensiones el día **30 de noviembre del 2017** (fol. 14) y presentada la demanda el 27 de abril del 2018, como da cuenta el acta individual de reparto visible a folio 34, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT

y de la SS, por lo que acertó el fallador de primera instancia al declarar no probada la excepción de prescripción.

- **Retroactivo**

Una vez establecido lo anterior, debe cuantificarse el retroactivo conforme lo exige el art. 283 del CGP. Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que Colpensiones adeuda al actor la suma de **$31'772.749,** por las mesadas causadas entre el 1° de octubre del 2017 y el 30 de septiembre del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/10/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 737.717,00*	*4,00*	*$ 2.950.868*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 781.242,00*	*13,00*	*$ 10.156.146*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*13,00*	*$ 10.765.508*
01/01/20	***30/09/20***	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*9,00*	*$ 7.900.227*
Total retroactivo				***$ 31.772.749,00***	

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

De conformidad con el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9º de la Ley 797 de 2003, debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud.

En el presente caso, el actor solicitó el reconocimiento de su pensión el **30 de noviembre del 2017**, fecha para la cual -contrario a lo señalado por Colpensiones en su apelación la demandante- ya había cumplido los requisitos, por lo que Colpensiones tenía hasta el 30 de marzo del 2018, para reconocer y pagar la pensión de la demandante y como no lo hizo, comienzan a correr los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del **1° de abril del 2018** y hasta el momento en que se efectúe el pago, sobre cada una de las mesadas adeudadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 3 de junio del 2010, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de este proveído, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar al actor la suma de **$31'772.749**

por las mesadas causadas entre el 1° de octubre del 2017 y el 30 de septiembre del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

(salva voto parcial intereses moratorios 6 meses)

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JEANNETH RODRÍGUEZ SOLER***
DEMANDADO:	***JONNY ALBERTO VANEGAS BEJARANO Y KELLY JOHANA BARRERA GUERRERO***
RADICACIÓN:	***1100131050-05-2017-00209-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDADA***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jeanneth Rodríguez Soler instauró demanda ordinaria contra Jonny Alberto Vanegas Bejarano y Kelly Johana Barrera Guerrero con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral desde el 1° de enero del 2015 hasta el 30 de diciembre del 2016, la cual terminó de manera unilateral por causa imputable al empleador. Como consecuencia se condene al demandado a pagar las sumas correspondientes por concepto de indemnización por despido sin justa causa, salarios no cancelados, horas extras, prestaciones sociales, vacaciones, subsidio de transportes, aportes a seguridad social, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de cesantías y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido para el cuidado del hijo menor de los demandados; que el salario acordado fue de $600.000 para el año 2015; que para el año 2016 el valor ascendió a la suma de $700.000; que cumplía horario de trabajo; que la relación laboral se dio entre el 1° de enero del 2015 y el 30 de diciembre del 2016; que la señora Barrera Guerrero le dio por terminado de manera verbal su contrato de trabajo, aduciendo como justa causa que no tenía más dinero para continuar con la relación laboral; que ejecutó su labor de manera personal; que no se le cancelaron las acreencias laborales que reclama en la presente demanda.

2. Contestación de la demandada. Los demandados contestaron la demanda aceptando que la demandante les prestó sus servicios como niñera de su hijo de lunes a viernes, devengando la suma de $30.000 diarios en el año 2015 y $35.000 para el año 2016. Señalaron que el valor de las prestaciones sociales y vacaciones se pactó que estaba incluido en el valor pagado diariamente. Que la demandante no quiso que la afiliaran a seguridad social señalando que recibía más beneficios en el sisben. Propuso como excepciones de fondo las de pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación de afiliación a seguridad social e inexistencia de la obligación de pagar la sanción moratoria. (fl. 18 y s.s. y 31 y s.s. subsanación)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de noviembre del 2018, en la que el fallador de primera instancia declaró entre las partes la existencia de un contrato de trabajo entre el 5 de enero del 2015 al 16 de diciembre del 2016. Condenó a los demandados a pagar las sumas correspondientes por concepto de subsidio de transporte, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, calculo actuarial por el no pago de aportes a pensión. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 43 y s.s.)

En lo que interesa al recurso de apelación su decisión se basó en que no se observa que el actuar de los demandados ante el no pago de prestaciones sociales haya estado revestido de buena fe pues desde la terminación del contrato ya han pasado dos años en los que no se observa que hayan tenido la intención de pagar a la demandante las prestaciones adeudadas.

4. **Impugnación y límites del ad quem**.

Inconforme con la anterior decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación argumentando que no están de acuerdo en relación a la indemnización moratoria y al pago de la pensión. Señala que consideran que no hubo mala fe por parte de los demandados, que la parte demandante fue quien aceptó la forma de pago y accedió a ello, por lo que consideran que la condena no está en derecho.

5. Alegatos demandante. Indicó que, por la mora en el pago de las acreencias laborales se vio en la obligación de iniciar el respectivo proceso laboral, donde el día 29 de noviembre de 2018, el juzgado de instancia emitió la correspondiente sentencia, siendo el único punto de discordia de la parte demandada la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T.S.S, modificado por los artículos 29 de la ley 789 del año 2002. Indicó que se demostró que el actuar de la demandada estuvo revestido de mala fe y por ende procede la indemnización moratoria.

6. Alegatos demandado. Señala que el traslado para alegar no lo fue remitido a su correo electrónico, por lo que se encuentra inconforme. Indica básicamente que no existían suficientes argumentos para condenar a los demandados, que no estaba probado el salario, ni los extremos y que el actuar de los empleadores fue de buena fe por lo que no es procedente la codena por concepto de indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST ante la falta de pago de prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato de trabajo?

No existe discusión en esta instancia, pues no fue tema de apelación, que entre la señora Jeanneth Rodríguez Soler y los señores Kelly Johana Barrera Guerrero y Jonny Alberto Vanegas Bejarano existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de enero del 2015 y el 16 de diciembre del 2016. Tampoco se controvierte que el salario devengado fue el de $30.000 diarios en el año 2015 y $35.000 diarios para el año 2016.

Vale la pena resaltar que aunque en el memorial de alegaciones el apoderado de los demandados manifiesta que no se probó el salario ni los extremos temporales de la relación laboral, la Sala no hará ningún pronunciamiento al respecto en razón a que no constituye materia de alzada.

De la indemnización moratoria

Para resolver la inconformidad planteada por la parte demandada en su apelación, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

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

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, advierte la Sala que no le asiste razón a la falladora de primera instancia al señalar que en el presente caso, se logró demostrar

que el actuar de los demandados al no pagar las prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato haya estado revestido de buena fe, pues nótese que en este proceso se evidencia desde la contestación de la demanda, que los demandados tenían conocimiento que la relación que los unía con la demandante para desempeñar el cargo de niñera estaba regido a través de un contrato de trabajo, pues la oposición está dirigida a enervar la modalidad del contrato a término indefinido que propuso la activa, no la existencia del mismo, en tanto nunca negaron la subordinación, sin embargo, no aportan ninguna prueba tendiente a desvirtuar la presunción de mala fe que recae en su contra, se deduce que su conducta al finalizar el contrato laboral se orientó a sustraerse de sus obligaciones de índole laboral respecto de quien fuera su trabajador dependiente, subordinado y vinculada para prestar sus servicios.

Se debe resaltar, que si bien al contestar la demanda se indicó que dentro de los $35.000 diarios que se le pagaban a la demandante se encontraban incluidas las prestaciones sociales, este argumento no resulta de recibo, como quiera que de conformidad con el numeral 2° del art. 132 del CST, modificado por el art. 18 de la Ley 50 de 1990, sólo en casos de pacto de salario integral se entiende que el salario además de retribuir el trabajo ordinario compensa el valor de las prestaciones, y ello solo opera para los trabajadores que devenguen un salario superior a los 10 salarios mínimos legales mensuales más un factor prestacional no inferior al 30% de dicha cuantía, evento que no corresponde al de la demandante.

Por tanto, considera la Sala que el actuar de los demandados no estuvo revestido de buena fe, pues a pesar de tener la convicción de la existencia de una relación laboral no le pagaron a la demandante las prestaciones sociales adeudadas, no encontrándose ninguna prueba que permita exonerarlos del pago de la indemnización moratoria.

Pensión de vejez

El apoderado de los demandados señala que no está de acuerdo con la condena impuesta por pensión de vejez, sin embargo, una vez revisada las consideraciones y la parte resolutiva de la sentencia, encuentra la Sala que en ningún momento se condenó a los demandados a pagarle a la demandante una pensión de vejez; la condena impuesta está dirigida a pagar al ente de seguridad en pensiones un cálculo actuarial por los aportes a pensión, ante la no afiliación de la demandante al sistema, consideración respecto de la cual no existe reproche alguno en la alzada, por lo que no se hará ningún pronunciamiento al respecto en esta instancia.

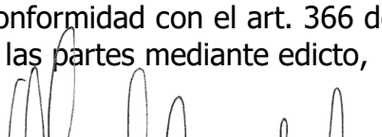
Virtud de lo dicho se confirmará en su integridad el fallo apelado, no sin antes recordarle al apoderado de la parte demandada que el auto que corre traslado a las partes para alegar, de conformidad con el artículo 108 del C. P. del T. y de la S.S., **se notifica por estados** y no mediante correo electrónico de los apoderados. De esta manera, la notificación del auto que corrió traslado se efectuó en debida forma, conforme se evidencia en la página web de la rama judicial, en donde se encontraba disponible la providencia para su consulta, siendo responsabilidad de cada apoderado revisar los estados electrónicos.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de noviembre del 2018, por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $570.000, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS. La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARTHA DE JESÚS VALERA BARRAZA (CÒNYUGE SUPERSTITE CON SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA)***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-38-2017-00124-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE Y INTERVINIENTE***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha de Jesús Valera Barraza en calidad de cónyuge supérstite, instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su esposo Daniel Germán Gómez Torres (q.e.p.d.) a partir del 30 de diciembre del 2015, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el señor Daniel Germán Gómez Torrez falleció el 30 de diciembre del 2015; que al momento del fallecimiento se encontraba cotizando a Colpensiones; que contrajeron matrimonio el 26 de marzo de 1988; que compartieron techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida por más de 27 años; que su último domicilio fue en el Municipio de Mosquera (Cundinamarca); que procrearon dos hijas quienes actualmente son mayores de edad.

2. Auto Admisorio
Mediante proveído del 20 de abril del 2017, el fallador de primera instancia admitió la demanda en contra de Colpensiones y ordenó vincular a la UGPP. (fol. 48)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 50), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no cumple con los requisitos contemplados en el art. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, inexistencia del derecho y de la obligación, y solicitud de reconocimiento oficioso de otras excepciones. (fol. 56 y s.s.)

5. Contestación de la UGPP
La UGPP da respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual argumento que para la fecha en que falleció el señor Gómez Torres se encontraba afiliado a Colpensiones, por lo que es dicha entidad la encargada del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente aquí deprecada. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de condena en costas, no debe aplicarse indexación, no pago de intereses moratorios y la genérica (fol. 70 y s.s.)

6. Audiencia de que trata el art. 77 del CPT y de la SS
En la etapa de saneamiento llevada a cabo el 13 de agosto del 2018 el apoderado de la parte demandante informó que la señora Adelaida Rosa Guerrero Durango ha venido recibiendo la pensión de sobreviviente que aquí se reclama, por lo que el fallador de primera instancia ordena vincularla al proceso en calidad de litisconsorte necesaria. (CD fol. 86)

7. Contestación Adelaida Rosa Guerrero Durango
Mediante auto del 12 de diciembre del 2018 el fallador de primera instancia manifestó que tenía por notificada por conducta concluyente a la litisconsorte necesario y que daba por no contestada la demanda, pues el escrito de contestación fue presentado de manera extemporánea. (fol. 155 y s.s.)

8. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de febrero del 2020, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 246)

Su decisión se basó en que, si bien la demandante aportó registro de matrimonio para probar su condición de cónyuge, también se allegó la escritura pública en la cual la pareja conformada por la demandante y el causante disolvieron la sociedad conyugal. Afirma que después de la separación no hubo convivencia pues incluso el causante vivía en otra ciudad. Observa que el de cujus visitaba frecuentemente a sus hijas. Consideró que no hay lugar a efectuar pronunciamiento frente a la litisconsorte necesaria por cuanto se le tuvo por no contestada la demanda.

9. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que es ella la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor Gómez Torres pues nunca dejaron de convivir, siempre existió el apoyo mutuo lo cual probó con fotos y con los testimonios.

10. Alegatos demandante. Que cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003. Que la CSJ ha indicado que se pueden acumular tiempos bajo dos vínculos uno como cónyuge y el otro como compañera permanente en caso de que exista disolución de la sociedad conyugal. Que se probó que después de que disolvieron la sociedad conyugal se probó que siguieron conviviendo.

11. Alegatos Colpensiones. Indica que verificada la solicitud de la parte actora y estudiado el expediente pensional se evidencia que a través de la Resolución GNR 105092 de 14 de abril de 2016, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobreviviente a favor de ADELAIDA ROSA DURANGO GUERRERO, en el 100% de la prestación, teniendo en cuenta para ello un total de 1408 semanas, un IBL de $1.524.029 al cual se aplicó una tasa de remplazo del 75%, generándose una mesada pensional por valor de $1.143.022, efectiva a partir del 30 de diciembre de 2015. Que no puede suspender el pago de la mesada pensional hasta tanto exista una orden judicial.

12. Alegatos UGPP. Señala que como quiera que obra en el expediente pensional Escritura Pública que contiene la cesación de los efectos civiles de matrimonio religioso, y que fue ratificado por la recurrente en su testimonio, se tiene que no había un auxilio mutuo entre el causante y la accionante toda vez que la cuota alimentaria se deprecaba únicamente de las hijas y no de la señora Valera Barraza. Por lo que no se cumplen los presupuestos legales para que la demandante acceda al reconocimiento prestacional invocado.

13. Alegatos litisconsorte necesaria. Solicita se confirme la decisión de primera instancia en lo que tiene que ver con la no concesión o reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante MARTHA DE JESÚS VALERA BARRAZA, pues tal y como quedó demostrado al interior del proceso, el vínculo matrimonial que existió entre la misma y el causante ya no se encontraba vigente para el momento en que el señor Daniel Germán Gómez Torres falleció, esto es, para el 30 de diciembre de 2015.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: ¿La demandante es beneficiaria de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Daniel Germán Gómez Torres a pesar de haber disuelto su sociedad conyugal?

Fallecimiento del señor Daniel Germán Gómez Torres

No se discute en esta instancia, que el señor Gómez Torres falleció el 30 de diciembre del 2015, lo cual se corrobora con el registro civil de defunción allegado a folio 10.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en diciembre de 2015. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Causación del derecho pensional para sus beneficiarios

El art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del **afiliado** al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento; requisito que no se discute dejo causado el señor Daniel Germán Gómez Torres al momento de fallecimiento, como se evidencia en la Resolución GNR 105092 del 14 de abril del 2016 en la cual Colpensiones reconoce la pensión de sobreviviente a la litisconsorte necesaria Adelaida Rosa Durango Guerrero. Y lo cual además se corrobora al revisar la historia laboral, visible a folio 13, en la que aparece que el causante cotizó en los 3 años anteriores a su fallecimiento 154.35 semanas.

Calidad de litisconsorte e intervención ad excludendum

La señora Adelaida Rosa Durango Guerrero, fue citada como litisconsorte necesario en la audiencia del 13 de agosto del 2018, en razón a que Colpensiones le reconoció la pensión de sobreviviente a través de la Resolución GNR 105092 del 14 de abril del 2016.

Así las cosas, lo primero que debemos precisar es que, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 38450 del 22 de agosto del 2012, cuando exista disputa del derecho a la pensión de sobrevivientes entre cónyuge y compañera permanente, o entre compañeras permanentes no es necesario ni riguroso integrar un litisconsorcio, pues cada beneficiario puede ejercer su acción con prescindencia de los demás, siendo la intervención ad excludendum la manera adecuada por regla general de trabar la relación procesal, **salvo cuando se ha previamente reconocido el derecho a uno de ellos** o hay de por medio derechos de menores de edad. Así lo dijo la Corte:

> *"En efecto, ha sostenido de antaño esta Corporación que cuando está en discusión el derecho a una pensión de sobrevivientes entre la cónyuge y compañera permanente del causante no es necesario y riguroso integrar un litis consorcio, puesto que ni por previsión legal, como tampoco por la naturaleza de la relación jurídico sustancial que da origen al juicio se da la exigencia procesal señalada, ya que esa vinculación no está formada por un conjunto plural de sujetos que no pueda dividirse, sino que por el contrario cada uno de los beneficiarios puede ejercer su acción con prescindencia de los demás.*
>
> *Así las cosas, la manera adecuada en que deben vincularse al proceso, es a través de la figura conocida como intervención ad excludendum, pues, además de que es una forma de intervención principal, cada una de las partes pretende para sí el derecho controvertido (pensión de sobrevivientes), dado que sus intereses se excluyen y demandan para que se resuelva prioritariamente su pretensión.*
>
> *Ahora bien, no desconoce la Sala que **hay eventualidades excepcionales en que no es posible resolver el pleito sin la necesaria comparecencia de un determinado beneficiario**, como por ejemplo: (i) cuando se trata de un "menor de edad", dada su condición especial y la naturaleza del derecho, ya que es posible que a éste se le afecte o despoje de su porción pensional, sin que se le hubiere oído ni permitido ejercer su derecho de defensa por no habérsele vinculado debidamente al proceso, o (ii) cuando el derecho pensional, se ha reconocido a la (al) cónyuge supérstite o compañera (o) permanente, previamente a la iniciación del proceso, habida cuenta que **no sería razonable ni jurídico que quien fue satisfecho en su pretensión, aunque resuelta sin autoridad para ello, inusitadamente se vea***

> ***privado del derecho reconocido, sin que se le haya dado la oportunidad de discutir judicialmente su prerrogativa.***" *(negrilla y subrayado fuera de texto)*

En el presente caso acertó el a quo cuando vinculó a la señora ADELAIDA ROSA DURANGO en calidad de litisconsorte necesaria, pues le dio la oportunidad de discutir el derecho reclamado, toda vez que eventualmente podía resultar perjudicada con las resultas del juicio; pero a pesar de haber sido notificada en debida forma, la señora Durango presentó su escrito de contestación de la demanda de manera extemporánea, por lo que el juez primigenio no tuvo más remedio que tener por no contestada la demanda, mediante auto 12 de diciembre del 2018 (fol. 155).

La equivocación del juzgador estuvo en señalar que al no haber propuesto por parte de la citada una pretensión no había lugar a estudiar su derecho a la pensión de sobreviviente, pues olvidó que la señora Durango no fue vinculada como tercera ad excludendum sino como litisconsorte necesaria y se vinculó de esta forma, porque era necesaria su comparecencia al presente proceso por estar percibiendo la pensión que aquí se reclama, por tanto, se cumplió con el deber de darle la oportunidad de discutir judicialmente su prerrogativa.

Requisitos de la pensión de sobreviviente

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 señala que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Indica además la norma, que en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

Frente a lo anterior, la CSJ ante la nueva composición de la Sala modificó su criterio en la sentencia SL 1730-2020, en la que señaló:

> *"…que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el* ***literal a)*** *del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite* ***del afiliado al sistema que fallece****, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación*
>
> *En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó*

parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado."

Por tanto, ante el anterior cambio de criterio de la CSJ y haciendo suyos esta Sala los pronunciamientos en la sentencia precitada, los Magistrados que conforman esta Sala de Decisión recogen su criterio para tener por sentado que ante la muerte de un afiliado al sistema los únicos requisitos exigibles para acceder a la pensión de sobreviviente de manera vitalicia son que la cónyuge o compañera permanente cuente con más de 30 años y que demuestre ser la cónyuge o compañera permanente.

Siendo claro, que para acreditar ser la compañera permanente como lo dejó sentado la CSJ no es dable exigirle la convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que debemos acudir a la noción constitucional de familia, por lo que debemos remitirnos a la sentencia C 521del 2007, en la que se señaló que se entiende por familia "*Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos".*

Requisitos Martha de Jesús Valera Barraza (demandante)

Conforme a lo anterior, se procede a revisar si la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente deprecada, de la siguiente manera:

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Martha de Jesús Valera Barraza, nació el 25 de abril de 1951, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 2, luego para la muerte del señor GÓMEZ TORRES (q.e.p.d.), contaba con 64 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Condición de Cónyuge Supérstite

En el presente caso se observa que, la señora Martha de Jesús Valera Barraza contrajo **matrimonio** con el señor GÓMEZ TORRES (q.e.p.d.) el 26 de marzo de 1988, como se extrae del registro de matrimonio visible a folio 14.

Sin embargo, a folio 129 y s.s. se allegó copia de la escritura pública N° 0952 "LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL" (no aparece el número de la notaria, ni la fecha); documento que fue decretado de oficio y que no fue tachado de falso, ni desconocido por la demandante; en el que se indica lo siguiente:

> *"CUARTO. Que los cónyuges DANIEL GERMÁN GÓMEZ TORRES y MARTHA DE JESÚS VALERA BARRAZA, han decidido de común acuerdo, en forma adulta y amigable,* ***hacer cesar todos los efectos civiles de su matrimonio católico por la causal de mutuo acuerdo…***
>
> *QUINTO. Que la sociedad conyugal contraída por los cónyuges se declara disuelta y se liquidará en este mismo instrumento.*
>
> *(…)*
>
> *AUTORIZACIÓN. El suscrito Notario, en vista que han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley 962 del 2005 autoriza el trámite de divorcio cesación de los efectos civiles del matrimonio católico entre DANIEL GERMÁN GÓMEZ TORRES y MARTHA DE JESÚS VALERA BARRAZA* "

Lo anterior, es aceptado por la demandante al absolver su interrogatorio de parte, oportunidad en la que manifestó que disolvieron la sociedad conyugal y tramitaron la separación de bienes porque el causante tenía muchas "amigas" y ella necesitaba proteger los bienes para sus hijas y así poder salvar su casa, pues no sabía si el demandante podía llegar a tener un hijo extramatrimonial. Señaló también que pese a dichos trámites ellos siguieron con su relación de pareja como si nada hubiera ocurrido. De esta narración entiende la Sala, que la accionante procura acreditar la calidad de compañera permanente del causante con posterioridad a la cesación de efectos civiles de su matrimonio.

(iii) Calidad de compañera permanente

Para demostrar la calidad de compañera permanente del causante con posterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la demandante arrimó los siguientes testigos:

La señora María Dennis Santofimio señaló ser amiga y vecina de la demandante desde hace 25 años; afirmó haber visto siempre a la señora Martha de Jesús Valera Barraza con el señor Daniel Gómez (q.e.p.d.); que nunca se dio cuenta que se hayan separado; que el causante viajaba mucho y que siempre lo veía cuando llegaba; que lo trasladaban mucho por su trabajo en el DAS; que no supo nada de la escritura que elevaron para disolver la sociedad conyugal; que en los últimos 5 años ella se fue a vivir a Funza y que visitaba a la demandante por lo menos 1 vez por semana y que en esos últimos 5 años coincidió con el causante 3 o 4 veces en la casa de la pareja.

El señor Marceliano Sarmiento manifestó ser vecino de la demandante desde 1995; manifiesta que siempre vio a la señora Valera Barraza conviviendo con el causante hasta el momento del fallecimiento; que en los últimos 5 años veía al causante que venía a su casa cada 15 o 20 días máximo a ver a su familia; que la última vez que se encontró con el causante fue el 20 de diciembre del 2015, esto es, 10 días antes del fallecimiento y que se encontraron porque la pareja los invito a almorzar a su casa.

Finalmente, se recibió la declaración de la señora Libia del Carmen Torres quien manifestó ser la madre del causante; afirmó que su hijo viajaba mucho por el trabajo; que el causante vivía en Medellín pues fue trasladado allí por su trabajo; que dicho traslado no fue voluntario; que la demandante no se fue con su hijo para Medellín porque ella estaba trabajando y el sólo sueldo del causante no les alcanzaba; que en el 2015, año en que falleció su hijo llego a pasar la navidad con su familia el 17 de diciembre; que se estuvo hasta el 27-28 de diciembre pues tenía un paseo con unos compañeros; que el 30 de diciembre del 2015 la llamaron a decirle que su hijo había muerto; que cuando venía se quedaba en su casa con su esposa; que el causante tuvo varias aventuras pero nunca le conoció otra pareja diferente a la demandante y que la demandante siempre lo perdonaba.

Conforme a las anteriores declaraciones y contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia considera la Sala que la demandante logró probar que después de la disolución de la sociedad conyugal ostentó la calidad de compañera permanente del causante, pues la pareja continuó con la intención de seguir conformando una familia, hecho que la hace acreedora de la pensión de sobrevivientes deprecada, sin que la mera circunstancia de que el causante residiera en Medellín resulte suficiente para desvirtuar dicha calidad al quedar acreditado que su desplazamiento fue producto de situaciones laborales, cómo lo indicó la CSJ en la sentencia bajo el radicado N° 27665 del 15 de junio del 2006 reiterada en la sentencia SL 14237-2015 y SL 1399-2018 *"…en circunstancias especiales, como podrían ser motivos de salud, **de trabajo**, de fuerza mayor, etc., los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos, bajo el mismo techo; sin que por ello pueda afirmarse que desaparece la comunidad de vida o vocación de convivencia entre ambos, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, quedó demostrado que la demandante pasaba la noche cuidando la casa de una de sus hijas, pero en el día permanecía con su compañero». Se trae a colación lo anterior, para precisar y reiterar que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente."*

Respecto de la circunstancia especial de trabajo que impidió la convivencia bajo el mismo techo de la pareja conformada por la señora Valera Barraza y el señor Daniel Gómez Torres, los testigos recaudados fueron enfáticos en afirmar que el causante vivía en Medellín porque fue trasladado por su trabajo, pero venía constantemente a visitar a su familia y que hasta el momento del fallecimiento los vieron como pareja. La declaración más contundente fue expuesta por la señora Libia del Carmen Torres, madre del causante, quien fue clara al señalar que la única pareja que le conoció a su hijo fue la demandante, declaración que genera total credibilidad dada la cercanía con su hijo, persona indicada para dar fe de la relación que tenía y las circunstancias que rodearon el hecho de la comunidad de vida.

Y si bien a folio 136, aparece memorial suscrito por la señora Martha de Jesús Valera Barraza dirigido al Juez Promiscuo de Familia de Funza con fecha el 13 de abril del 2007 en el que indica *"…me dirijo a usted para pedirle el favor de cancelar el proceso ejecutivo de las cuotas alimentarias atrasadas, por lo que después que salió las cuotas alimentarias a cumplido y yo sé que él económicamente y por motivos de salud no está en condiciones de pagar lo que se quedó debiendo anteriormente. Y en lo que él puede me ayuda de manera económica para los gastos de las niñas".* Proceso que se dio por terminado mediante auto del 25 de abril del 2007 como se observa a folio 138, lo cierto es, que con esto no se desvirtúa la convivencia de la demandante con el señor Daniel Germán Gómez Torres al momento de fallecimiento, primero, porque en un proceso de alimentos nada se dice sobre la convivencia de la pareja, pues lo que se reclama es un auxilio monetario para los hijos y, segundo, nótese que el proceso finalizó 8 años antes del fallecimiento y la progenitora del causante refiere en su declaración que entre la pareja existieron varios

disgustos transitorios por las múltiples aventuras que tuvo el causante pero que la que la señora Martha de Jesús Valera siempre lo perdonaba; que nunca dejaron de convivir y que es la única compañera que le conoce, lo cual coincide con el dicho de los demás testigos; los cuales fueron unánimes al señalar que la pareja convivió hasta el fallecimiento del señor Gómez Torres.

En consecuencia, la señora Valera Barraza tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Daniel Germán Gómez Torres a partir del 30 de diciembre del 2015, teniendo en cuenta que logró acreditar que convivió con el causante entre el **26 de marzo de 1988 y el 30 de diciembre del 2015.**

Requisitos de la señora Adelaida Rosa Durango (Litisconsorte necesaria)

Es necesario señalar que, aunque la contestación a la demanda se tuvo por no contestada por haberse presentado de manera extemporánea el Juez Decreto como pruebas de oficio los documentos que la litisconsorte necesaria allegó al presentar la contestación de la demanda.

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Adelaida Rosa Durando Guerrero, nació el 26 de diciembre de 1979, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 124, luego para la muerte del señor GÓMEZ TORRES (q.e.p.d.), contaba con 36 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Calidad de compañera permanente

Para demostrar la calidad de compañera permanente del causante se encuentra dentro del expediente administrativo allegado por Colpensiones que la litisconsorte necesaria radicó ante dicha entidad declaración extrajuicio rendida el 2 de febrero del 2016 ante el Notario 24 de Medellín por los señores Edwin Alberto Moncada Zapata y Magda Cielo Blandón Quintero; la cual debe ser valorada de conformidad con el art. 262 del C. G. del P. como un documento privado de contenido declarativo emanado de terceros el cual podrá ser apreciado por el Juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación, lo cual no ocurrió en el presente caso.

En la declaración extrajuicio los señores Edwin Alberto Moncada Zapata y Magda Cielo Blandón Quintero manifiestan bajo la gravedad de juramento lo siguiente:

> *"Que por espacio de VEINTE (20) y SEIS (06) años, respectivamente, conocimos de vista, trato y comunicación, en calidad de amigos y vecinos, respectivamente, al señor DANIEL GERMÁN GÓMEZ TORRES, fallecido el día 30 del mes de diciembre de 2015, por muerte natural en el Municipio de Medellín…Sabemos que por espacio de más de cinco (05) años, desde el 15 de enero del 2010, hasta el día 30 de diciembre de 2015, convivió en unión marital de hecho, bajo el mismo techo y de forma permanente e ininterrumpida con su compañera la señora ROSA DURANGO GUERRERO…"*

En consecuencia, la litisconsorte necesaria también acreditó los requisitos para acceder a una pensión de sobrevivencia y logró probar la convivencia con ánimo de comunidad de vida con el causante, entre el **15 de enero del 2010 y el 30 de diciembre del 2015**.

Monto de la pensión de sobreviviente

El inciso 4° del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003 establece que, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

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

Teniendo en cuenta que el monto de la pensión es proporcional al tiempo convivido, encuentra la Sala al hacer la regla de tres, que la suma de ambas convivencias arroja la suma de 12.139 días, veamos:

Pensión de sobreviviente **Tiempo convivido 12.139 días**	
Martha Valera Tiempo convivido 9994 días 12.139----------100% 9994 -------- x X= 82.33%	**Adelaida Durango** Tiempo convivido 2145 días 12.139----------100% 2145 -------- x X= 17.67%

Por tanto, se revocará la sentencia apelada para en su lugar establecer que la señora Martha Valera tiene derecho a que se le reconozca el 82.33% de la pensión de vejez que venía percibiendo el señor Gómez Torres, y la señora Adelaida Durango un 17.67%.

Excepción de Prescripción frente a la señora Martha Valera

Teniendo en cuenta que la pensión de sobreviviente se le reconoció el 30 de diciembre del 2015 y que radicó la demanda el 28 de febrero del 2017, conforme se observa a folio 38, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que se declara no probada la excepción de prescripción.

Retroactivo adeudado

De conformidad con el art. 283 del CGP se procede a cuantificar la condena y una vez realizadas las operaciones aritméticas, encuentra la Sala que Colpensiones adeuda a la demandante la suma de $81’108.610,89 por las mesadas causadas entre el 30 de diciembre del 2015 y el 30 de septiembre del 2020 y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Retroactivo mesadas causadas entre el 30 de diciembre del 2015 y el 30 de septiembre del 2020					
Año	% aumento	valor totalidad de la pensión	% que le corresponde a la señora Martha Valera 82,33	N° mesada	Subtotal
2015	*3,66%*	$ 1.143.022,00	$ 941.050,01	0,03	$ 28.231,50
2016	*6,77%*	$ 1.220.405,00	$ 1.004.759,44	13	$ 13.061.872,67
2017	*5,75%*	$ 1.290.577,85	$ 1.062.532,74	13	$ 13.812.925,67
2018	*4,09%*	$ 1.343.362,48	$ 1.105.990,33	13	$ 14.377.874,29
2019	*3,18%*	$ 1.386.081,41	$ 1.141.160,82	13	$ 14.835.090,72
2020	*3,80%*	$ 1.438.752,50	$ 1.184.524,93	9	$ 10.660.724,40
Total adeudado					**$ 66.776.719,26**

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

El artículo 141 de la ley 100 de 1993 establece que a partir del 1° de enero de 1994 en caso de mora en el caso de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Frente a los intereses moratorios, nuestra CSJ en la sentencia bajo el radicado N° 33.399 del 21 de septiembre del 2010 reiterada en la SL 186-2020 fue clara al señalar que no proceden en los casos en que la entidad de seguridad social a cargo del pago tiene una seria duda y razonable surgida de la controversia entre posibles beneficiarios que se disputan la titularidad del derecho.

Por tanto, en el presente caso no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios.

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria se ordenará que Colpensiones pague de manera indexada cada una de las mesadas pensionales desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de febrero del 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MARTHA DE JESÚS VALERA BARRAZA el 82.33% como pensión de sobreviviente y a la señora ADELAIDA ROSA DURANGO el 17.67% como pensión de sobreviviente, a partir del 30 de diciembre del 2015, con ocasión del fallecimiento del señor Daniel Germán Gómez Torres.

SEGUNDO: SE DECLARA NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones.

TERCERO: SE CONDENA a COLPENSIONES a pagar a la señora MARTHA DE JESÚS VALERA BARRAZA la suma de **$66'776.719,26** por las mesadas causadas entre el 30 de diciembre del 2015 y el 30 de septiembre del 2020, y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

CUARTO: SE CONDENA a COLPENSIONES a pagar a la señora MARTHA DE JESÚS VALERA BARRAZA las mesadas adeudadas de manera indexada, conforme a la parte motiva de este proveído.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JHON MILLER HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ Y OTROS***
DEMANDADO:	***FONCEP***
RADICACIÓN:	***1100131050-15-2015-00178-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE Y TERCERA AD EXCLUDENDUM***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020, levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Freddy Hernández Hernández, Over Alirio Hernández Hernández, Jhon Miller Hernández Hernández, Bertha Jazmin Hernández Hernández como hijos y únicos herederos de los señores Lucrecia Hernández y Pablo Raúl Hernández Guevara instauraron demanda ordinaria contra FONCEP con el fin de que declare como compañera permanente del señor Pablo Raúl Hernández Guevara a su progenitora la señora Lucrecia Hernández y se condene a la demandada a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor Hernández Guevara a partir del 1° de noviembre del 2009, junto con los intereses moratorios la indexación de las sumas adeudas y las costas del proceso. (fol. 24 y s.s. y 39 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señalaron que la señora Lucrecia Hernández comenzó a convivir con el causante en calidad de compañeros permanentes (no dijeron desde cuándo); que establecieron su domicilio en la ciudad de Bogotá y posteriormente, en el Municipio de Cáqueza – Cundinamarca en la Vereda el Naranjal; que de su unión procrearon 4 hijos; que hicieron una comunidad de vida permanente y singular exteriorizada a pleno conocimiento de familiares, amigos y comunidad en general; que convivieron de manera ininterrumpida por más de 20 años; que el señor Hernández Guevara falleció el 1° de noviembre del 2009 con ocasión de un accidente de tránsito que ocurrió el 8 de octubre del 2009 en la Vía Castilla la Nueva de regreso a su casa; que la señora Lucrecia dependía económicamente de su compañero permanente; que al momento del fallecimiento tenía 60 años de edad; que el causante en vida era pensionado del FONCEP; que la demandada le negó a la señora Lucrecia el reconocimiento de la pensión de sobreviviente señalando que existe discusión con la señora Rita Acosta García; que la señora Rita Acosta García no convivía con el señor Hernández Guevara al momento de su fallecimiento; que mediante sentencia del Juzgado

Promiscuo de Familia de Cáqueza (Cundinamarca) del 30 de noviembre del 2011 se declaró la existencia de la unión marital de hecho entre los señores Lucrecia Hernández y Pablo Raúl Hernández entre el 31 de diciembre de 1990 al 1° de noviembre del 2009; que la señora Lucrecia Hernández falleció el 6 de mayo del 2013 sin que el FONCEP le haya reconocido la pensión de sobreviviente a la que tenía derecho.

2. Auto Admisorio
Mediante proveído del 28 de abril del 2015, el fallador de primera instancia admitió la demanda en contra del FONCEP y ordenó vincular como litisconsorte necesaria a la señora Rita Acosta García. (fol. 51)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 53), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Contestación del FONCEP. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no es la única presunta beneficiaria a la pensión de sobreviviente, pues también la está reclamando la señora Rita Acosta García, por lo que fue necesario dejar en suspenso la prestación, para que fuera el Juez Laboral del Circuito quien decidiera quien tiene el derecho a que se le reconozca la pensión de sobreviviente. Propuso como excepciones de fondo las de aplicación de las normas relativas a la sustitución de la prestación al momento de la muerte del causante, improcedencia de la pretensión del pago a los demandantes, inexistencia de la obligación demandada, prescripción de las mesadas pensionales, carencia absoluta al cobro de intereses moratorios consagrados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y la genérica. (fol. 57 y s.s.)

5. Contestación de la litisconsorte necesaria.
A pesar de haberse enviado los citatorios para la notificación, fueron devueltos bajo la observación "destinatario desconocido" y ante la manifestación de la parte demandante de desconocer alguna otra dirección en donde notificar a la señora Rita Acosta García se ordenó su emplazamiento y se le designó curador adlitem. (fol. 89)

El curador ad -litem manifestó que no se opone rotundamente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los hechos de la contestación y las excepciones. No propuso excepciones. (fol. 94 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de enero del 2017, en la que el fallador de primera instancia condenó al FONCEP a reconocer y pagar en favor de los demandantes el correspondiente retroactivo pensional causado por las mesadas comprendidas entre el 12 de marzo del 2012 y el 6 de mayo del 2013 que le hubiera correspondido a la señora Lucrecia Hernández en calidad de cónyuge en un 75% y condenó a pagar el 25% a la señora Rita Acosta García desde el 12 de marzo del 2012. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 154)

7. Actuación en segunda instancia. Mediante auto del 29 de noviembre del 2017 se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del emplazamiento para notificación personal de la señora Rita Acosta, precisando que la nulidad declarada no afecta la contestación de la demanda del FONCEP (fols. 57 a 81), el auto de fecha 26 de noviembre del 2015, que tuvo por contestada la demanda por parte del FONCEP (fol. 100), la vinculación de los herederos indeterminados y su emplazamiento (fols. 116 a 117) y la prueba practicada en el *examine*, la cual conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla.

8. Auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior. En auto del 23 de enero del 2018 se ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el superior y se tuvo por notificada por conducta concluyente a la señora Rita Acosta García. (fol. 179)

9. Contestación de la demanda por parte de la señora Rita Acosta García. Se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que debían probar que hicieron vida marital los últimos 5 años antes del fallecimiento del señor Hernández Guevara. Propuso como excepciones de fondo los de falta de causa legal, inexistencia del derecho pretendido por los demandantes, falta de legitimación en la causa por activa en los demandantes, mala fe, no hay lugar a prescripción y la genérica. Solicita en la misma contestación como pretensiones que se le reconozca a ella como beneficiaria en un 100% de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Hernández Guevara; junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fol. 181 y s.s.)

10. Demanda de reconvención de la señora Rita Acosta García. Solicitó se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Hernández Guevara a partir del 1° de noviembre del 2009 junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. (fol. 282 y s.s.)

Como fundamentos facticos de sus pretensiones señaló que el señor Pablo Raúl Hernández Guevara falleció el 1° de noviembre del 2009 en la ciudad de Villavicencio (Meta); que se encontraba pensionado por la Caja de previsión Social de Bogotá mediante la Resolución N° 2048 del 22 de diciembre de 1989; que inició una unión marital de hecho con el señor Hernández Guevara desde enero de 1992; que convivieron hasta el fallecimiento del señor Hernández Guevara; que los últimos 9 años convivieron en Acacias Meta; que dependía económicamente del causante; que durante el tiempo de convivencia no se tuvo conocimiento de que el causante estuviera conviviendo adicionalmente con otra persona; que el causante la tenía afiliada como su beneficiaria a la EPS; que compraron en el año 2001 un inmueble en el Municipio de Acacias Meta; que al firmar la escritura señalaron que convivían en unión libre; que nunca procrearon hijos; que solicitó ante el FONCEP el reconocimiento de la pensión de sobreviviente sin obtener una respuesta favorable.

11. Admisión demanda de reconvención. Mediante auto del 7 de marzo del 2018, el fallador de primera instancia admitió la demanda de reconvención presentada por la señora Rita Acosta García. (fol. 369)

12. Contestación de la demanda de reconvención por parte de los demandantes. Señalaron que se oponen a todas las pretensiones de la demanda argumentando que la señora Rita Acosta García no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente pretendida ya que la verdadera compañera permanente del señor Pablo Raúl Hernández Hernández con quien convivió los últimos 40 años antes de su fallecimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y la genérica. (fol. 371 y s.s.)

13. Contestación de la demanda de reconvención por parte del FONCEP. Se opone a las pretensiones pues la señora Rita Acosta no es la única beneficiaria, por lo que la prestación se dejó en suspenso para que sea el Juez Laboral del Circuito quien decida quien tiene derecho a la pensión de sobreviviente deprecada. (fol. 380 y s.s.)

14. Fallo de primera instancia. En audiencia del 27 de noviembre del 2018 el fallador de primera instancia condenó al FONCEP a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente

con ocasión del fallecimiento del señor Pablo Raúl Hernández Guevara a la señora Rita Acosta García desde el 6 de febrero del 2015, el cual deberá pagarse de manera indexado desde la fecha de causación al momento en que se efectúe el pago. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 6 de febrero del 2015. Absolvió al FONCEP de las demás pretensiones de la demanda.

Su decisión se basó en que no se discute la condición de pensionado del causante, quien falleció el 1° de noviembre del 2009, por lo que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003. Que tanto la demandante como la tercera interviniente reclaman la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente, por lo que deben acreditar convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento. En relación con la señora Lucrecia Hernández manifestó que tanto en el proceso del Juez de Cáqueza en la que se declaró la unión marital de hecho y en el presente proceso los testigos fueron los hijos de la pareja quienes son los demandantes dentro del presente proceso, los cuales no sólo se contradicen sino que además no es factible que elaboren su propia prueba, por lo que no se probó la convivencia exigida y se absuelve al FONCEP de las pretensiones de la demanda. En cuanto a la señora RITA ACOSTA señala que los testigos traídos al proceso quienes eran vecinos de la señora RITA y el causante dan fe de la convivencia hasta el momento del fallecimiento, por lo que se le reconoce la pensión de sobreviviente en un 100%. Que teniendo en cuenta que la prescripción sólo se interrumpió con la presentación de la demanda de reconvención es claro que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 6 de febrero del 2015. Absuelve de los intereses moratorios y ordena que se paguen las mesadas de manera indexada.

15. Impugnación de la señora RITA ACOSTA GARCIA. Señaló que se debe entender que la prescripción se interrumpió en el año 2015 con la radicación de la demanda, pues se le negó el derecho a reclamar, pues estaban ocultando su dirección, por lo que se declaró la nulidad.

16. Impugnación herederos de la señora Lucrecia Hernández. Señalaron que no se tuvo en cuenta la sentencia del Juez de Cáqueza en la que se declaró la unión marital de hecho entre la señora Lucrecia Hernández y el causante, ni las declaraciones extraproceso que presentaron. Indicó que la señora Rita Acosta al absolver su interrogatorio de parte dijo que el causante sólo iba a su casa cuando le pagaban, cuando iba a cobrar su pensión, por lo que no existió una convivencia permanente. Que los testigos traídos al proceso por la señora Rita Acosta son contradictorios. Que no hubo mala fe en la notificación, pues al contestar la demanda, colocaron la misma dirección a la que se envió la notificación inicialmente y que se le notificó a la dirección dada por el FONCEP.

17. Alegatos Rita Acosta. Que la señora Rita Acosta logró probar que tiene derecho a la pensión de sobreviviente deprecada., pues logró acreditar que convivió con el causante desde el año 2001 y hasta su fallecimiento. Que los hijos del causante ocultaron que tenían conocimiento de dicha convivencia. Que no procede la excepción de prescripción conforme lo hizo el a quo pues a la señora Rita Acosta antes de presentar la demanda de reconvención se le había designado curador ad litem quien se notificó en su nombre.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la tercera ad excludendum se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS,

que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿la señora Lucrecia Hernández y la señora Rita Acosta cumplen con los requisitos para ser beneficiarias de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Pablo Raúl Hernández Guevara?; en caso afirmativo, (ii) ¿Qué porcentaje le corresponde a cada una de ellas?; (iii) ¿Acertó el a quo en la forma en que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción? y (iv) ¿Se debe condenar a la indexación de las mesadas adeudadas?

Fallecimiento del señor Pablo Raúl Hernández Guevara

No se discute en esta instancia, que el señor Hernández Guevara falleció el 1° de noviembre del 2009, lo cual se corrobora con el registro civil de defunción allegado a folio 23.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en diciembre de 2015. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Calidad de pensionado del de cujus

No se discute que el señor Pablo Raúl Hernández Guevara fuera pensionado del FONCEP, lo cual es aceptado por dicha entidad al contestar el hecho 11 de la demanda y se corrobora con la Resolución N° 1426 del 27 de abril del 2010, mediante la cual se niega el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, en cuyos considerandos se dejó sentado que al señor Hernández Guevara, se le reconoció una pensión de jubilación a partir del 2 de octubre de 1989 a través de la Resolución N° 2048 del 22 de diciembre de 1989.

Beneficiarios de la pensión de sobreviviente

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

Requisitos de la pensión de sobreviviente

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 señala que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. Indica además la norma, que en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente deberá acreditar que

estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

Para dilucidar la presente Litis se tiene que ante la muerte del pensionado los requisitos exigibles para acceder a la pensión de sobreviviente de manera vitalicia son que la compañera permanente cuente con más de 30 años y que demuestre haber convivido los 5 años anteriores a su fallecimiento.

Conforme a lo anterior, se procede a revisar si la señora Lucrecia Hernández y la señora Rita Acosta, cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente solicitada, de la siguiente manera:

Pensión deprecada por Lucrecia Hernández

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Lucrecia Hernández, nació el 9 de abril de 1935 según da fe la copia de su registro civil de nacimiento que obra a folio 27 del expediente administrativo (fol. 91), luego para la muerte del señor HERNÁNDEZ GUEVARA (q.e.p.d.) el 1° de noviembre del 2009, contaba con 74 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Convivencia de 5 años anteriores al fallecimiento

El fallador de primera instancia consideró que se logró probar que la señora Lucrecia Hernández hubiese convivido con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento, conclusión con la que no está de acuerdo la parte demandante, quien sostiene que la convivencia se acreditó con la sentencia del juez de familia y las declaraciones extrajuicio.

Efectivamente, le asiste razón al apelante, al señalar que se logró probar que el causante y la señora Lucrecia Hernández convivieron los 5 años anteriores al fallecimiento, pues al revisar las pruebas allegadas al expediente se observa a folio 13 y s.s. sentencia proferida el 30 de diciembre del 2011, por el Juzgado Promiscuo de Familia del Municipio de Cáqueza (Cundinamarca) en la que se **declaró la existencia de una UNIÓN MARITAL DE HECHO** conformada entre los señores LUCRECIA HERNÁNDEZ DE HERNÁNDEZ y PABLO RAÚL HERNÁNDEZ GUEVARA entre el 31 de diciembre de 1990 al 1° de noviembre del 2009. Sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada desde el 13 de enero del 2012, conforme lo certificó el secretario del Juzgado Promiscuo de Familia de Cáqueza (Cundinamarca), visible al anverso del folio 429.

La decisión tomada por el Juez Promiscuo Familia de Cáqueza (Cundinamarca) tuvo como fundamento la Ley 54 de 1990, en el cual se establece que se denomina Unión Marital de Hecho la formada entre un hombre y una mujer que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular, señalando en los considerandos de su sentencia que *"la comunidad de vida a que se contrae la norma en cita, debe traducirse en la cohabitación, el socorro y la ayuda mutua de la pareja…Ahora bien, el estudio en conjunto del cardumen probatorio recaudado, se concluye sin hesitación alguna, que entre los señores LUCRECIA HERNÁNDEZ DE HERNÁNDEZ y PABLO RAÚL HERNÁNDEZ GUEVARA existió una convivencia de hecho, establece de carácter permanente, la cual tuvo inicio el 31 de diciembre de 1990 y perduró hasta el 1° de noviembre del 2009, fecha en la que el mencionado falleció"*

Por tanto, contrario a lo dicho por el fallador de primera instancia, con la sentencia en la cual se declara la unión marital de hecho entre el 31 de diciembre de 1990 al 1° de

noviembre del 2009, se prueba la convivencia en ese lapso entre la señora Lucrecia Hernández y el causante.

En consecuencia, la señora Lucrecia Hernández contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente deprecada, pues acreditó el requisito de convivencia exigido en la norma.

Convivencia de Lucrecia Hernández

Conforme a la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Cáqueza (Cundinamarca) la convivencia se dio entre el 31 de diciembre de 1990 al 1° de noviembre del 2009, es decir, que se logró probar que convivieron por **18 años, 10 meses y 1 día.**

Pensión deprecada por Rita Acosta

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reproche alguno, puesto que la señora Rita Acosta García, nació el 12 de mayo de 1951, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 250, luego para la muerte del señor HERNÁNDEZ GUEVARA (q.e.p.d.), contaba con 57 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Convivencia de 5 años anteriores al fallecimiento

Para el fallador de primera instancia, la señora Rita Acosta probó la convivencia exigida con los testimonios traídos al proceso; conclusión con la cual no está de acuerdo la parte demandante quien manifiesta que no se tuvo en cuenta que la señora Rita confesó que el causante sólo iba cuando le pagaban, por lo que no existió una convivencia permanente y porque los testigos traídos por la señora Rita son contradictorios.

Para probar la convivencia exigida la señora Rita Acosta, arrimó al proceso los siguientes testimonios:

El señor Raúl Pabón Avella, manifestó que conoció a la señora Rita Acosta y al causante cuando llegaron en el 2001 a Acacias; que la pareja le compró una casa a la señora Ligia Romero; que siempre los distinguió como esposos; que la pareja vivía al frente de su casa; que cuando el testigo llegaba de noche, los veía y charlaban; que los vio de manera permanente y que convivieron hasta que el señor Hernández Guevara sufrió un accidente; que nunca supo que el causante tuviera otra pareja, ni hijos; que la señora Rita era ama de casa y permanecía con el causante en la casa; que el testigo tenía un taxi por lo que los llevaba y los traía; que no vio que el causante se ausentara de su casa.

El señor Tomás Moreno Romero, señaló haber sido vecino de la pareja en Acacias; que la pareja le compró la casa en la que vivían a la señora Ligia Romero, tía de su esposa; que enseguida de la pareja vivía la mamá del testigo y que el testigo la visitaba todos los días y se la pasaba en esa casa; por lo que veía constantemente a la pareja; que

nunca vio que se hayan separado; que el se fue en el año 2006 y cuando regresó más o menos al año los siguió viendo como pareja.

La señora María Gloria Coronado, señaló que la señora Rita y el causante vivieron como en el año 1990 en su casa en una pieza; que siempre los vio a ambos; que nunca fue a visitarlos a Acacias; que se encontraba con ellos en Bogotá cuando venían a cobrar la pensión del causante; que la señora Rita cocinaba cuando vivían en la pieza; que no le conoció una relación anterior.

La señora Amanda Cantor, señala que conoció a la pareja en el año 1991 cuando llegaron al barrio Buenos Aires; que luego vivieron en el barrio Girardot y finalmente, en Acacias; que siempre los vio viviendo juntos; que la señora Rita cocinaba y que los veía en la noche; que siempre los vio como pareja.

Frente a las declaraciones vertidas, lo primero que debe indicarse es que las realizadas por la señora María Gloria Coronado y Amanda Cantor no generan ninguna credibilidad a la Sala, pues efectivamente resultan contradictorias con lo señalado por la señora Rita Acosta al absolver el interrogatorio de parte, oportunidad en la cual confiesa que cuando ella vivía en Bogotá en una habitación que es la que dice la señora María Gloria Coronado le arrendó, el causante se quedaba junto a ella cuando venía de Fosca a cobrar su pensión, siendo su permanencia esporádica, es más, manifiesta que en Fosca seguramente vivía con la señora Lucrecia, por tanto, no es cierto que cuando ella vivía en Bogotá fuera la compañera permanente del causante, pues como ella misma lo dice, el causante de manera esporádica se quedaba en su casa.

Ahora, la señora Rita Acosta manifiesta en su declaración que comenzaron hacer vida de pareja de manera permanente cuando se fueron a vivir a Acacias (meta) y que allá vivieron 8 años, lo cual se corrobora con lo dicho por los testigos Raúl Pabón Avella y Tomás Moreno Romero, quienes manifestaron que conocieron en el año 2001 a la pareja cuando llegaron a vivir a Acacias y que siempre los vieron como pareja hasta la fecha del fallecimiento del señor Hernández Guevara, con lo cual se probó la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento.

Convivencia de Rita Acosta

Como ya se dijo, se logró probar que la convivencia de manera permanente con el causante comenzó cuando se fueron para Acacias (Meta), lo cual dijo el testigo Raúl Pabón Avella ocurrió en el año 2001, cuando le compraron la casa a Doña Ligia Romero.

Al revisar la escritura pública y el certificado de tradición de matricula inmobiliaria visible a folio 199 y s.s. se evidencia que el causante y la señora Rita Acosta compraron un inmueble ubicado en la carrera 14 # 7-24 Barrio La Unión del Municipio de Acacias el 29 de marzo del 2001; inmueble en el que dicen los testigos Raúl Pabón Abella y Tomás Moreno Romero llegó a vivir la pareja y convivieron hasta el fallecimiento del señor Hernández Guevara.

Adicionalmente, aparece que el causante la afilió al Sistema de Salud como su beneficiaria el 1° de mayo del 2003, conforme aparece en el carnet de la EPS SALUDCOOP visible a folio 213.

Por tanto, se tendrá que la pareja convivió entre el **29 de marzo del 2001 y el 1° de noviembre del 2009**, teniendo en cuenta que cuando firmaron la escritura de compraventa del inmueble, declararon que convivían en unión libre, lo cual desvirtúa la afirmación efectuada por los señores Fredy Hernández Hernández, Over Alirio Hernández

Hernández, Bertha Jazmín Hernández Hernández y Jhon Miller Hernández Hernández hijos del causante y la señora Lucrecia Hernández, aquí demandantes, quienes indicaron que la señora Rita era socia de su padre y habían comprado el inmueble en sociedad.

Por tanto, la señora Rita Acosta logró probar que convivió con el causante 8 años, 7 meses y 2 días.

Monto de la pensión de sobreviviente

El inciso 4° del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003 establece que, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

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

Teniendo en cuenta que el monto de la pensión es proporcional al tiempo convivido, encuentra la Sala que la suma de ambas convivencias arroja la suma de 17.466 días, por tanto, al hacer regla de 3 de la siguiente manera

Pensión de sobreviviente Tiempo convivido 9873 días	
Lucrecia Hernández Tiempo convivido 6781 días 9873----------100% 6781-------- x X= 68.68%	**Rita Acosta** Tiempo convivido 3092 días 9873----------100% 3092 -------- x X= 31.32%

Por tanto, se modificará la sentencia apelada para en su lugar establecer que la señora Lucrecia Hernández tenía derecho a que se le reconociera el 68.68% de la pensión de vejez que venía percibiendo el señor Hernández Guevara y la señora Rita Acosta únicamente un 31.32%.

Es necesario precisar que teniendo en cuenta que la señora Lucrecia Hernández falleció el 6 de mayo del 2013 a partir de esa fecha la señora Rita Acosta tiene derecho a recibir el 100% de la pensión que dejó causada el señor Hernández Guevara, conforme lo estipula el parágrafo 1° del art. 8° del Decreto 1889 de 1994.

Excepción de Prescripción en relación con la señora Lucrecia Hernández

La pensión de sobrevivientes se reconoce a partir del 1° de noviembre del 2009, fecha en que falleció el señor Hernández Guevara y teniendo en cuenta que la señora Lucrecia Hernández falleció el 6 de mayo del 2013, como aparece en el certificado de defunción visible a folio 22, sólo tendrá derecho a que se le reconozcan las mesadas hasta esa fecha.

Ahora, en la Resolución N° 1426 del 27 de abril del 2010 con la cual se niega el reconocimiento de la pensión de sobreviviente deprecada aparece que la señora Lucrecia Hernández presentó reclamación el 18 de diciembre del 2009, con lo cual se interrumpió la prescripción, sin embargo, como no demandó dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se le notificó la negativa por parte del FONCEP y se resolvió el recurso de reposición mediante la Resolución N° 1739 del 4 de junio del 2010, se tendrá que sólo interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda el día 10 de marzo del 2015, es decir, que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **10 de marzo del 2012.**

Retroactivo pensional en relación con la señora Lucrecia Hernández

Se condena al FONCEP a pagar a la señora Lucrecia Hernández el 68.68% de la pensión que venía percibiendo el señor HERNÁNDEZ GUEVARA (q.e.p.d.) desde el 10 de marzo del 2012 hasta el 6 de mayo del 2013, lo cual corresponde a la suma de **$21'491.093,55**, teniendo en cuenta que el FONCEP dentro del expediente administrativo certificó que el causante para noviembre del 2009 percibía una mesada equivalente a $1'802.625.

Retroactivo mesadas causadas entre el 10 de marzo del 2012 al 6 de mayo del 2013					
Año	% aumento	valor mesada	68,68% corresponde a Lucrecia Hernández	N° mesada	Subtotal
2009	*7,67%*	$ 1.802.625,00	$ 1.238.042,85	0	$ 0,00
2010	*2,00%*	$ 1.838.677,50	$ 1.262.803,71	0	$ 0,00
2011	*3,17%*	$ 1.896.963,58	$ 1.302.834,59	0	$ 0,00
2012	*3,73%*	$ 1.967.720,32	$ 1.351.430,32	11,6	$ 15.676.591,66
2013	*2,44%*	$ 2.015.732,69	$ 1.384.405,21	4,2	$ 5.814.501,89
Total adeudado					**$ 21.491.093,55**

Debe precisarse que, si bien los demandantes en el momento de presentar la demanda refieren ser los únicos herederos de la señora Lucrecia Hernández, lo cierto es que no se probó que se hubiera tramitado la sucesión de la señora Hernández, por lo que se ordenará que el pago de las mesadas se haga a órdenes de la sucesión si no se ha hecho, o, en su defecto tendrá que ser objeto de una partición adicional.

Excepción de Prescripción en relación con la señora Rita Acosta

Para el fallador de primera instancia el término prescriptivo se interrumpió con el escrito en que la señora Rita Acosta presentó demanda de reconvención en el presente proceso,

con lo cual no está de acuerdo su apoderado quien solicita se tenga la radicación de la presente demanda para interrumpir la prescripción alegando que de mala fe la parte demandante no la notificó oportunamente.

Frente a lo anterior, se le debe indicar al apoderado de la señora Rita Acosta que no es de recibo su solicitud, pues su poderdante tenía la posibilidad de haber presentado una demanda solicitando su derecho a la pensión de sobreviviente cuando lo considerara pertinente, no siendo necesario esperar a que los herederos de la señora Lucrecia Hernández solicitaran el derecho, por tanto, acertó el fallador de primera instancia al entender que la prescripción únicamente se interrumpió con el escrito de demanda de reconvención.

Por consiguiente, al haber presentado la demanda de reconvención el 6 de febrero del 2018, es claro que se debe declarar probada la excepción de prescripción conforme al art. 151 del CPT y de la SS de las mesadas causadas con anterioridad al **6 de febrero del 2015.**

Retroactivo pensional en relación con la señora Rita Acosta

Se condena al FONCEP a reconocer y pagar a la señora Rita Acosta el 31.32% de la pensión que venía percibiendo el señor HERNÁNDEZ GUEVARA (q.e.p.d.); sin embargo, teniendo en cuenta que se declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 6 de febrero del 2015, se condena a pagar el retroactivo del 6 de febrero del 2015 al 30 de septiembre del 2020, teniendo en cuenta que para este lapso ya había fallecido la señora Lucrecia Hernández, por lo que su pensión debe reconocerse en un 100%. Al realizar las operaciones aritméticas arroja por concepto de retroactivo la suma de **$190’865.997,07**. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/01/09	*31/12/09*	*7,67%*	*$ 1.802.625,00*	*0,00*	*$ 0,00*
01/01/10	*31/12/10*	*2,00%*	*$ 1.838.678,00*	*0,00*	*$ 0,00*
01/01/11	*31/12/11*	*3,17%*	*$ 1.896.964,00*	*0,00*	*$ 0,00*
01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 1.967.721,00*	*0,00*	*$ 0,00*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 2.015.733,00*	*0,00*	*$ 0,00*
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 2.054.838,00*	*0,00*	*$ 0,00*
06/02/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 2.130.045,00*	*12,83*	*$ 27.335.577,5*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 2.274.249,00*	*14,00*	*$ 31.839.486,0*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 2.405.018,00*	*14,00*	*$ 33.670.252,0*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 2.503.383,24*	*14,00*	*$ 35.047.365,3*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 2.582.990,82*	*14,00*	*$ 36.161.871,5*
01/01/20	***30/09/20***	*3,80%*	*$ 2.681.144,47*	*10,00*	*$ 26.811.444,7*
Total retroactivo				***$ 190.865.997,07***	

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

El artículo 141 de la ley 100 de 1993 establece que a partir del 1° de enero de 1994 en caso de mora en el caso de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo

y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Frente a los intereses moratorios, nuestra CSJ en la sentencia bajo el radicado N° 33.399 del 21 de septiembre del 2010 reiterada en la SL 186-2020 fue clara al señalar que no proceden en los casos en que la entidad de seguridad social a cargo del pago tiene una seria duda y razonable surgida de la controversia entre posibles beneficiarios que se disputan la titularidad del derecho.

Por tanto, en el presente caso no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios, pues existía controversia entre la señora Lucrecia Hernández y Rita Acosta.

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria se ordenará que Colpensiones pague de manera indexada cada una de las mesadas pensionales desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 27 de noviembre del 2018, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR al FONCEP a reconocer y pagar a órdenes de la sucesión de la señora LUCRECIA HERNÁNDEZ el 68.68% de la pensión que venía percibiendo el señor Pablo Raúl Hernández Guevara a partir del **1° de noviembre del 2009 y hasta el 6 de mayo de 2013**, fecha de su fallecimiento.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada para en su lugar CONDENAR al FONCEP a pagar a la señora RITA ACOSTA el 32.31% de la pensión que venía percibiendo el señor Pablo Raúl Hernández Guevara a partir del **1° de noviembre del 2009** y desde el 6 de mayo del 2013 fecha en que falleció la señora Lucrecia Hernández el 100% de la pensión.

TERCERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada para en su lugar DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción en relación con la señora LUCRECIA HERNÁNDEZ de las mesadas causadas con anterioridad al 10 de marzo del 2012 y en relación con la señora RITA ACOSTA de las mesadas causadas con anterioridad al 6 de febrero del 2015.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para CONDENAR al FONCEP a pagar a órdenes de la sucesión de la señora LUCRECIA HERNÁNDEZ la suma de **$21’491.093,55** correspondiente a las mesadas causadas entre el 10 de marzo del 2012 hasta el 6 de mayo del 2013, fecha en que falleció la señora Hernández. Suma que deberá pagarse de manera indexada al momento de efectuarse su pago.

QUINTO: ADICIONAR la sentencia apelada para CONDENAR al FONCEP a pagar a la señora RITA ACOSTA la suma de **$190’865.997,07** correspondiente a las mesadas causadas entre el 6 de febrero del 2015 al 30 de septiembre del 2020 y deberá continuar

pagando las mesadas que se sigan causando. Suma que deberá pagarse de manera indexada al momento de efectuarse su pago.

SEXTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARÍA CENELIA OROZCO SALAZAR***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-04-2015-00741-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE Y TERCERA AD EXCLUDENDUM***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Cenelia Orozco Salazar en calidad de compañera permanente supérstite, instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su compañero permanente Ancizar Cruz Garibello en un 100% a partir del 1° de noviembre del 2005, la cual debe pagarse junto con las mesadas de junio y diciembre, los intereses moratorios, lo que resulta probado y extra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que convivió en calidad de compañera permanente del causante de forma continua e ininterrumpida desde el 15 de febrero de 1983 hasta el día 1° de noviembre de 2005; que fruto de esa convivencia procrearon un hijo llamado Diego Alejandro Cruz Orozco, el cual nació el 9 de septiembre de 1984; que durante el tiempo de convivencia el causante le informó que tenía una hija menor de edad llamada Angela María Cruz Rondón de la cual debía hacerse cargo; que la menor se fue a vivir con la demandante y el causante desde el año 1986 hasta el día de hoy pese al fallecimiento de su progenitor; que para el mes de febrero del año 2002 cuando la demandante y el causante se encontraban viviendo en Pitalito – Huila fueron víctimas de amenazas y ataques por grupos al margen de la ley razón por la cual tuvieron que irse de la finca; que inicialmente llegaron a Fusagasugá, pero dada su situación económica tuvieron que irse para Girardot; que llegaron a vivir a la casa de la hermana del causante; que en noviembre del 2002 se fueron a un barrio de invasión denominado Kennedy en el Municipio de Girardot; que el día 29 de octubre del 2005 mientras se encontraban de vacaciones el señor Cruz

Garibello sufrió un ataque cardíaco; que fue llevado al Hospital San Rafael de Fusagasugá; que fue hospitalizado en una UCI; que el 1° de noviembre del 2005 falleció en el Hospital; que ante el ISS se presentó a reclamar la señora María del Carmen Chitiva en calidad de esposa del causante, quien se había separado del causante desde hace más de 40 años; que Colpensiones mediante la Resolución N° 15167 del 2007 le reconoció de manera equivocada la pensión de sobreviviente a la señora María del Carmen Chitiva; que por falta de asesoría presentó la solicitud pensional únicamente hasta el año 2013, la cual le fue negada, teniendo en cuenta que ya había sido reconocida a la cónyuge.

2. Auto Admisorio
Mediante proveído del 21 de enero del 2016, el fallador de primera instancia admitió la demanda en contra de Colpensiones y ordenó vincular como tercera ad excludendum a la señora María de Jesús Chitiva. (fol. 57)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 58), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no se ha acreditado el derecho reclamado, teniendo en cuenta que existe controversia sobre la convivencia con el causante. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y la genérica. (fol. 61 y s.s.)

5. Demanda tercera ad excludendum
A pesar de haberse enviado los citatorios para la notificación, fueron devueltos bajo la observación "dirección errada" y ante la manifestación de la parte demandante de desconocer alguna otra dirección en donde notificar a la señora María de Jesús Chitiva se ordenó su emplazamiento y se le designó curador adlitem. (fol. 94)

El curador ad -litem manifestó que presenta demanda en contra de Colpensiones y la aquí demandante para que se reconozca y pague la pensión de sobreviviente a la señora Chitiva Cruz. Indicó en los hechos de la demanda que el matrimonio entre su representada y el causante se mantuvo vigente hasta el día del fallecimiento y que la señora Chitiva Cruz no tuvo conocimiento de que su esposo tuviera convivencia con otra mujer y que Colpensiones mediante la "Resolución GNR 89473 del 14 de marzo del 2014, negó la indemnización sustitutiva reclamada por la señora María Cenelia Orozco". (fol. 105 y s.s.)

6. Admisión demanda tercera ad excludendum
En auto del 12 de julio del 2017 el fallador de primera instancia admitió la demanda presentada por la tercera ad excludendum. (CD fol. 179)

7. Contestación por parte de la aquí demandante (María Cenelia Orozco) de la demanda presentada por la tercera ad excludendum
La señora María Cenelia Orozco Salazar se opuso a las pretensiones de la demanda de la tercera ad excludendum señaló que es cierto que el causante se encontraba casado con la señora María de Jesús Chitiva pero que ellos no hacían vida marital desde febrero de 1983 fecha en la cual el causante comenzó a convivir con la señora Orozco Salazar. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación

demandada y cobro de lo no debido respecto de la señora Marí de Jesús Chitiva. (fol. 181 y s.s.)

8. Contestación por parte de Colpensiones de la demanda presentada por la tercera ad excludendum
Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda de la tercera ad excludendum señalando que no se ha acreditado el derecho reclamado. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y la genérica. (fol. 185 y s.s.)

9. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de marzo del 2019, en la que la falladora de primera instancia señaló que condenaba a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora María Cenelia Orozco Salazar el 45.35% de la pensión de sobreviviente que dejo causada el señor Ancizar Cruz y el 54.65% se le reconoció a la señora María de Jesús Chitiva Cruz. En relación a la señora María Cenelia Orozco Salazar declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 13 de agosto del 2012. Autorizó a Colpensiones a descontar a la señora María de Jesús Chitiva Cruz las sumas pagadas de más. Ordenó pagar las mesadas adeudadas de manera indexada y absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 253)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable era la vigente al momento del fallecimiento, es decir, la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003. Que la demandante logró probar la convivencia por 22 años desde noviembre de 1983 con la prueba testimonial, por lo que tiene derecho a un 45.35%. Que la señora María de Jesús Chitiva de Cruz logró probar la convivencia desde el matrimonio hasta el fallecimiento, es decir, por 48 años, 6 meses y 3 días, por lo que le corresponde un 54.65%. Que la pensión que dejo causada el señor Ancizar fue de salario mínimo. Que teniendo en cuenta que la demandante reclamó el derecho a la pensión de sobrevivientes el "14 de abril del 2015" es claro que se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al "13 de agosto del 2012". Que no es procedente condenar al pago de intereses moratorios pues existía controversia entre la cónyuge y la compañera permanente, por lo que se ordena que las mesadas adeudadas se paguen de manera indexada. Autoriza para que Colpensiones compense las sumas pagadas de más a la tercera ad excludendum.

10. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **demandante María Cenelia Orozco Salazar** interpuso recurso de apelación argumentando que con los testimonios se desvirtuaron las declaraciones extrajuicio allegadas al expediente administrativo de Colpensiones por parte de la tercera ad excludendum. Que para contabilizar el término de prescripción debe tenerse en cuenta la primera reclamación el 12 de octubre del 2010. Que Colpensiones para negarle el reconocimiento de la pensión señaló que la demandante no tenía derecho a dos pensiones sin hacer ningún estudio serio de su pensión, por lo que si se le debe condenar al pago de intereses moratorios.

11. Recurso de apelación. Inconforme con la anterior decisión la **tercera ad excludendum María de Jesús Chitiva de Cruz** interpuso recurso de apelación argumentando que conforme al tiempo que manifestó la falladora de primera instancia convivió el porcentaje que se le otorgue de la pensión debe ser mayor. Que no debe

tenerse como convivencia de la demandante desde noviembre de 1984 pues la testigo Angela señaló que nació en el año 1984 y ella no es hija de la demandante. Que no se debe autorizar a Colpensiones que compense las sumas ya pagadas pues la tercera ad excludendum viene recibiendo la pensión de buena fe.

12. Alegatos Colpensiones. Solicita se estudie el presente proceso en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la tercera ad excludendum se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente. Y se conocerá en consulta en favor de Colpensiones lo que le haya sido desfavorable de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La demandante y la tercera ad excludendum cumplen con los requisitos para ser beneficiarias de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Ancizar Cruz Garibello?; en caso afirmativo, (ii)¿Qué porcentaje le corresponde a cada una de ellas?; (iii) ¿Acertó el a quo en la forma en que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción?; (iv) ¿Se debe condenar al pago de intereses moratorios?; y (v) ¿Se debe autorizar a Colpensiones que compense las sumas pagadas a la tercera ad excludendum?

Fallecimiento del señor Ancizar Cruz Garibello

No se discute en esta instancia, que el señor Cruz Garibello falleció el 1° de noviembre del 2005, lo cual se corrobora con el registro civil de defunción allegado a folio 27.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido el 1° de noviembre del 2005. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Causación del derecho pensional para sus beneficiarios

El parágrafo 1° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003, establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, cuando el afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media en tiempo anterior a su fallecimiento; requisito que no se discute dejó causado el señor Ancizar Cruz Garibello, como se evidencia en la Resolución N° 015167 del 11 de abril

del 2007 en la cual Colpensiones reconoce la pensión de sobreviviente a la tercera ad excludendum María de Jesús Chitiva Beltrán, visible a folio 159 y s.s.

Requisitos de la pensión de sobreviviente

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

Frente a lo anterior, la CSJ ante la nueva composición de la Sala modificó su criterio en la sentencia SL 1730-2020 en la que señaló:

> *"…que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite **del afiliado al sistema que fallece**, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación*
>
> *En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.*
>
> *Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario*

1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado."

Por tanto, ante el anterior cambio de criterio de la CSJ y haciendo suyos esta Sala los pronunciamientos en la sentencia precitada, los Magistrados que conforman esta Sala de Decisión recogen su criterio para dejar sentado que ante la muerte de un afiliado al sistema los únicos requisitos exigibles para acceder a la pensión de sobreviviente de manera vitalicia son que la cónyuge o compañera permanente cuente con más de 30 años y que demuestre ser la cónyuge o compañera permanente.

Para acreditar la calidad de compañera permanente, no es dable exigir la convivencia de 2 años que contiene el Decreto 1889 de 1994, sino que debemos acudir a la noción constitucional de familia, por lo que debemos remitirnos a la sentencia C 521del 2007, en la que se señaló que se entiende por familia "*Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos".*

Conforme a lo anterior, se procede a revisar si la demandante y la tercera ad excludendum cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente deprecada, de la siguiente manera:

Pensión deprecada por María Cenelia Orozco Salazar

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora María Cenelia Orozco Salazar, nació el 28 de octubre de 1962 según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 12, luego para la muerte del señor CRUZ GARIBELLO (q.e.p.d.), contaba con 43 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Condición de compañera permanente

Para demostrar la calidad de compañera permanente del causante, la señora María Cenelia Orozco Salazar, arrimó los siguientes testimonios:

La señora Rubiela Cruz Garibello hermana del causante, manifestó que la demandante y su hermano convivieron aproximadamente por 24 años; que vivieron en Girardot, Pitalito, Villavicencio, etc.; que la pareja no procreo hijos pero que la demandante crio

a una de las hijas del causante; dijo que el causante estuvo casado con una señora pero que duraron pocos meses; que la cónyuge se fue con sus tres hijos Aleida, Gonzalo y Gloria, y que no volvieron a saber de ella; que no tiene ningún contacto con sus sobrinos; que desde que su hermano se fue a vivir con la señora María Cenelia nunca se separaron hasta el momento del fallecimiento; que ella los llamaba constantemente y que siempre estuvieron los dos; que su hermano falleció porque le dio un infartó, lo tuvieron que hospitalizar y falleció en la Clínica.

La señora Gilma Montero Quintero manifestó haber conocido a la demandante y su familia en el año 2002 cuando llegaron a vivir a la misma invasión en el Barrio Kennedy del Municipio de Girardot; indicó que la demandante llegó a vivir con el causante y sus dos hijos Diego Alejandro y Angela; que el señor Ancizar falleció de un infarto en el año 2005 cuando estaban en un paseo familiar; que su entierro fue en Fusagasugá, por lo que no pudo asistir. Señala que siempre vio junta a la pareja.

Finalmente, se recibió la declaración de la señora Angela María Cruz Rondón quien manifestó ser hija del causante; afirma haber vivido con su papá y la demandante desde que ella tenía aproximadamente 4 años; que quien la crió fue la demandante; que Diego Alejandro no era hijo de su papá pero que éste lo reconoció como suyo; que su papá hacia trasteos en una camioneta; que no tenían dinero; que a su papá le disparó la guerrilla y por eso tuvieron que salir desplazados de su finca; que vivieron en varias partes entre ellas una invasión en Kennedy (Girardot); que su papá y la demandante nunca se separaron; que siempre estuvieron como familia; que su papá nunca se ausentaba; que su papá falleció en un paseo familiar, pues le dio un infarto; que tuvo que ser hospitalizado y falleció en el hospital; que al hospital no se acercó nadie diferente a sus tíos y primos; que no conoció a la señora María de Jesús, solo sabía que su papá había estado casado antes pero nunca la conoció.

Conforme a las anteriores declaraciones, las cuales considera la Sala fueron espontáneas, unánimes y generan total credibilidad, se logra probar que la señora María Cenelia Orozco Salazar era la compañera permanente del señor Ancizar Cruz Garibello con quien formó una familia junto a sus dos hijos y, por tanto, acertó el fallador de primera instancia al señalar que la demandante tenía derecho a que se le reconociera la pensión de sobreviviente reclamada.

Convivencia de María Cenelia Orozco Salazar

La falladora de primera instancia manifestó que la demandante había probado la convivencia con el causante desde noviembre de 1983, lo cual considera el apoderado de la tercera ad excludendum que no fue cierto.

Al revisar los testimonios precitados, considera la Sala que de ninguno de ellos se desprende que la convivencia de la pareja se haya efectuado desde noviembre de 1983, pues nótese que la señora Gilma Moreno Quintero, vecina de la demandante, refiere que los conoce desde el año 2002, luego solo desde dicha data puede dar fe de la convivencia.

La señora Angela María Cruz Rondón, hija del causante, manifestó que llego a vivir con la demandante y el causante, cuando tenía más o menos 4 años y teniendo en cuenta que nació el 16 de mayo de 1984, como da cuenta el registro civil, visible a folio 14, se podría hablar de convivencia desde el año 1988.

La señora Rubiela Cruz Garibello, hermana del causante, señaló que la pareja comenzó a convivir desde hace 24 años. Como la declaración fue vertida en el año 2019, la convivencia tendría lugar desde el año 1995.

No obstante, encuentra la Sala que a folio 15 reposa el registro civil de nacimiento de Diego Alejandro Cruz Orozco, en el cual figura que nació el **9 de septiembre de 1984** y que quien lo registró como su padre fue el señor Ancizar Cruz Garibello, por lo que entiende la Sala que por lo menos en esa fecha la pareja ya se encontraba conviviendo.

Por tanto, se entiende que la convivencia de la señora María Cenelia Orozco Salazar se dio entre el **9 de septiembre de 1984 y el 1° de noviembre del 2005,** fecha en que falleció el señor Cruz Garibello, lográndose acreditar que convivieron por **21 años, 1 mes y 23 días.**

Finalmente, se debe precisar que no es de recibo el argumento del curador ad litem quien indica que se demostró que la señora Angela María Cruz Rondón no era hija del causante, lo cual no es cierto, pues ni siquiera estuvo en discusión que no lo fuera. La afirmación que se realizó en la Litis fue respecto del señor Diego Alejandro, que se señaló no era hijo del causante, pero quien decidió reconocerlo como tal.

Pensión deprecada por María de Jesús Chitiva Beltrán

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora María de Jesús Chitiva Bernal, nació el 25 de noviembre de 1939, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 135, luego para la muerte del señor CRUZ GARIBELLO (q.e.p.d.), contaba con 65 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Condición de cónyuge

La señora María de Jesús Chitiva Beltrán acreditó ser la cónyuge del causante con el registro civil de matrimonio allegado a folio 151, en el que aparece que contrajeron matrimonio el 27 de abril de 1957, siendo necesario precisar que no se evidencia que su sociedad conyugal haya sido disuelta.

Por lo que también cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente deprecada, como lo entendió el fallador de primera instancia.

Convivencia de María de Jesús Chitiva Beltrán

Para la falladora de primera instancia la tercera ad excludendum logró probar que convivió con el causante desde que se casaron el 27 de abril de 1957 hasta el 1° de noviembre del 2005, fecha en que falleció el señor Cruz Garibello. Conclusión con la que no está de acuerdo la demandante, pues considera que con su prueba testimonial

se logra acreditar que la señora Chitiva Beltrán no convivió con el causante hasta su fallecimiento.

Para probar la convivencia del causante con su cónyuge, el curador ad litem trajo las declaraciones extrajuicio que reposan dentro del expediente administrativo de Colpensiones, las cuales deben ser valoradas de conformidad con el art. 262 del CGP, esto es, como documentos declarativos emanados de terceros, respecto de los cuales no es necesaria su ratificación, salvo que la parte contraria la solicite, caso este último que no se presentó en la Litis.

En la declaración extrajuicio del 7 de junio del 2006, el señor Amilcar Rua Barandica, manifestó *"Que conozco de vista, trato y comunicación a la señora: MARÍA DE JESÚS CHITIVA DE CRUZ, identificada con la C.C. N° 20560214 expedida en Fusagasugá y por ese conocimiento se y me consta que es la cónyuge sobreviviente del finado: ANCIZAR CRUZ GARIBELLO identificado en vida con la C.C. N° 2.840.989 de Fusagasugá, con quien convivió bajo el mismo techo en forma ininterrumpida desde que contrajeron matrimonio hasta el día en que él falleció, hecho ocurrido el 1° de noviembre de 2005; que de ese matrimonio nacieron 3 hijos, actualmente mayores de edad…."*

Y en declaración extrajuicio del 16 de marzo del 2006, rendida por la señora Jaide Milena Tovar, se señaló *"QUE HACE 10 AÑOS CONOZCO A LA SEÑORA MARÍA DE JESÚS CHITIVA DE CRUZ CON C.C. 20.560.214 DE FUSAGASUGA Y ME CONSTA QUE CONVIVIO EN MATRIMONIO BAJO EL MISMO TECHO DESDE EL 27 DE ABRIL DE 1957 HASTA EL PRIMERO DE NOVIEMBRE DEL 2005 FECHA EN QUE FALLECIÓ SU ESPOSO ANCIZAR CRUZ GARIBELLO QUIEN EN VIDA SE IDENTIFICÓ CON LA C.C. N° 2.840.989 DE FUSAGASUGA Y DEL MATRIMONIO QUEDARON TRES HIJOS MAYORES DE EDAD…"*

Como se puede observar, ambos declarantes manifiestan que el causante convivió con la señora Chitiva de Cruz hasta su fallecimiento, sin embargo, en dichas declaraciones no hacen referencia a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que percibieron o llegaron a su conocimiento tales hechos o las circunstancias que rodearon la enunciada convivencia, pues nada se dijo sobre el motivo por el cual conocían a la pareja, el tiempo en que se frecuentaban, el lugar donde hacia vida marital la pareja, ni ningún hecho referente a la comunidad de vida.

De esta manera, aunque se encuentra acreditado que la tercera ad excludendum comenzó a convivir con el causante el 27 de abril de 1957, fecha de la unión conyugal, lo cierto es que no se logra probar que la convivencia hubiere permanecido hasta la fecha del fallecimiento, pues es la misma hermana del causante, señora RUBIELA CRUZ GARIBELLO, quien manifestó que su hermano estuvo casado con la señora Chitiva de Cruz por algunos meses y que luego de la separación no volvió a tener ningún contacto con ella.

Adicionalmente, la señora Angela María Cruz Rondón manifiesta que desde que ella se fue a vivir en el año 1988 con la demandante y su padre, no le conoció otra pareja.

Así las cosas, se tendrá como extremo final de la convivencia entre el causante y la tercera ad excludendum la fecha en que comenzó a convivir con la señora María Cenelia Orozco Salazar, pues como lo indicaron la hermana y la hija del causante, desde que ellos comenzaron a convivir, el causante ya no tenía ninguna relación con

la señora Chitiva Cruz, por tanto, la convivencia se prueba desde el **27 de abril de 1957 al 9 de septiembre de 1984**, es decir, que convivieron por 27 años, 4 meses y 13 días. Siendo claro que, en este caso, aunque no se probó que la sociedad conyugal se haya disuelto, si se probó la separación de hecho.

Monto de la pensión de sobreviviente

El inciso 4° del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003 establece que si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

Conforme a lo anterior, es necesario verificar cuál es el porcentaje que le corresponde tanto a la demandante como a la tercera ad excludendum, como quiera que ambas apelaron dicho punto.
Teniendo en cuenta que el monto de la pensión es proporcional al tiempo convivido, encuentra la Sala que la suma de ambas convivencias arroja la suma de 17.466 días, por tanto, se procede a realizar la regla de tres, de la siguiente manera

Pensión de sobreviviente Tiempo convivido 17.466 días	
María Cenelia Orozco Salazar Tiempo convivido 7613 días 17.466----------100% 7613 -------- x X= 43.59%	**María de Jesús Chitiva Beltrán** Tiempo convivido 9853 días 17.466----------100% 9853 -------- x X= 56.41%

Por tanto, se modificará ligeramente el porcentaje que corresponde recibir tanto a la demandante, que será de un 43.59%, como a la tercera ad excludendum que le corresponderá un 56.41% de un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente.

Excepción de Prescripción en relación con la señora María Cenelia Orozco Salazar

Efectivamente como lo indica la apoderada de la señora María Cenelia Orozco Salazar, la primera reclamación que radicó ante Colpensiones solicitando la pensión de sobreviviente aquí deprecada no fue la del 14 de abril del 2015, como lo dijo la falladora de primera instancia, sino del 11 de octubre del 2013, conforme se evidencia en la Resolución GNR 89473 del 14 de marzo del 2014, la cual se allegó dentro del expediente administrativo (fol. 216).

Por tanto, se entiende que la prescripción se interrumpió con la reclamación del 11 de octubre del 2013 y teniendo en cuenta que radicó la demanda el 23 de septiembre del 2015, conforme aparece a folio 56, es claro que se debe declarar probada parcialmente

la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al **11 de octubre del 2010**, conforme lo dispone el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

El artículo 141 de la ley 100 de 1993, establece que a partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el caso de las mesadas pensionales de que trata dicha Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Frente a los intereses moratorios, nuestra CSJ en la sentencia bajo el radicado N° 33.399 del 21 de septiembre del 2010 reiterada en la SL 186-2020 fue clara al señalar que no proceden en los casos en que la entidad de seguridad social a cargo del pago tiene una seria duda y razonable surgida de la controversia entre posibles beneficiarios que se disputan la titularidad del derecho.

Por tanto, en el presente caso no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios, pues para el momento en que la demandante le solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ya había sido reconocida a la tercera ad excludendum mediante la Resolución N° 015167 del 11 de abril del 2007.

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria se ordenará que Colpensiones pague de manera indexada cada una de las mesadas pensionales desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago.

Excepción de compensación

En este punto cumple anotar que, que la entidad de Seguridad Social propuso la excepción de compensación como quiera que señora María de Jesús Chitiva Cruz ha venido recibiendo la prestación aquí deprecada en un 100%.

El medio exceptivo en mención solo tiene alcance en relación con la señora María de Jesús Chitiva Cruz, en tanto es la única que ha venido recibiendo la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Ancizar Cruz Garibello, en un porcentaje superior al que le corresponde, pues únicamente tiene derecho al 56.41% de la prestación en discusión, desde el 1° de noviembre del 2005.

De acuerdo a lo anterior, habrá de declararse probada la excepción de compensación propuesta por Colpensiones en relación con la señora María de Jesús Chitiva Cruz, por tanto, se autorizará a la entidad pensional para que haga los descuentos a que hubiere lugar, sobre la proporción de la pensión que le corresponde a la señora Chitiva Cruz y hasta tanto recupere los dineros que en exceso fueron recibidos desde el 1° de noviembre del 2005; razón por la cual se confirma este punto de la sentencia proferida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1.1. de la sentencia proferida el 14 de marzo del 2019, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MARÍA CENELIA OROZCO SALAZAR, la pensión de sobreviviente en un 43.59% de un salario mínimo mensual legal vigente a partir del **11 de octubre del 2010**, ante el fallecimiento del señor Ancizar Cruz Garibello.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 1.2. de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MARÍA DE JESÚS CHITIVA, la pensión de sobreviviente en un 56.41% de un salario mínimo mensual legal vigente, ante el fallecimiento del señor Ancizar Cruz Garibello.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva Voto Parcial

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***NELSON GUSTAVO SÁNCHEZ HERRERA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-39-2017-00256-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN COLPENSIONES Y CONSULTA EN SU FAVOR***
TEMA:	***PENSIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO – PELDAR DECRETO 2090 DEL 2003***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nelson Gustavo Sánchez Herrera presentó demanda ordinaria en contra de Colpensiones con el fin de que se declare que durante toda su vida logró aportar al ISS hoy Colpensiones 1500 semanas; que laboró para la empresa CRISTALERIA PELDAR S.A. estando expuesto a sustancias altamente cancerígenas. Como consecuencia, solicita se condene a Colpensiones a reconocer y pagarle una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo bajo los parámetros del Decreto 2090 del 2003, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 8 de abril de 1961; que laboró en la empresa SANCIA LTDA desde el 26 de noviembre de 1984 al 31 de julio de 1986 en donde estuvo afiliado al ISS; que fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido por la empresa CRISTALERIA PELDAR S.A. en la cual desempeñó el cargo de oficios varios en el Área de Materias Primas desde el "17 de marzo de 1990 al 11 de marzo de 1990" (sic), que el 12 de marzo de 1990 fue promovido al oficio de chofer hasta el 31 de enero del 2010; que posteriormente fue trasladado como selector varios desde el 1° de febrero del 2010 al 2 de enero del 2015 fecha en que de manera voluntaria se dio por terminado el contrato de trabajo; que laboró para CRISTALERIA PELDAR S.A.

30 años, 1 mes y 19 días; que desarrolló sus labores en el área de materia prima; que estuvo expuesto y en contacto con las materias primas utilizadas en la fabricación del vidrio comprobadas como cancerígenas (asbesto, sílices, cadmio, polvos de caliza, etc); que la ARL SEGUROS BOLIVAR certificó que la empresa CRISTALERIA PELDAR se encuentra en riesgo iv; que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión especial deprecada, sin obtener una respuesta favorable; que CRISTALERIA PELDAR pago a Colpensiones los puntos en la cotización que le hacían falta; que es beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 del 2003 y que se allegan los estudios realizados en la CRISTALERIA PELDAR S.A-.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 348), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez contemplada en la Ley 100 de 1993. Indica que labor desempeñada por el demandante no se encuentra dentro de las actividades establecidas en el Decreto 2090 del 2003, por lo que no se le puede reconocer una pensión especial de vejez. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe y la genérica. (fol. 350 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de febrero del 2019, en la que la falladora de primera instancia condenó a Colpensiones a pagar al actor la pensión de vejez causada a partir del 1° de febrero del 2015 en cuantía inicial de $2’937.398,92 por 13 mensualidades, con los reajustes anuales, condenar a Colpensiones a pagar el retroactivo generado por las mesadas causadas entre el 1° de febrero del 2015 (no lo cuantificó); condenó a pagar intereses moratorios a partir del art. 141 de la Ley 100 de 1993; declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 386)

Su decisión se basó en que la pensión del actor debe ser estudiada bajo los parámetros del Decreto 2090 del 2003 como quiera que contrario a lo dicho por el actor no cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición que consagra dicha normatividad. Que desempeñó los siguientes cargos: (i) labores varias; (ii) chofer y manejo de materias primas y (iii) selector todas en el área de materias primas. Que se demostró conforme a los estudios que estuvo expuesto durante toda la relación laboral a sustancias que se encontraban en el ambiente altamente cancerígenas. Que si bien no se probó que la empresa CRISTALERIA PELDAR haya pagado los puntos adicionales en la cotización, lo cierto es que como lo ha indicado la CSJ, esto no es óbice para negarle la pensión al actor. Que el actor cuenta con 700 semanas especiales en actividades de alto riesgo. Que cumplió los 55 años de edad el 8 de abril del 2006; año para el cual la ley 797 exigía 1075 semanas y para esa fecha el actor tenía 1076. Que teniendo en cuenta que alcanzó a cotizar 1500 semanas la edad para pensionarse disminuyo a 50 años. Sin embargo, la pensión puede entrar a disfrutarla a partir del 1° de febrero del 2015, fecha para la cual se realizó la última cotización y se entiende desafiliado del sistema. Que su pensión se liquida conforme al art. 21, con una tasa de reemplazo del 68%, lo cual arroja una mesada inicial de $2’937.398,90, la cual deberá pagarse en 13 mesadas, junto con los intereses moratorios a partir del 31 de julio del 2015, es decir, 4 meses después de haberse elevado la solicitud. Se declara no probada la excepción de prescripción como quiera que no alcanzó a transcurrir más de 3 años.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión **Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que (i) no se evidencia el pago de la cotización de alto riesgo; (ii) que no se evidencia que las labores

desempeñadas por el actor estén entre las enlistadas en el Decreto 2090 del 2003 y (iii) que es evidente que el actor no es beneficiario del régimen de transición.

6. Alegatos Colpensiones. Indicó que el actor en su historia laboral no presenta reflejadas cotizaciones de alto riesgo como para poder ser beneficiario de la pensión especial de vejez. Que puede que a la empresa CRISTALERÍA PELDAR S.A. para la que el demandante laboró se le haya realizado estudios relacionados con el riesgo de las mismas, pero es menester destacar que las funciones que desempeñaba el señor SÁNCHEZ HERRERA, no están catalogadas como actividades de alto riesgo de acuerdo a lo establecido por el artículo 2 del Decreto 2090 de 2003. Finalmente, señala que el actor no cumple los requisitos para acceder a una pensión especial de alto riesgo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente. Y se conocerá en consulta en su favor en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

El **problema jurídico principal** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo? Para cuya determinación se abordarán los siguientes problemas jurídicos secundarios: (i) ¿Cuál es la normatividad aplicable? (ii) ¿Demuestra los requisitos para acceder a la pensión especial?, en caso afirmativo, (iii) ¿A partir de cuándo se debe reconocer la pensión?; (iv) ¿La acción para reclamar el derecho se encuentra afectada con el fenómeno de la prescripción?; (v) ¿A cuánto asciende el retroactivo adeudado? y (vi) ¿Se debe condenar al pago de intereses moratorios?

Normatividad aplicable

La normatividad que rige la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo es la vigente al momento de cumplir los requisitos de tiempo y edad. (criterio expuesto por la CSJ en la sentencia SL 12301-2016).

En el presente caso, no se discutió que la normatividad aplicable al actor era el Decreto 2090 del 2003 *"Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades".*

Es necesario señalarle al apoderado de Colpensiones que no es de recibo el argumento expuesto al sustentar el recurso de apelación en el que señala que se debe declarar que el actor no es beneficiario del régimen de transición, como quiera que el fallador de primera instancia en ningún momento señaló que lo fuera, por el contrario fue claro al indicar que la pensión del actor se debía estudiar al amparo del Decreto 2090 del 2003, por no cumplir con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que si bien no fue punto de apelación, la Sala evidencia, una vez revisado el expediente, que acertó el A quo cuando señaló que la única normatividad aplicable al actor era el Decreto 2090 del 2003. Veamos porque:

(i) El actor no era beneficiario del **régimen de transición contenido en el artículo 6° del Decreto 2090 del 2003** declarado exequible por la sentencia C 922 del 2007, pues para ser acreedor de dicho régimen, era necesario que a su entrada en vigencia el 26 de julio del 2003, el actor contara con 500 semanas de cotización especial y además, cumpliera los requisitos del art. 36 de la Ley 100 de 1993, que no son otros que haber cumplido para el 1° de abril de 1994, 40 años de edad por se hombre o 15 años de cotización.

a) semanas especiales de cotización

El actor cuenta con este requisito pues para el 26 de julio del 2003, contaba con 859.18 semanas especiales.

b) requisitos art. 36 de la Ley 100 de 1993

Requisitos que no cumple el actor, pues al 1° de abril de 1994 únicamente contaba con 32 años de edad, como quiera que nació el 8 de abril de 1961, como da cuenta la fotocopia de su cédula, visible a folio 13 y sólo había cotizado por 8 años, 5 meses y 9 días, conforme aparece en la historia laboral allegada en el expediente administrativo visible a folio 366.

(ii) Tampoco puede hablarse de que a la entrada en vigencia del Decreto 2090 del 2003 el actor tuviera un **derecho adquirido bajo el Decreto 1281 de 1994** como quiera que esa normatividad exigía para acceder a la pensión especial de alto riesgo contar con 500 semanas de cotización especial y adicionalmente, haber cumplido 55 años de edad y tener un total de 1000 semanas de cotización.

a) semanas de cotización especial

El actor cuenta con este requisito pues para el 26 de julio del 2003, contaba con 859.18 semanas especiales.

b) edad

Este requisito no lo cumple el actor, pues para el 26 de julio del 2003 sólo contaba con 42 años de edad, pues se reitera nació el 8 de abril de 1961, como da cuenta la fotocopia de su cédula visible a folio 13.

c) Semanas cotizadas

Tampoco cumple este requisito pues para el 26 de julio del 2003 sólo había cotizado 912.75 semanas.

(iii) No cumple los requisitos para ser **beneficiario del régimen de transición contenido en el art. 8° del Decreto 1281 de 1994**, el cual establece que tendrán derecho a pensionarse con la normatividad anterior, quienes a la entrada en vigencia de dicho Decreto el 2 de junio de 1994 contara con 40 años de edad siendo hombre y 15 años de servicio, los cuales como se dijo no cumple el actor, pues únicamente contaba con 32 años de edad, por haber nacido el 8 de abril de 1961, como da cuenta la fotocopia de su cédula visible a folio 13 y sólo había cotizado por 8 años, 5 meses y 9 días, conforme aparece en la historia laboral allegada en el expediente administrativo visible a folio 366.

Relación laboral

No fue motivo de discusión, pues fue aceptado desde la contestación de la demanda, que el demandante NELSON GUSTAVO SÁNCHES HERRERA trabajó al servicio de Cristalería Peldar S.A. entre el **17 de diciembre de 1986 al 2 de enero del 2015** en la planta de Envigado- Antioquia, desempeñando los cargos de "labores varias", "chofer" y "Selector varios", lo cual además se corrobora con la certificación expedida por la Coordinadora de Recursos Humanos de CRISTALERIA PELDAR S.A., visible a folio 14 y s.s. y 17 y s.s. del expediente.

Pensión especial por actividades de alto riesgo -Decreto 2090 del 2003-

La Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T 315 del 2015 señaló que la pensión especial de vejez para actividades de alto riesgo fue diseñada para amparar el riesgo de vejez que corren los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida que ejercen permanentemente una labor que, por la peligrosidad que le es inherente e independientemente de las condiciones en las que se ejecute, les ocasiona un desgaste orgánico prematuro, reduciendo su expectativa de vida saludable u obligándolos a retirarse de las funciones laborales que desempeñan.

En cuanto al ámbito de aplicación del Decreto 2090 del 2003, en su artículo 1° se señala que se aplica a todos los trabajadores que laboren en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

En su artículo 2° se señaló de manera taxativa que actividades se consideran de alto riesgo para la salud de los trabajadores entre las que se encuentran los **trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.**

En su artículo 3° se dispuso que los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

El artículo 4° estableció como requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por actividades alto riesgo (i) Haber cumplido 55 años de edad y (ii) Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala que el demandante para acceder a una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo debía probar lo siguiente:

(i) Haber desarrollado una actividad de alto riesgo
(ii) Cotizar o laborar 700 semanas en actividades de alto riesgo
(iii) Tener cumplidos 55 años de edad
(iv) Cumplir las semanas mínimas exigidas para acceder a una pensión de vejez en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003

Frente a los anteriores requisitos la Corte Constitucional en la sentencia precitada señaló que *"En el régimen actual, el monto de la pensión especial de vejez y sus características generales son iguales a las de la pensión ordinaria. Tanto así que ambas exigen el mismo mínimo de semanas cotizadas. Según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[1] y el artículo 4º del Decreto 2090 de 2003, la persona interesada en jubilarse debe haber aportado mil doscientas veinticinco (1225) semanas para el dos mil doce (2012), mil doscientas cincuenta (1250) para el dos mil trece (2013), mil doscientas setenta y cinco (1275) para el dos mil catorce (2014) y mil trescientas (1300) para el dos mil quince (2015). 5.6. Sin embargo, el régimen especial de vejez se diferencia del ordinario en dos (2) aspectos. Primero, disminuye el requisito de edad y, segundo, exige un monto de cotización más alto."*

El art. 5° del Decreto 2090 del 2003 establece que el monto de la cotización especial para actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993 más 10 puntos adicionales a cargo del empleador.

Frente a los puntos adicionales en la cotización tanto la CSJ en su Sala de Casación Laboral (CSJ SL 1196-2020 que reiteró la CSJ SL 38948, 29 may. 2012, y CSJ SL9013-2017, que reiteró las CSJ SL398-2013 y CSJ SL398-2013) como la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia precitada, tienen por sentado que si el empleador omite realizar el pago de este porcentaje adicional, o si se retrasa en su pago, el trabajador no tiene por qué sufrir las consecuencias negativas de dicha omisión, señalando que al empleado se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual y no resulta justo que se vea privado de la pensión por una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a su empleador en los términos del artículo 22 de la Ley 100 de 1993[2], y por la cual éste debe responder. Por consiguiente, si el empleador no cancela a tiempo la cotización especial, la entidad administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el solicitante debe asumir la obligación pensional, no pudiendo excusarse en la omisión del empleador porque la legislación nacional le ha otorgado diversos mecanismos para cobrar y sancionar la cancelación extemporánea de dichos aportes.

Sentado lo anterior, procede la Sala a revisar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo en virtud de los parámetros del Decreto 2090 del 2003, así:

Haber desarrollado de actividades de alto riesgo

El demandante al presentar su escrito de demanda manifiesta que se laboró como trabajador de la CRISTALERIA PELDAR S.A. desempeñando los cargos de labores varias, chofer y selector varios, en los cuales estuvo expuesto a sustancias altamente cancerígenas.

Lo primero, que debe indicarse es que como ya se dijo la actividad con exposición a sustancias altamente cancerígenas está catalogada como una actividad de alto riesgo dentro de las enlistadas taxativamente en el Decreto 2090 del 2003.

[1] Por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

[2] El artículo 22 de la Ley 100 de 1993 "El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. || El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador".

Haber estado expuesto a sustancias altamente cancerígenas

Como medios de prueba obran en el expediente para demostrar que el actor estuvo expuesto durante su relación laboral con la CRISTALERIA PELDAR a sustancias altamente cancerígenas se allegó lo siguiente:

(i) Certificación de la Coordinadora de Recursos Humanos de CRISTALERIA PELDAR S.A. del 28 de julio del 2016 en la que señaló que el actor prestó sus servicios así: (fol. 14 y s.s.)

- **Labores varias del 17 de diciembre de 1986 al 11 de marzo de 1990**
  "Responsable por realizar todos los oficios que le sean asignados en el área de Materia Primas, tales como: movimientos de piedra, arena, feldespato, dolomita, soda y en general todas las materias primas. Hacer aseo en silos, bodegas, bandas transportadoras. Recibir casco y transportarlo al silo. Controlar la subida de materias primas, ayudar a hacer las mezclas del decolorante y preparados para mezclas, auxiliar a los pesadores, recoger y retirar de los sótanos el casco, lavar piedra, arena y pirita y la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimientos de materiales.
  Labor que realizaba sin exposición al calor durante el turno de 8.0 horas.
  Con qué lo realizó: Con las manos, escobas, traperos, palas, movimientos de materias primas.
  Sitio donde se realizaba la labor: En el área de Materias Primas.
  Materiales y Máquinas en ese lugar: Materias primas, molinos, bandas transportadoras para cargar o alimentar los hornos, tamizadoras."

- **Chofer del 12 de marzo de 1990 al 31 de enero del 2010**
  "Responsable por el manejo y conducción de toda clase de vehículos camiones, volquetas, buses, automóviles etc., utilizadas para el transporte de materiales, productos o personal. Debe cumplir todas las labores que origina una actividad de transporte como por ejemplo ***entregar, recoger, verificar cantidad o estado de la carga al recibir o entregar****, obtener los comprobantes o facturas que sean necesarios según cada caso.*
  Responsable de controlar las condiciones mecánicas del vehículo que se le asigne, velar porque se cumplan los requisitos de mantenimiento, lubricación, revisiones de rutina y por la conservación en buen estado. Debe cumplir todos los requisitos y normas establecidas por las autoridades de tránsito. Su trabajo puede realizarlo interna y/o externamente.
  Con qué lo realizó: Con las manos, vehículos automotores.
  Sitio donde se realiza la labor: Por lo general en el área de Materias Primas.
  Materiales y Máquinas en ese lugar: Maquinaria pesada, vehículos automotores y materia prima."

- **Selector varios del 1° de febrero del 2010 al 2 de enero del 2015**
  "Responsable por la correcta selección y empaque de producción, de tal manera que garantice que la producción empacada reúna las características de calidad, tolerancias y especificaciones requeridas por el cliente, lo cual implica armar cajas con avisperos, revisar y seleccionar la producción, calibrar, desechar la imperfecta, empacar la que llene los requisitos exigidos, pegar las cajas, tiquetearlas, colocarlas en conveyor o arrumarlas.
  Labor que realizaba sin exposición al calor durante el turno de 8.0 horas.
  Con qué lo realizó: Visual y manualmente, para luego empacar la producción.
  Sitio donde se realizaba la labor: En el área de Selección Envases.
  Materiales y Máquinas en ese lugar: Envases de vidrio, archas, empaques que se hacían en cajas de cartón o con avisperos, estibas de madera."

(ii) Certificación de la Administradora de Riesgos Laborales de la Compañía Seguros Bolívar S.A. en la que certifica que:

"La empresa CRISTALERIA PELDAR S.A con NT 890900118, se encuentra amparada en caso de accidente de trabajo y enfermedad Laboral según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias, por el contrato de Riesgos Laborales 1000511194104. La(s) persona(s) que se relaciona(n) a continuación se encuentran en nuestra Base de Datos de la siguiente manera:

Tipo Dcto	Número Documento	Nombre del Empleado	Centro de Trabajo	Clase	Fecha de inicio cobertura	Fecha de Retiro
CC	3102434	NELSON SANCHEZ HERRERA	PLANTA ENVIGADO	4	01/09/2011	02/01/2015

Es necesario recordar que conforme al artículo 26 del Decreto 1295 de 1994, reglamentado por el art. 2.2.4.3.5. del Decreto 1072 del 2015 la Clase 4 corresponde a Riesgo Alto.

(iii) Certificación del Director de Recursos Humanos de CRISTALERIA PELDAR S.A. en la que indica que con base en los diagnósticos de peligros y riesgos (panorama de factores de riesgo) que la empresa ha elaborado en las distintas épocas de la misma, se relacionan los riesgos ocupacionales a los cuales ha estado expuesto el actor durante la relación laboral: (fol. 17 y s.s.)

Area: Materias Primas / Conductor / Selección	
GRUPO DE FACTOR DE RIESGO	**RIESGOS OCUPACIONALES**
ELECTRICOS	Contacto directo o indirecto con electricidad
ERGONOMICO	Fijación visual permanente
ERGONÓMICO	Sobreesfuerzos cuando el cuerpo no se encuentra en los ángulos de confort y no se cumplen los límites permisibles en cargas
ERGONOMICO	Movimientos repetitivos de miembros superiores.
ERGONÓMICO	Adopción de posturas sostenidas sentado
ERGONOMICO	Levantamiento y transporte manual de cargas
FÍSICO	Exposición a Calor Radiante
FÍSICO	Exposición a Ruido
FÍSICO	Exposición a Calor radiante
FISICO	Carencia de iluminación
FÍSICO	Vibración cuerpo entero y mano-brazo
FÍSICO	Exposición a radiación solar
FISICOS-QUIMICOS	Incendios
FÍSICOS-QUÍMICOS	Explosiones
LOCATIVO	Falta de orden y aseo
LOCATIVO	Estructuras, plataformas y escaleras en mal estado
LOCATIVO	Almacenamiento de insumos Inadecuadamente
LOCATIVO	Pisos y superficies lisas
MECÁNICO	Atrapamiento por partes en movimiento
MECÁNICO	Contacto con objetos o superficies calientes
MECANICO	Caídas al mismo nivel
MECANICO	Caídas a diferente nivel
MECÁNICO	Contacto con objetos corto punzantes
MECANICO	Atropellamiento por equipos móviles
MECÁNICO	Golpeado contra estructuras que sobresalen
MECÁNICO	Proyección de partículas de vidrio o sólidas.
MECÁNICO	Golpeado por objetos o mecanismos
MECANICO	Cortes y laceraciones por elementos corto-punzantes
MECANICO	Caída de objetos o materiales
QUIMICO	Exposición a Contacto con productos químicos
QUIMICO	Exposición a Gases y vapores
QUIMICO	Exposición a material particulado y polvos
QUIMICO	Exposición a humos metálicos

QUÍMICO	Contacto con sustancias químicas (grasas, lubricantes)

(iv) Correspondencia interna del Director de Relaciones Industriales al Superint. Formación V. Plano de la Planta de Cogua en Septiembre 23 de 1987, en el que se indica que es muy importante el uso de mascarilla protectora para el personal que maneja o trabaja con asbesto, pues el no uso de la mascarilla protectora conlleva a enfermedades como ASBESTOSIS, la cual puede terminar en tumor maligno en los pulmones. (fol. 91)

(v) Estudio realizado por el Instituto de Seguros Sociales en el año 1988 denominado "ESTUDIO AMBIENTAL DE POLVO" (fls. 101 y s.s.) en el que se concluyó que en todas las secciones de la planta existen sustancias en el aire (arena, feldespato, caliza, soda, barita, dolomita y demás materias primas) que superan los límites permitidos, a los que todos los trabajadores pueden exponerse día tras día.

(vi) Estudio realizado en el año 1992 por el Instituto de Higiene ambiente y salud Ltda. en la Planta Cogua de la Cristalería Peldar S.A. que igualmente arrojó como conclusión que todos los trabajadores de la planta estaban expuestos a las sustancias comprobadamente cancerígenas como sílice y asbesto. (fol. 121 y s.s.)

(vii) Estudio realizado por el grupo Férguson en Zipaquirá en septiembre de 1991 a abril de 1992, en el que se señaló que la materia prima principal para la elaboración del vidrio es la arena sílice, además de la caliza, selenio, dolomita, azufre, berilio, pirita, asbesto, arcilla, sulfato, magnesita, ácido sulfúrico, amoniaco, hidróxido de sodio, cloruro de estaño, sulfato de cobro, benceno, plomo, cadmio, tolueno, circonio, nitrato de plata, entre otros muchos materiales; allí se señaló que casi sin excepción todas las sustancias utilizadas causan alteración en el organismo humano bien sea temporales o permanentes; se determinó que el aparato del cuerpo más lesionado con estos materiales es el respiratorio, seguido del digestivo y el osteomuscular y se determinó la exposición de manera directa de ciertos empleados y de manera indirecta de otros que no trabajaban directamente expuestos a las sustancias comprobadamente cancerígenas, circunstancia que potencialmente podría afectar su salud. (fol. 156 y s.s.)

(viii) Estudio realizado en el año 1994 por el Instituto de Higiene ambiente y salud Ltda en la Cristalería Peldar S.A. que concluyó que los polvos generados en los procesos y operaciones de la Planta Peldar presentan concentraciones de Silice libre lo cual es considerado como de alto riesgo higiénico sanitario y que en todas las muestras analizadas el valor hallado para Polvos Totales y fracción respirable supera el máximo permisible. (fol. 208 y s.s.)

(ix) La ARP SURATEP realizó un estudio ambiental de la planta de Zipaquirá de Peldar S.A. en el año 1996 (fls. 240 y s.s.) el cual arrojó como resultado en el área de materias primas que las concentraciones determinadas en el área varían mucho dependiendo, entre otros aspectos, de las condiciones climáticas, de la cantidad y el tipo de materia prima que se reciba y de los métodos de trabajo individuales, por lo que se puede analizar en algunos oficios lo siguiente: "*OPERARIO LABORES VARIAS: Este 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 menos utiliza equipos de protección. Durante el desarrollo de esta labor, el trabajador se encuentra expuesto a diferentes materiales, por lo que se optó por evaluarle en esta fase de la asesoría por parte de SURATEP material particulado total.".* En este estudio se concluyó que, en el área de materias primas durante el funcionamiento normal de las diferentes secciones, se superan los límites permisibles

recomendados en nuestro país, lo que representa un riesgo aparente para la salud del personal expuesto.

La misma ARP realizó otras evaluaciones ambientales en PELDAR S.A. para los años 2001, 2003 y 2004 (fls. 306 y s.s.) en el que se concluyó que los procesos generales de fabricación de la empresa se basan entre otras materias primas en sílice, arcilla, calizas y polvos alcalinos que se presentan en forma de finas partículas de polvo que generan riesgo para la salud de los trabajadores cuando están suspendidas en el aire, además, de asbesto, arsénico, benceno, tolueno, entre otros.

De los informes a que se ha hecho referencia, los cuales no fueron tachados, ni desconocidos por Colpensiones, queda al descubierto que no sólo la salud de los trabajadores que estaban directamente expuestos a las citadas sustancias se encontraba en riesgo, sino que aún la de los trabajadores que no tenían contacto directo con ellos podían estar en peligro.

Así las cosas, por sus funciones de oficios varios, más tarde de chofer (en la cual debía entregar, recoger, verificar la cantidad o estado de la carga al recibir o entregar) y de selector varios todas desarrolladas en el área de materia prima, es claro que el demandante estaba dentro de los trabajadores con contacto directo con las materias primas peligrosas, por lo que se encontraba expuesto constantemente a ciertos niveles de toxicidad emanados de los materiales citados, muchos de los cuales, como lo determinaron los estudios, se encontraban presentes en el ambiente, suspendidos en el aire, encontrándose en el aire sustancias comprobadamente cancerígenas, específicamente el asbesto y el sílice, los cuales de acuerdo a sus características se encuentran de manera libre en el ambiente de dicha empresa, ubicándose en el organismo del actor y de todos los trabajadores; por lo que se concluye que el demandante estaba expuesto de manera directa a estas sustancias que permanecen suspendidas en el ambiente y que el actor aspiró durante más de 28 años que estuvo vinculado a la empresa, por lo que para la Sala no hay duda que durante todo su vínculo laboral, el actor sí estuvo expuesto a sustancias cancerígenas, tal y como lo indicó el A quo.

Haber cotizado o laborado 700 semanas en actividades de alto riesgo

Al revisar la historia laboral del actor allegada en el expediente administrativo visible a folio 366 se evidencia que el actor cotizó a través del empleador CRISTALERIA PELDAR S.A. 1446.73 semanas, es decir, que cuenta con más de las 700 semanas exigidas en actividades de alto riesgo que exige el Decreto 2090 del 2003.

Haber cumplido 55 años de edad

El demandante nació el 8 de abril de 1961, como da cuenta la copia de su registro civil de nacimiento visible a folio 12 y la fotocopia de su cédula de ciudadanía allegada a folio 13, por lo que cumplió los 55 años de edad, el mismo día y mes del año 2016 y no del año 2006, como equivocadamente lo dijo el fallador de primera instancia.

Haber cotizado el número mínimo de semanas exigidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, exige a partir del año 2015, para acceder a una pensión de vejez haber cotizado 1300 semanas requisito que también cumple el señor Sánchez Herrera, pues al revisar la historia laboral visible a folio 366 (Exp. Adtivo.) se evidencia que el actor logró cotizar un total de 1500.14 semanas.

Disminución de la edad

De conformidad con el inciso 3° del art. 4° del Decreto 2090 del 2003 la edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Para el año 2016 como ya se dijo se exigían 1300 semanas, teniendo en cuenta que el actor logró cotizar 1500 semanas de las cuales 1446 semanas fueron en actividades de alto riesgo, es claro, que se puede disminuir 2 años, es decir, que tenía derecho a pensionarse al cumplimiento de los 53 años de edad.

En consecuencia, el actor tenía derecho a que se le reconociera una pensión de vejez especial por haber desarrollado actividades de alto riesgo, la cual se causó el 8 de abril del 2014.

Disfrute de la pensión

Como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, para empezar a disfrutar de la pensión es necesaria la desafiliación del sistema; lo cual es diferente a la causación que se consolida cuando el afiliado cumple con los requisitos para acceder a una pensión.

En el presente caso, revisado el detalle de pagos de la historia laboral allegada a folio 366 dentro del expediente administrativo, se evidencia que el empleador pasó la novedad de retiro para el ciclo de enero del 2015, por lo que puede el actor entrar a disfrutar de su pensión a partir del 1° de febrero del 2015, tal y como lo señaló el a quo.

Monto de la pensión

El artículo 7° del Decreto 2090 del 2003, señala que en lo no previsto en dicho Decreto para las pensiones especiales se aplican las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 del 2003 y sus decretos reglamentarios.

Por lo que para liquidar la pensión especial debemos remitirnos al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que establece que el IBL se liquida con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante a los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo cuando haya cotizado más de 1250 semanas como ocurre en el presente caso. Para establecer la tasa de reemplazo nos remitimos al art. 34 ibidem.

Una vez revisada la liquidación efectuada por el fallador de primera instancia, visible a folio 390 se evidencia que el IPC que se tomó no es el correcto, pues al reconocerse la pensión a partir del año 2015, se debía tomar para actualizar el salario el IPC de diciembre del 2014 que corresponde a 118.15 y no 138.85 como lo hizo el A quo.

Por tanto, se procede a liquidar nuevamente la pensión del actor la cual se anexa al expediente encontrando que el actor tiene derecho a que se le reconozca una mesada inicial en cuantía de **$2’504.421.72** para el año 2015. Suma inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica teniendo en cuenta que el presente proceso se está conociendo también en consulta en favor de Colpensiones.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 CPT y de la SS, pues la pensión se reconoce a partir del 1° de febrero del 2015 y la demanda se radicó el 5 de mayo del 2017 como da cuenta el acta individual de reparto visible a folio 344.

Retroactivo pensional

Al realizar los cálculos correspondientes se encuentra que Colpensiones adeuda al actor la suma de **$207'691.159,34** por las mesadas causadas entre el 1° de febrero del 2015 y el 30 de septiembre del 2019. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

De conformidad con el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9º de la Ley 797 de 2003 debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud.

En el presente caso, encuentra la Sala que el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión el 30 de marzo del 2015, fecha para la cual ya cumplía los requisitos para acceder a la pensión especial deprecada, por lo que la entidad de Seguridad Social tenía hasta el 30 de julio del 2015 para reconocer la pensión y como no lo hizo, los intereses moratorios comienzan a correr a partir del 31 de julio del 2015.

Es necesario señalar que si bien el a quo acertó al indicar que los intereses moratorios corrían desde el 31 de julio del 2015 como se escucha en el audio de la audiencia, lo cual corrigió en la parte resolutiva de su sentencia, en el acta que se imprimió no se hizo la corrección realizada por el fallador de primera instancia, lo cual deberá tenerse en cuenta al momento en que se pretenda ejecutar, siendo claro que lo que vale es el audio de la audiencia conforme al art.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 12 de febrero del 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor NELSON GUSTAVO SÁNCHEZ HERRERA una mesada inicial para el año 2015 de $2'504.421,72, la cual deberá reajustarse anualmente.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 12 de febrero del 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor NELSON GUSTAVO SÁNCHEZ HERRERA la suma de

$207’691.159,34 por las mesadas causadas entre el 1° de febrero del 2015 y el 30 de septiembre del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

TERCERO.CONFIRMAR en todo lo demás

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***BLANCA PATRICIA SICARD SICARD***
DEMANDADO:	***SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINA S.A. Y OTROS***
RADICACIÓN:	***1100131050-13-2017-00255-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y COLEGIO COLOMBO AMERICAN SCHOOL, COLEGIO JONATHAN SWIFT Y CONSULTA EN FAVOR DE COLPENSIONES***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO Y PENSIÓN DE VEJEZ***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

Se advierte que fue aportado al expediente escrito del 9 de marzo del 2020, mediante el que el apoderado del COLEGIO CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL manifiesta que desiste del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida en primera instancia. (fol. 429)

El artículo 316 del Código General del Proceso establece que *"Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido".*

Conforme a lo anterior, **SE ACEPTA EL DESISTIMIENTO** del recurso presentado el apoderado del COLEGIO CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL, quien cuenta con facultad expresa para este fin, conforme se observa en el poder visible a fl. 116, y de conformidad con el artículo 316 del C. G. del P., se le condena en costas en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE ($200.000).

A continuación, se procede a conocer de las restantes apelaciones presentadas.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Blanca Patricia Sicard Sicard instauró demanda ordinaria contra COLEGIO **CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL S.A**., COLEGIO SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINA S.A., COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. y COLPENSIONES.

Solicitó se condene a Colpensiones como pretensión principal se le reconozca y pague una pensión de jubilación bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias solicitó se le reconozca una pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 o con la norma que más le favorezca junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas y las costas del proceso. Igualmente, solicita se condene a COLPENSIONES a realizar el cobro coactivo a los empleadores COLEGIO CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL S.A., COLEGIO SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINA S.A., COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. del valor de los aportes a pensión que registran mora patronal.

Como fundamentos facticos de sus pretensiones señaló que nació el 28 de junio de 1955, por lo que cuenta con más de 60 años de edad; que laboró en el sector público y en el privado en donde realizó aportes a pensión; que siempre se ha desempeñado como docente; que laboró para la Alcaldía Mayor de Bogotá del 18 de agosto del 2004 al 11 de julio del 2010, en la Universidad Pedagógica Nacional del 1° de marzo del 2014 al 6 de mayo del 2014, en la Sociedad Educacional Andina S.A. (Gimnasio los Andes) del 1° de enero de 1988 al 31 de diciembre de 1993, en el Colegio CAS Colombo American School del 1° de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995, en el Jardín Infantil Personitas de Hoy del 1° de julio de 1997 al 30 de noviembre de 1997 y del Colegio Jonathan Swift S.A.S. del 1° de enero de 1998 al 31 de agosto del 2004; que cumple con las semanas de cotización exigidas; que al revisar la historia laboral no le aparece cotizado todo el tiempo que laboró; que es beneficiaria del régimen de transición y que cumple los requisitos para acceder a una pensión; que cuenta con las 750 semanas exigidas en el Al 01 del 2005; que solicitó el reconocimiento de su pensión a Colpensiones sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 92), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de jubilación bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, pues no cumple con el requisito de los 20 años de servicio. Que tampoco cumple con los requisitos para accederá una pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, y la genérica. (fol. 108 y s.s.)

4. Contestación CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL S.A. Teniendo en cuenta que no subsanó las falencias que le señalaron en el auto que le inadmitió la contestación de la demandada. El fallador de primera instancia la tuvo por no contestada mediante auto del 27 de noviembre del 2017. (fol. 265 y s.s.)

5. Contestación COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. Contestó la demanda señalando que se opone a las pretensiones por cuanto ellas pueden generar alguna clase de condena en su contra. Que dicha institución pagó todos los aportes a pensión durante el tiempo que la demandante laboró para ellos. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, por haberse efectuado todos los aportes a pensión, la prestación reclamada le corresponde a Colpensiones y no a la demandada, prescripción de aportes, buena fe, abuso del derecho, temeridad y mala fe. (fol. 143 y s.s. y 267 y s.s. subsanación)

6. Contestación SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINA S.A. Contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones subsidiarias de segundo nivel que se dirigen contra ella, por no encontrar respaldo en los hechos y pretensiones, al abusar del derecho reclamándose acreencias que no le corresponden. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de las obligaciones reclamadas. (fol. 321 y s.s. y 376 y s.s.)

7. Fijación del litigio. En audiencia del 13 de noviembre del 2019 el fallador de primera instanció fijó el litigio en determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconozca la pensión pretendida y a establecer si sus empleadores demandados efectuaron todos los aportes pensionales durante el tiempo que duró la relación laboral.

8. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de noviembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia condenó a las demandadas COLEGIO CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL S.A., COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. y SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINA S.A. a pagar a Colpensiones los aportes a pensión adeudados. Condenó a Colpensiones a reconocer a la demandante una pensión de vejez "a partir del 28 de junio del 2010" en cuantía de un salario mínimo, más las mesadas adicionales y los reajustes de ley. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 18 de enero del 2014 y no demostrada las demás excepciones. (CD fol. 423)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación en que se probó que la demandante laboró para la SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINAS.A. del 1° de febrero de 1988 al 30 de noviembre de 1993 mediante un contrato de trabajo; sin embargo, señala que el empleador no pagó todos los aportes a pensión que estaban a su cargo, por lo que condenó a pagar a Colpensiones los aportes a pensiones por los ciclos de enero a julio y diciembre de 1988; enero, julio a diciembre de 1989, enero y diciembre de 1990; enero y diciembre de 1991; enero y diciembre de 1992; enero y diciembre de 1993.

En relación con el Colegio CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL S.A., señaló que se logró probar la existencia de un contrato de trabajo de enero de 1994 al 30 de diciembre de 1995 y se le ordenó pagar a Colpensiones los aportes a pensión por los ciclos de enero, febrero 1° al 18 de diciembre de 1994 y enero y diciembre de 1995.

En cuanto al Colegio JONATHAN SWIFT S.A.S. indicó que se había demostrado la existencia de una relación laboral con la demandante del 1° de enero de 1998 al 24 de agosto del 2004. Y señaló que debía pagar los aportes a pensión adeudados por los ciclos de julio de 1998; enero y diciembre de 1999; diciembre del 2000; enero y diciembre del 2001; enero, abril y diciembre del 2002; enero y diciembre del 2003 y enero del 2004.

Señaló que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pues a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contaba con más de 35 años de edad; que no se le debe aplicar el AL 01 del 2005 pues dejó causado el derecho a su pensión antes del 31 de julio del 2010. Que no alcanzó a cumplir los requisitos para acceder a una pensión bajo a los parámetros de la Ley 71 de 1988. Que cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 pues alcanzó los 55 años de edad el 28 de junio del 2010 y tenía más de 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad. Condenó a Colpensiones a pagar la pensión de vejez una vez los empleadores cancelen los aportes a pensión adeudados, sin embargo, al estudiar la excepción de prescripción, señaló que la accionante había interrumpido la prescripción a través de la reclamación del 18 de enero del 2017, por lo que se entendían prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 18 de enero del 2014. En cuanto a la deuda de aportes pensionales a la cual se condenó a los empleadores manifestó que era imprescriptible. Absolvió de los intereses moratorios señalando que no eran procedente, pues había sido claro al señalar que la pensión únicamente se reconocería una vez los empleadores pagarán los aportes adeudados.

9. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se debe condenar al pago de intereses moratorios desde el momento en que se reconoció la pensión.

El fallador de primera instancia lo interrumpe y le manifiesta que su petición no tiene consonancia con lo decidido pues la orden es que la pensión debe comenzar a pagarse una vez los empleadores paguen los aportes pensionales adeudados a Colpensiones.

Por lo que el apoderado de la parte demandante le manifiesta que entonces interpone recurso de apelación para que se le reconozca la pensión desde el momento en que se causó y los correspondientes intereses moratorios, pues no es el trabajador el llamado a soportar la carga por el incumplimiento de los empleadores.

10. Recurso de apelación. Inconforme con la anterior decisión, el **Colegio JONATHAN SWIFT S.A.S.** interpuso recurso de apelación argumentando que no se le puede condenar a pagar un aporte pensional por el ciclo de julio de 1998 cuando es la misma demandante quien al absolver el interrogatorio de parte confesó que inició a laborar en agosto de 1998. Que los aportes pensionales por los ciclos a los que fue condenado ya fueron pagados y se allegó con la contestación las planillas donde aparece el pago de dichos aportes, lo cual no fue tenido en cuenta por el fallador de primera instancia; que no se probó que Colpensiones haya realizado el respectivo cobro coactivo que le correspondía; que quien tenía la obligación de realizar el cobro de los aportes en mora no era la demandante sino Colpensiones; por lo que Colpensiones debe ser condenado a pagar la pensión a la demandante desde el momento en que se causó el derecho. Finalmente, señala que los aportes a pensión son parafiscales por lo que si prescriben en un término de 5 años conforme al estatuto tributario.

11. Alegatos Colegio JONATHAN SWIFT S.A.S. Indicó que el fallador de primera instancia violó su debido proceso pues solo le dio 5 minutos para sustentar su recurso y de manera arbitraria procedió a callar a los abogados. Que la demandante confesó que ingresó a laborar el 2 de agosto de 1988 por lo que no se puede condenar a pagar períodos a pensión con anterioridad a esa fecha. Manifiesta que se aportaron los aportes a pensión pagados por la entidad demandada. Que el A quo desconoció que hay un cobro de lo no debido por haberse efectuado todos los aportes a pensión y que

la prestación reclamada debe ser asumida por Colpensiones. Que la prescripción de aportes es de 5 años.

12. Alegatos demandante. Señala que como bien lo decidió el juzgador de primera instancia, tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez; sin embargo, esta pensión debe ser reconocida a partir del momento de su causación es decir cuando concurren los requisitos establecidos para ello (edad y semanas cotizadas), por lo tanto no debe ser afectado su derecho pensional por la negligencia o la omisión legal de las entidades demandadas, toda vez que su derecho pensional se vería afectado en el sentido que este solo sería garantizado si los empleadores de mi representada cumplan con lo dispuesto en la sentencia de primera instancia. Adicionalmente, no puede ser trasladada al demandante la mora en el traslado de los aportes al sistema ni la inacción de COLPENSIONES en el cobro, toda vez que la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la obligación de exigir al empleador el pago oportuno de los aportes pensionales e imponer las sanciones correspondientes. Por lo tanto, era COLPENSIONES la facultada para cobrar los aportes que le adeudan los empleadores. Finalmente, afirma que se debe condenar a pagar los intereses moratorios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y el COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Y se conocerá en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable por no haber apelado de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿El extremo inicial del contrato de trabajo celebrado entre el actor y el COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. tuvo lugar desde julio de 1998 como dispuso el a quo, o desde agosto de 1998 como se señala en la alzada?, en consecuencia, ¿Hay lugar a ordenar el pago del aporte a pensión por el ciclo de julio de 1998?; (ii) ¿Se debe condenar al COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. al pago de aportes pensionales con destino a Colpensiones por los ciclos de enero y diciembre de 1999, diciembre del 2000, enero y diciembre del 2001, enero, abril y diciembre del 2002, enero y diciembre del 2003 y enero del 2004?; (iii) ¿Se deben habilitar en la historia laboral de cotizaciones de Colpensiones las semanas en mora por parte de los empleadores SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINA S.A. y CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL S.A.?; (iv) ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición?; (v) ¿Se debe condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante una pensión de vejez? En caso positivo ¿A partir de cuándo?; (vi) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción? y (vii) ¿Se debe condenar a Colpensiones al pago de intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993?

Existencia de una relación laboral

No existe controversia en esta instancia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Blanca Patricia Sicard Sicard y los siguientes empleadores:
Con la SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINA S.A. entre el 1° de febrero de 1988 al 30 de noviembre de 1993.

Con el COLEGIO CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL S.A. entre el 1° de enero de 1994 y el 30 de diciembre de 1995.

Con el COLEGIO JANATHAN SWIFT S.A.S., en el cual la demandante se desempeñó como docente, no se discute que la relación finalizó el 24 de agosto del 2004.

Extremo inicial de la relación laboral con el COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.

Para el fallador de primera instancia, el contrato laboral que unió a la demandante con el COLEGIO JONATHAN SWIFT inició en julio de 1998, declaración con la que no está de acuerdo el Colegio demandado, quien manifiesta en su alzada que la relación laboral inicio en agosto de 1998, tal y como lo confesó la demandante al absolver interrogatorio de parte.

Al escuchar el interrogatorio de parte rendido por la señora Blanca Patricia Sicard Sicard en la audiencia del 13 de noviembre del 2019 (fol. 420) encuentra la Sala que efectivamente confesó que inició a laborar el 10 de agosto del 1998, pues cuando el apoderado del COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. le pregunta ¿Diga cómo es cierto sí o no que usted comenzó a laborar para el COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. el 10 de agosto de 1998? Respondió "Si es cierto".

Confesión que cumple con los requisitos del artículo 191 del CGP al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS, ya que la señora Blanca Patricia Sicard Sicard 1) tiene capacidad para efectuar la confesión y poder dispositivo sobre el derecho confesado, 2) la manifestación versa sobre hechos que producen consecuencias jurídicas adversas para la accionante, 3) la ley no exige que deba ser probado por otro medio de prueba y 4) su confesión fue expresa, consciente y libre.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que de conformidad con el art. 51 del CPT y de la SS son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la Ley y que el art. 165 del CGP establece la confesión como un medio de prueba, encuentra la Sala que se equivocó el fallador de primera instancia cuando declaró que el contrato de trabajo que unía a la demandante con el COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. había comenzado en julio de 1998, siendo necesario señalar que no existe ninguna prueba documental, ni de ninguna otra índole, que permita respaldar su afirmación. Por tanto, se modificará el fallo apelado para declarar que el contrato comenzó el 10 de agosto de 1998 y en consecuencia, se revoca la condena impuesta por aporte a pensión del ciclo de julio de 1998.

Pago de aportes a pensión por parte del COLEGIO JONATHAN SWIFT

Para resolver este problema jurídico, debemos recordar que de conformidad con el art. 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 4° de la Ley 797 del 2003, durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

El artículo 22 ibidem indica que el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontara del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorios y el de

las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes de su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

El art. 23 de la misma normatividad establece que los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios.

El artículo 24 ibidem estipula que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador.

Frente a este tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 5166-2017 y SL 234-2020, tiene adoctrinado que el incumplimiento de aportes por parte del empleador y la anuencia en su cobro por el fondo administrador de pensiones no conlleva el desconocimiento del derecho pensional del afiliado que lo construyó con la prestación de su servicio, pues son las administradoras de pensiones y no los afiliados las que tienen por ley la capacidad de promover la acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por tanto, no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

En el caso de autos, el fallador de primera instancia condenó al COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. al pago de los aportes a pensión por los siguientes ciclos: enero y diciembre de 1999, diciembre del 2000, enero y diciembre del 2001, enero, abril y diciembre del 2002, enero y diciembre del 2003 y enero del 2004; orden con la que no está de acuerdo el mencionado Colegio bajo el argumento de que aportó las planillas con las cuales se acredita que se pagaron los aportes a seguridad social.

Ciclos de enero y diciembre de 1999

A folio 187 y 1999 aparecen las planillas de autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral que realizó el empleador COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. al Instituto de Seguro Social para el ciclo de enero de 1999 y diciembre de 1999, tal y como lo refirió el apelante; documentos en los cuales se relacionan, entre otros trabajadores, a la señora Blanca Sicard, con reporte de 30 días de labor durante los mencionados ciclos, sin embargo, en la casilla de liquidación de aportes sólo aparece que cotizó frente al sistema de Salud la suma de $36.000 y $41.400, respectivamente, pues en la casilla de pensión el reporte para los dos meses se encuentra en "$0", por tanto, no resulta cierta la afirmación que realizó en la alzada el apoderado del COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S.

Ciclos de diciembre de 2000, enero y diciembre del 2001, enero, abril y diciembre del 2002, enero y diciembre del 2003 y enero del 2004

Entre las planillas de autoliquidación de aportes que allegó el COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. al contestar la demanda, visibles a folio 182 y s.s., no se encuentran las

correspondientes a los ciclos de diciembre del 2000, enero y diciembre del 2001 y enero, abril y diciembre del 2002, enero y diciembre del 2003 y enero del 2004.

En consecuencia, el COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S. debe pagar a Colpensiones los aportes a pensión a favor de la demandante, que corresponden a **47.63 semanas**. Estos aportes deben reflejarse de manera inmediata en la historia laboral de cotizaciones expedida por Colpensiones, entidad que no probó haber realizado el correspondiente cobro coactivo que le correspondía en los términos del art. 24 de la Ley 100 de 1993, por tanto, debe responder por el pago de la prestación a que haya lugar.

Habilitación de semanas en mora por la SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINA S.A. y el COLEGIO JONATHAN SWIFT S.A.S.

Frente a la SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINA S.A. el fallador de primera instancia condenó al pago de aportes por los ciclos de enero a julio y diciembre de 1988, enero y julio a diciembre de 1989, enero y diciembre de 1990, enero y diciembre de 1991, enero y diciembre de 1992 y, enero y diciembre de 1993.

En cuanto al COLEGIO CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL S.A. el a quo condenó al pago de aportes a pensión por los siguientes ciclos: enero, febrero 1° al 18 de diciembre de 1994 y, enero y diciembre de 1995.

Una vez revisada la historia laboral expedida por Colpensiones, visible a folio 114 y s.s., y teniendo en cuenta que los empleadores SOCIEDAD EDUCACIONAL ANDINA S.A. y COLEGIO CAS COLOMBO AMERICAN SCHOOL S.A. no discuten en esta instancia que adeudan los aportes en mora a los cuales fueron condenados en primera instancia, se deberán habilitar en la historia laboral **158.47 semanas.**

Excepción de prescripción aportes a seguridad social

En lo referente a los aportes a seguridad social, es necesario señalar que no le asiste razón al apoderado del COLEGIO JONATHAN SWIFT cuando señala que se le debe aplicar la prescripción de 5 años que se contempla para los parafiscales, pues nuestra CSJ ha sido clara al sostener que en vista de que los aportes a pensión son un elemento constitutivo y fundamental del derecho a la pensión no pueden estar sometidos a la figura extintiva de la prescripción. Así lo dijo la Corte en la sentencia SL738-2018:

> *"… la Corte considera prudente precisar su doctrina, en cuanto a que, por tratarse de aportes pensionales, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción.*
>
> *[…] teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, **en cualquier tiempo**, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna."*

En consecuencia, acertó el a quo al señalar que los aportes a pensión que adeuda el COLEGIO JONATHAN SWIFT son imprescriptibles.

Régimen de transición -art. 36 de la Ley 100 de 1993-

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones -1° abril de 1994- tengan 35 años de edad o más si son mujeres o 40 años de edad o más si son hombres o 15 años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 del 2005 indicó que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo -29 de julio del 2005-, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

En el presente caso, la demandante a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con 38 años de edad al haber nacido el 28 de junio de 1955, tal y como se registra en la fotocopia de su cédula, visible a folio 44, por lo que acertó el a quo al señalar que inicialmente es beneficiaria del régimen de transición.

Dicho régimen lo conservó hasta el 31 de diciembre del 2014, como quiera que a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005 -29 de abril del 2005- contaba con 760.96 semanas (554.86 semanas historia laboral fol. 114 y s.s. + 206.1 semanas habilitadas).

Pensión de vejez –art. 12 Acuerdo 049 de 1990-.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo establece como requisitos para acceder a una pensión de vejez i) el cumplimiento de 60 años o más de edad si es hombre o 55 años de edad o más si es mujer y ii) un mínimo de 500 semanas de cotizaciones pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o haber acreditad un número de 1000 semanas de cotización.

i) Edad

La demandante cumplió los 55 años de edad el 28 de junio del 2010, por haber nacido el mismo día y mes del año 1955, como aparece en la fotocopia de su cédula, visible a folio 44.

ii) Semanas exigidas

En los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 28 de junio de 1990 y el 28 de junio del 2010, la demandante alcanzó a cotizar **612.1 semanas** (475.28 semanas historia laboral fol. 114 + 136.82 semanas habilitadas en ese lapso), es decir, que cumple con el requisito exigido de 500 semanas.

Por tanto, acertó el fallador de primera instancia cuando señaló que la demandante cumplió los requisitos para acceder a una pensión de vejez el **28 de junio del 2010**. Su error estuvo en indicar que se le debía reconocer desde el momento en que los empleadores pagaran los aportes en mora, pues es claro que la trabajadora no puede soportar la mora de sus empleadores. Como se dijo, era Colpensiones quien tenía la obligación de ejercer el cobro coactivo y como no lo hizo, debe asumir el pago de la prestación.

Ahora si bien es cierto, la demandante causó su derecho pensional desde el 28 de junio del 2010, no es menos cierto que, para determinar desde cuándo puede entrar a disfrutar de su pensión, debemos remitirnos al art. 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual indica que para ello es necesaria la desafiliación del sistema, la cual se entiende fue efectuada el día **7 de abril del 2014**, día siguiente a la última cotización.

La pensión debe liquidarse conforme a lo establecido en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado en los últimos 10 años y aplicando la tasa de reemplazo de acuerdo al art. 20 ibídem, lo cual arroja una mesada inicial en cuantía de un salario mínimo legal mensual.

Respecto del número de mesadas pensionales, deberá pagarse en 14 mesadas al año, pues el AL 01 del 2005 determinó que aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

Prescripción

En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, es necesario indicar que al haberse reconocido la pensión a la demandante a partir del 7 de abril del 2014, presentarse reclamación ante Colpensiones el día **18 de enero del 2017** (fol. 72) y haberse radicado la demanda el 21 de abril del 2017, como da cuenta el acta individual de reparto visible a folio 85, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

Retroactivo

Establecido lo anterior, debe cuantificarse el retroactivo conforme lo exige el art. 283 del CGP. Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que Colpensiones adeuda a la demandante la suma de **$66'963.150** por las mesadas causadas entre el 7 de abril del 2014 y el 30 de septiembre del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Retroactivo pensional entre el 7 de abril del 2014 y el 30 de septiembre del 2020			
Año	Valor mesada	Nº mesada	Total
2014	$ 616.000,00	10,8	$ 6.652.800,00
2015	$ 644.350,00	14	$ 9.020.900,00
2016	$ 689.455,00	14	$ 9.652.370,00
2017	$ 737.717,00	14	$ 10.328.038,00
2018	$ 781.242,00	14	$ 10.937.388,00

2019	$ 828.116,00	14	$ 11.593.624,00
2020	$ 877.803,00	10	$ 8.778.030,00
Total retroactivo			**$ 66.963.150,00**

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

De conformidad con el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9º de la Ley 797 de 2003, debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud.

En el presente caso, la demandante solicitó el reconocimiento de su pensión el **18 de enero del 2017**, por lo que tenía hasta el 18 de mayo del 2017 para reconocer y pagar la pensión y como no lo hizo, comienzan a correr los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del **19 de mayo del 2017** y hasta el momento en que se efectúe el pago, los cuales deberán aplicarse sobre cada una de las mesadas adeudadas.

Finalmente, se le debe indicar al apoderado del Colegio Jonathan Swift SAS que este no es el momento procesal oportuno para alegar una violación al debido proceso bajo el argumento de que el juez de primera instancia cortó su intervención cuando sustentaba su recurso de apelación, pues en esa oportunidad debió manifestar su inconformidad, y no lo hizo.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 29 de noviembre del 2019, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** al COLEGIO JONATHAN SWIFT del pago del aporte pensional correspondiente a julio de 1998, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la señora Blanca Patricia Sicard Sicard a partir del 7 de abril del 2014.

TERCERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, **DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar la suma de **$66’963.150** por las mesadas

causadas entre el 7 de abril del 2014 y el 30 de septiembre del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

QUINTO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar correr los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del **19 de mayo del 2017** y hasta el momento en que se efectúe el pago, sobre cada una, de las mesadas adeudadas.

SEXTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARÍA MARLENE ROJAS GARZÓN Y OTRO***
DEMANDADO:	***JUAN CARLOS GARCÍA PÉREZ Y OTRO***
RADICACIÓN:	***1100131050-34-2017-00692-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Marlene Rojas Garzón y Elcida García Garza instauraron demanda ordinaria contra la Juan Carlos García Pérez y Carmen Alicia Duarte Colpa con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo por un año y que recibían como salario la suma de $1'100.000. Como consecuencia solicita se condene a pagar las sumas correspondientes por concepto de retención ilegal de sueldos, auxilio de transporte, horas extras laboradas, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, aportes a seguridad social y las costas del proceso. (fol. 43 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que celebraron contrato a término fijo de un año; con la señora María Marlene Rojas Garzón entre el 15 de abril del 2015 y el 14 de abril del 2016; que el objeto del contrato era para ser operadora de máquina plana; que cumplía horario de trabajo; que recibía como salario la suma de $1'100.000; que debía laborar horas extras; que se le descontaban mensualmente $130.000 los cuales les decían que les serían devueltos al finalizar la relación laboral; que los demandados le dieron todos los elementos para desarrollar la labor para la que fue contratada; que nunca fue afiliada a seguridad social y que la señora fue retirada de su trabajo el "23 de diciembre del 2016".

2. Contestación de la demandada. Teniendo en cuenta que los demandados no contestaron la demanda la falladora de primera instancia la tuvo por no contestada mediante auto del 5 de febrero del 2019. (fol. 107 y s.s.)

3. Audiencia de que trata el art. 77 del CPT y de la SS. Se aceptó el desistimiento de las pretensiones de la señora Elcida García Garza. (fol. 119 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de septiembre del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la señora María Marlene Rojas Garzón con los demandados a término indefinido señalando textualmente "vigente entre el 15 de abril de 2014 y hasta el 14 de abril de 2016, que se dio por terminado sin justa causa el 23 de diciembre de 2016". Condenó a pagar las sumas correspondientes por concepto de salarios insolutos, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, auxilio de transporte, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, aportes a seguridad social. Negó las demás pretensiones y condenó en costas a los demandados. (CD fol. 143)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación en que ante la inasistencia a la audiencia de conciliación y absolver el interrogatorio de parte se declaró confesos a los demandados de la prestación de la demandante en su favor, de los extremos laborales y del salario. Al probarse la prestación personal del servicio con la confesión ficta y las declaraciones de las señoras Luz Marina Parra Prieto y Diana Yamile Yabuna Vargas, nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la cual no fue desvirtuada.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que, si bien se logró probar la existencia de un contrato de trabajo, lo cierto es que no se probó el extremo inicial de la relación laboral. Que la CSJ ha indicado que debe existir plena certeza de los extremos de la relación laboral para poder impartir condena. Indica que las testigos no tenían conocimiento si a la demandante se le habían realizado los aportes a pensión.

6. Alegatos demandante. Indica que se encuentran probados los elementos esenciales de un contrato de trabajo y los extremos pretendidos en la demanda, con las pruebas allegadas al proceso. Que se debe condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa y a la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se encuentra acreditado el extremo inicial de la relación laboral que unió a las partes y (ii) ¿Los demandados afiliaron a la accionantes al sistema seguridad social en pensiones?

Existencia de la relación laboral

No existe controversia en esta instancia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre la señora María Marlene Rojas Garzón y los señores Juan Carlos García Pérez y Carmen Alicia Duarte Copa a término indefinido el cual finalizó el 23 de diciembre del 2016. Tampoco se discute que el último salario devengado por la demandante fue de $1'100.000.

Extremo inicial de la relación laboral

Para la falladora de primera instancia, la relación laboral que unió a las partes inició el **15 de abril del 2014**, a pesar de que en la demanda el actor señaló que la relación laboral que las unía había iniciado el 15 de abril del **2015**. Como fundamento de su decisión señaló que el extremo inicial se pudo establecer al haberse declarado la confesión ficta ante la inasistencia a la audiencia de conciliación y absolver el interrogatorio de parte; declaración con la que no está de acuerdo la parte demandada, quien señala en su alzada que no se logró probar el extremo inicial con los testimonios recaudados, lo cual era necesario para poder impartir condena.

Efectivamente como lo indica la parte demandada, la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, entre otras, en la sentencia bajo el radicado Nº 36.549 del 5 de agosto del 2009, señaló que si bien al probar la prestación del servicio nace la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo conforme lo dispone el artículo 24 del C.S.T., esto no releva a la parte demandante de las otras cargas probatorias como son los extremos temporales de la relación laboral, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, entre otros.

En el presente caso, no existe ninguna prueba documental, testimonial o cualquier otra, que permita inferir el extremo inicial de la relación laboral que unió a las partes, sin embargo, la falladora de primera instancia presumió ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión ante la inasistencia de los demandados a la audiencia de conciliación, celebrada el 15 de marzo del 2019, (Cd fol. 118) pues pese a otorgarles el término de 3 días para que justificaran su inasistencia, no procedieron de conformidad, por lo que no tuvo más remedio que impartir en audiencia celebrada el 3 de mayo del 2019 (CD fol. 123), las sanciones establecidas en la normatividad laboral, que no son otras que las consagradas en el art. 77 del CPT y de la SS, modificado por el art. 11 de la Ley 1149 del 2007.

Frente a este tema, la CSJ en la sentencia bajo el radicado 27060 del 2006, reiterada en la SL 1563-2020, señaló que para que se generen las consecuencias procesales ante la inasistencia a la audiencia de conciliación es necesario que "*el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos";* actuación que realizó la falladora de primera instancia quien fue clara al señalar que se tendrían por ciertos, entre otros, los hechos relacionados con la existencia de un contrato de trabajo durante el interregno del 15 de abril del 2015 al 14 de abril del 2016.

Es necesario precisar que la confesión ficta es una presunción legal que admite prueba en contrario, es decir, que cuando opera la parte que se ve beneficiada con ella se libera de la carga de demostrar el hecho presumido y traslada la carga

probatoria a su contraparte, quien tendrá que acreditar que lo planteado en el hecho no es cierto. Sin embargo, la parte demandada no aportó ninguna prueba que permita establecer una data distinta al 15 de abril del 2015, como extremo inicial de la relación laboral, para derruir con ello la presunción que recaía en su contra.

No puede pretender la pasiva que se pase por alto la declaración de confesión sobre el extremo inicial de la relación laboral, cuando ello no fue discutido en el momento procesal oportuno, tampoco puede pretender exonerarse de la condena, cuando no discute en esta instancia la existencia de relación laboral con la señora María Marlene Rojas Garzón y cuando a pesar de haberse notificado personalmente a través de apoderado judicial decidieron no contestar la demanda y no asistir a las audiencias de conciliación e interrogatorio de parte. Estas omisiones denotan su intención de impedir que se declarara la existencia de la relación laboral para evadir su responsabilidad frente a las obligaciones de quien fue su trabajadora.

Finalmente, debe aclararse que, si bien la falladora de primera instancia manifestó que se debía declarar la existencia de una relación laboral desde el **15 de abril del 2014,** con base en la confesión ficta, lo cierto es, que la misma tuvo lugar desde el **15 de abril del 2015,** tal y como se solicita en la demanda y como quedó establecido al especificar los hechos sobre los cuales recaía la confesión.

No hay lugar a liquidar nuevamente las acreencias laborales adeudadas, pues se observa que la falladora de primera instancia las liquidó correctamente entre el 15 de abril del 2015 y el 14 de abril del 2016.

Afiliación a seguridad social

Señala la parte demandada que los testigos no tenían conocimiento respecto a si la demandante había sido o no afiliada a seguridad social.

Al respecto, debe indicarse es que la accionante manifestó en el libelo incoatorio que no había sido afiliada por su empleador a seguridad social, afirmación que constituye una negación indefinida, que no requiere prueba a la luz del art. 167 del CGP aplicable en materia laboral por la remisión expresa del art. 145 del CPT y de la SS, trasladándose la carga probatoria a la accionada a quien le correspondía probar que había afiliado a su trabajadora y que efectuó los pagos, prueba que en el proceso brilla por su ausencia, por lo que no es posible exonerarlo de la condena que le impuso el a quo.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 9 de septiembre del 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar que el contrato laboral que unió a la señora MARÍA MARLENE ROJAS GARZÓN en calidad de trabajadora con los señores JUAN CARLOS GARCÍA PÁEZ y

CARMEN ALICIA DUARTE COPA en calidad de empleador, inició el **15 de abril del 2015.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fija como agencias en derecho la suma de $570.000 a cada uno, los cuales serán liquidadas en el juzgado de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***BLANCA JUDITH TRIANA AYALA***
DEMANDADO:	***GLADYS ELENA PÉREZ SÁNCHEZ***
RADICACIÓN:	***1100131050-04-2018-00278-01***
ASUNTO:	***CONSULTA EN FAVOR DEL DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Blanca Judith Triana Ayala instauró demanda ordinaria contra Gladys Elena Pérez Sánchez con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de mayo del 2009 al 20 de noviembre del 2017, el cual finalizó de manera unilateral e injusta por parte del empleador. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima legal, vacaciones, diferencia entre la suma pagada a título de salario y el salario mínimo, auxilio de transporte, aportes a seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: entre las partes existió un contrato verbal a término indefinido entre el 1° de mayo del 2009 al 20 de noviembre del 2017; que el contrato finalizó porque la empleadora le manifestó que ya no debía seguir más; que fue contratado para desempeñar el cargo de auxiliar de cocina; que prestó sus servicios en el establecimiento de comercio denominado "SUPER AREPAS PARRILLA" de propiedad de la demandada; que recibía órdenes de la demandada; que nunca tuvo llamados de atención; que cumplía un horario de trabajo; que devengaba la suma de $600.000 mensuales, suma inferior al SMMLV y que no se le cancelaron las acreencias laborales que pretende con la demanda.

2. Contestación de la demandada. Teniendo en cuenta que no fue posible la notificación de la demandada se le designó curador ad litem quien contestó señalando que no se aportó ninguna prueba que permita evidenciar la prestación personal del servicio que se alega, por lo que no puede pregonarse la existencia de un contrato de trabajo. No propuso excepciones. (fol. 36 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de junio del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 50)

Su decisión se basó en que el demandante no logró probar ni siquiera la prestación personal del servicio para la demandada.

4. Alegatos demandada. Solicita se confirme la absolución impartida en primera instancia, como quiera que la parte demandante no presentó ninguna prueba que sustentara los fundamentos facticos de sus pretensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, teniendo en cuenta que la totalidad de las pretensiones le fueron adversas y no presentó apelación de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Entre las partes en Litis existió un contrato de trabajo?

De la existencia de contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió o no una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre las que se encuentra la sentencia SL9801-2015, ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del CST, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990 establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

En el presente caso, como acertadamente lo dijo la falladora de primera instancia, ni siquiera se logró acreditar la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la señora GLADYS ELENA PÉREZ SÁNCHEZ, pues fue tanta su inactividad probatoria que únicamente aportó el certificado de existencia y representación legal del establecimiento de comercio "SUPER AREPAS PARRILLA" de propiedad de la demandada (fl. 11) y el titulado "LISTA DE VERIFICACIÓN DOCUMENTOS EMPLEADOS" en el cual se enlistan una serie de documentos, con imposición de una firma al lado izquierdo que la Sala desconoce a quien pertenece, por no contar con antefirma.

Y, a pesar de que se decretaron a su favor los testimonios de los señores Ángel Alberto Díaz Molina, María Edith Triana Ayala, Luz Estella Díaz Melo y Yina Estella Gómez, lo cierto es que, no asistieron a la audiencia programada para su práctica, por lo que no hubo más remedio que declarar precluída la oportunidad para la práctica de la prueba.

En este punto es importante resaltar que no se puede declarar confesa a la accionada por cuanto fue notificada a través de curador ad litem, quien adelantó el proceso en su nombre y a quien no le está facultado para recibir ni disponer de los derechos en litigio ni está facultado para confesar o que se le procure la confesión provocada a instancia de la contraparte, tal y como lo dispone el artículo 56 del CGP y lo ha reiterado nuestra CSJ en sentencias SL2463-2016, SL5288-18 y SL3227-19.

Entonces, si bien es cierto que el Juez Laboral tiene amplias facultades para formarse el libre convencimiento a través de la sana critica, no lo es menos que tales atribuciones no llegan hasta el punto que de manera arbitraria, de por demostrados hechos y circunstancias que requieren una comprobación fehaciente mediante los medios de pruebas solicitados por quien pretende acreditar aspectos como los que tienen que ver con la relación laboral que se predica, ni mucho menos suplir la carga de la prueba en aspectos tan determinantes como la prestación del servicio.

Teniendo en cuenta el escaso material probatorio, la Sala no puede menos que predicar que la inactividad probatoria conllevó necesariamente a la improsperidad de las peticiones incoadas, ya que la función judicial permite esclarecer puntos oscuros pero no suponer hechos y mucho menos inquirir la verdad de ello, si carece de soporte probatorio, por lo que no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de junio del 2019, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional. La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
Salva voto

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ BETTY RIVERA TORRES***
DEMANDADO:	***COLEGIO LUÍS CONCHA CORDOBA LTDA Y COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-21-2017-00590-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y COLPENSIONES***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO + PENSIÓN DE VEJEZ***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. SHASHA RENATA SALEH MORA como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Betty Rivera Torres instauró demanda ordinaria contra el COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA LTDA y COLPENSIONES con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo con el Colegio demandado desde el 1° de enero de 1986 al 31 de diciembre de 1993 y que no la afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones. Como consecuencia se le condene al pago del cálculo actuarial por la no afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. En cuanto a Colpensiones solicitó le reconozca y pague una pensión de vejez conforme al art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003 a partir del 1° de junio del 2017, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s. y 63 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 8 de febrero de 1960; por lo que cumplió 57 años en el año 2017; que según la historia laboral expedida por Colpensiones cuenta con 1016.18 semanas cotizadas; que la historia laboral presenta inconsistencias pues hace falta contabilizar el tiempo no cotizado por el COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA LTDA y no aparecen contabilizadas correctamente las semanas cotizadas por los empleadores LIGIA GAITÁN DE BETANCOURT, MOLINA DE SÁNCHEZ ASSENETH, HERMANAS DEL NIÑO JESÚS, OLGA PATRICIA GARCÍA y el INSTITUTO SANTA MARÍA DE

LA CRUZ. Indica que cumple con las semanas exigidas por el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por el art. 9° de la Ley 797 del 2003; que trabajo para el COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA LTDA desde el 1° de enero de 1986 al 31 de diciembre de 1993; que el Colegio le certificó los tiempos laborados; que realizó reclamaciones a los demandados sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 60), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación COLPENSIONES Contestó con oposición a las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no cumple con los requisitos exigidos en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificados por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, por lo que no se le puede reconocer una pensión de vejez. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, intereses moratorios, improcedencia del cobro de intereses e indexación, buena fe y la genérica. (fol. 90 y s.s.)

4. Contestación COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA LTDA. Se notificó en debida forma, pero no presento escrito de contestación, en consecuencia, la falladora de primera instancia tuvo por no contestada la demanda, mediante auto del 2 de mayo del 2018. (fol. 123 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de enero del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA LTDA. Condenó a Colpensiones a corregir la historia laboral de la demandante respecto de los ciclos correspondientes a septiembre del 2017 y de enero a abril del 2018, que deben corresponder a 30 días. Absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 218)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación en que la empresa demandada COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA LTDA, nació a la vida jurídica el 4 de mayo del 2004, después de haber finalizado el último contrato que reclama la demandante, por lo que resulta improcedente impartirle condena. Que se evidencia que antes de constituirse esa empresa en la Cámara de Comercio existía un establecimiento de comercio denominado COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA de propiedad de Ana Valencia quien no fue convocada al presente proceso. Que no puede hablarse de una **sustitución patronal**, pues para ello se requiere un cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador, y en el presente caso no se cumple con estos requisitos, al nació haber nacido la empresa hasta el 2004. Señaló que no se debían habilitar las semanas pretendidas en la demanda, pero que conforme a las facultades ultra y extra petita se debían habilitar los ciclos de septiembre a diciembre del 2017 y enero a abril del 2018, en los cuales se registra deuda por el no pago del subsidio del Estado.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que en los fundamentos facticos se relacionan los elementos exigidos por la CSJ para que exista una sustitución patronal. Indica que en la certificación de la Secretaría de Educación aparecen los propietarios del establecimiento educativo, entre los que se encuentra que la señora Martha Cecilia Valencia informó que realizó la compra del COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA y anexa copia del certificado de la Cámara de Comercio. Señala que no entiende porque se debe demandar a todos los propietarios del establecimiento de comercio si el Colegio sigue existiendo. Que la certificación laboral que le fue expedida no dice que fue otorgada por la señora Ana Valencia en calidad de persona natural. Que con las cotizaciones dejadas de pagar por el COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA alcanza las 1300 semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez. Que se deben habilitar las semanas faltantes por los

empleadores LIGIA GAITÁN DE BETANCOURT, MOLINA DE SÁNCHEZ AZENETH, HERMANAS DEL NIÑO JESÚS, OLGA PATRICIA GARCÍA y el INSTITUTO SEÑORA MARÍA DE LA CRUZ.

7. Recurso de apelación de Colpensiones. Impugnó la decisión señalando que los períodos que ordenó el a quo no fueron computados debido a que el Consorcio Mayor no ha girado los dineros. Que ya efectúo los trámites tendientes a su cobro.

8. Alegatos Colpensiones. Indica que el problema jurídico que el despacho debe determinar es si está llamada a prosperar la pretensión principal por la demandante, al reclamar se declare que entre ella y el COLEGIO LUIS CONCHA CORDOBA existió un contrato de trabajo durante distintos periodos entre el 01 de enero de 1986 y el 31 de diciembre de 1993 y que esa entidad no realizó el pago de los aportes a pensión a su favor y además sí Colpensiones no ejerció la acción coactiva y sí en consecuencia de esta omisión se debe realizar el reconocimiento de una pensión vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pretensión ante la cual concluye que no se dan los supuestos legales para que se revoque la sentencia en la instancia de alzada.

9. Alegatos demandante. Señala que independientemente que hubiere una venta de un establecimiento educativo de un propietario a otro, jamás el colegio cambio de razón social o nombre, pues se mantuvo con el nombre de COLEGIO LUIS CONCHA CORDOBA, y es claro y conducente que se presenta una responsabilidad solidaria entre el nuevo empleador y el antiguo y máxime cuando son deudas de carácter pensional donde el artículo 69 del CST es claro al indicar que el nuevo empleador debe asumir los pagos y este a su vez puede repetir con el antiguo empleador. Solicita que se tenga en cuenta y se revise la Historia Laboral expedida por Colpensiones de la señora Luz Betty Rivera, pues este documento señala literalmente que el empleador que le cotizo al sistema general de seguridad social en pensiones fue el COLEGIO LUIS CONCHA CORDOBA, así como los certificados laborales de Enero de 1997 y Enero de 1991 en donde indican que el empleador es dicho Colegio, no la señora Ana Evelia Bernal de Pérez como lo pretende hacer valer el fallador de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se encuentran acreditados los elementos necesarios para declarar una sustitución patronal como lo pretende el demandante? y (ii) ¿Se debe habilitar alguna semana en la historia laboral de la demandante, expedida por Colpensiones?

Sustitución patronal

El artículo 67 del CST establece que se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, **siempre que subsista la identidad del establecimiento,** es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

Frente a este tema la CSJ ha indicado, entre otras, en la sentencia bajo el radicado N° 32416 del 2010, ratificada en la sentencia SL 443-2020, lo siguiente:

"Para que la sustitución de patrono se configure en el derecho del trabajo, ***es necesario que se continúe también por el asalariado la prestación de sus servicios.*** *Deben, pues, reunirse tres elementos: cambio de patrono, continuidad de la empresa* ***y continuidad del trabajador****.* ***Sólo así se entiende que exista continuidad también de la relación de trabajo, del contrato laboral.***

Pero si alguno de estos requisitos falta, si, por ejemplo, no existe o no se demuestra la continuidad de la prestación de servicios por el asalariado, lógicamente no puede hablarse tampoco de sustitución de patrono, o en forma más concreta, no puede hablarse siquiera de patrono, porque éste sólo existe frente al otro sujeto de la relación de trabajo y no aisladamente considerado.

La institución de la sustitución del patrono ha sido creada porque la relación de trabajo es individual, entre personas, y no real, entre el asalariado y la empresa; pues si fuese de esta última índole, no necesitaría la ley establecer expresamente esa continuidad de patronos y la solidaridad entre el antiguo y el nuevo para el pago de las obligaciones a favor del trabajador..." (Gaceta del Trabajo, Tomo II, pág. 250).

El apoderado de la parte demandante insiste en que se debe declarar una sustitución patronal, señalando que no entiende porque tiene que demandar a todos los propietarios del "establecimiento de comercio".

Una vez revisadas las pruebas allegadas al proceso entre las que se encuentra la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, se debe precisar al apoderado de la parte demandante que el "COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA" no es un establecimiento de comercio sino un establecimiento educativo, lo cual es diferente ya que no está regido por el Código de Comercio. (fol. 193 y s.s.)

Se entiende por establecimientos educativos de conformidad con el Decreto 1075 de 2015, toda entidad de carácter estatal, privada o de economía solidaria, habilitada para prestar el servicio público educativo en los términos fijados por la Ley 115 de 1994 y las normas que la modifiquen, sustituyan o deroguen; dichos establecimientos no tienen personería jurídica. Por tanto, al no tener personería jurídica no se puede demandar al establecimiento educativo, sino a su propietario, quien es el que contrae las obligaciones.

Una vez revisada la certificación precitada se evidencia que el establecimiento educativo "COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA" tuvo como propietario al señor Jaime Bernal Salazar, luego con la Resolución 13396 de 1980 aparece como propietaria la señora Ana Valencia Bernal de Pérez y finalmente, aparece como última propietaria la señora Martha Cecilia Valencia López.

La demandante trae al proceso una certificación emitida el 8 de enero de 1997, por la Directora del establecimiento educativo "COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA" (fol. 26) en la que dice que se certifica que la demandante laboró en ese plantel desde el 1° de febrero al 30 de noviembre de 1987; del 1° de febrero al 30 de noviembre de 1988; del 1° de febrero al 30 de noviembre de 1990; del 1° de febrero al 30 de noviembre de 1993; con la cual pretende que se declare una sustitución patronal; sin embargo, no convocó al proceso a la propietaria del establecimiento educativo "COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA" donde dice laboró, pues como ya se dijo la propietaria de ese establecimiento educativo es la señora Martha Cecilia Valencia López y no la empresa demandada COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA LTDA.

Ahora, la empresa demandada COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA LTDA, conforme al certificado de existencia y representación legal de la demandada es una sociedad comercial constituida el 4 de mayo del 2004, resultando claro que es una persona totalmente diferente e independiente al establecimiento educativo "COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA", a pesar

de coincidir en su nombre; es más, la sociedad demandada ni siquiera tiene entre sus socios a la señora Martha Cecilia Valencia López, quien figura como propietaria del establecimiento educativo.

Por tanto, al no haberse demandado al propietario del establecimiento educativo en donde dice laboró la demandante sino a una sociedad que tiene similar nombre, acertó el a quo cuando declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la sociedad COLEGIO LUÍS CONCHA CÓRDOBA LTDA y, en consecuencia, no es posible impartirle condena por falta de afiliación a seguridad social de una persona totalmente diferente.

Habilitación de semanas en la historia laboral expedida por Colpensiones

Respecto al problema jurídico tendiente a establecer si se deben habilitar las semanas pretendidas, debemos remitirnos a la postura establecida por la Corte Constitucional en sentencia T-190 del 2018, en la que señala que la falta de pago de aportes a la seguridad social por parte del empleador no constituye motivo suficiente para negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama. Cita la Sentencia T- 726 de 2013, reiterando que dado que la Ley 100 de 1993, otorga distintos mecanismos para que las administradoras de pensiones efectúen los cobros correspondientes, incluso coactivamente, con el objeto de preservar la integridad de los aportes, se entiende que la negligencia en el uso de dichas facultades, no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aporte. Criterio que también es acogido por la CSJ, entre otras en la sentencia SL 5166-2017.

Conforme a lo anterior, se pasa a revisar la historia laboral del actor, allegada dentro a fol. 98, frente a la cual se debe decir lo siguiente:

- Empleador **LIGIA GAITÁN DE BETANCOURT**. La demandante manifiesta que laboró del 23 de abril de 1992 al 9 de septiembre de 1992. Una vez verificado el detalle de pagos efectuados con anterioridad a 1995, se observa que registra afiliación y cotizaciones para el empleador LIGIA GAITÁN DE BETANCOURT del 23 de abril de 1992 al 9 de septiembre de 1992, es decir, coincide con el período en el que la demandante manifestó haber laborado. Colpensiones para ese período reportó 140 días. Una vez realizadas las operaciones encuentra la Sala que 140 días equivale a 20.20 semanas; sin embargo, en el resumen de semanas Colpensiones sólo contabilizó 10 semanas, por lo que se habilitan **10.20 semanas.**

- Empleador **MARINA DE SÁNCHEZ ASSENETH**. La demandante manifiesta que laboró del 26 de abril de 1994 a 30 de noviembre de 1994. Una vez verificado el detalle de pagos efectuados anteriores a 1995, se observa que registra afiliación y cotizaciones para el empleador MARINA DE SANCHEZ ASSENETH del 26 de abril de 1994 a 30 de noviembre de 1994, es decir, coincide con el período en el que la demandante manifestó haber laborado. Colpensiones para ese período reportó 219 días. Una vez realizadas las operaciones encuentra la Sala que 219 días equivale a 31.60 semanas; sin embargo, en el resumen de semanas Colpensiones sólo contabilizó 21.86 semanas, por lo que se habilitan **9.74 semanas.**

- Empleador **HERMANOS DEL NIÑO JESÚS**. La demandante manifiesta que laboró el ciclo de abril de 1995. Una vez verificado el detalle de pagos efectuados a partir de 1995, se

observa que para ese ciclo el empleador HERMANOS DEL NIÑO JESÚS afilió a la demandante al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y reportó como días laborados únicamente 14. Una vez realizadas las operaciones encuentra la Sala que 14 días equivale a 2 semanas, las cuales contabilizó Colpensiones, por lo que no hay lugar a adicionar ninguna semana bajo este empleador.

• Empleador **OLGA PATRICIA GARCÍA.** La demandante manifiesta que laboró desde el 1° de febrero del 2002 al 31 de enero del 2005. Una vez verificado el detalle de pagos efectuados a partir de 1995, se observa que el empleador OLGA PATRICIA GARCÍA la afilió y realizó cotizaciones del 1° de febrero del 2002 al 31 de enero del 2005, es decir, coincide con el período en el que el demandante manifestó haber laborado. En relación a los ciclos de enero 2003 y enero a noviembre del 2004 Colpensiones señaló que el empleador pagó la cotización, pero que existe mora en el pago de intereses, por lo que no contabilizó los ciclos completos. Una vez realizadas las operaciones encuentra la Sala que se debe adicionar 15 días que corresponden a **2.16 semanas**.

• Empleador **INSTITUTO SANTA MARÍA DE LA CRUZ.** La demandante manifiesta que laboró desde el desde el 1° de junio al 30 de julio del 2007 y el ciclo de noviembre del 2007. Una vez verificado el detalle de pagos efectuados a partir de 1995, se observa que el empleador la afilió en junio del 2007 reportando 1 día laborado y pasó la novedad de retiro, luego la afilió nuevamente en julio del 2007 y pasó la novedad de retiro para el ciclo de abril del 2008. En relación a los ciclos de julio y noviembre del 2007 a pesar de que el empleador pagó la cotización, no tuvo en cuenta los ciclos completos señalando que existía mora en el pago de intereses. Una vez realizadas las operaciones encuentra la Sala que se debe adicionar 58 días que corresponden a **8.37 semanas**.

• En cuanto a los ciclos de septiembre del 2017 y enero a abril del 2018, los cuales se observa que el actor cotizó como independiente y no fueron contabilizados bajo la observación "Deuda por no pago del subsidio por el Estado"; los cuales ordenó habilitar la falladora de primera instancia señalando que hacía uso de sus facultades ultra y extra petita consagradas en el art. 50 del CPT y de la S.S., considera la Sala que se debe revocar dicha condena, pues el demandante nada dijo sobre esto en los hechos de la demanda y por tanto, no fue un tema que se debatió dentro del proceso.

Pensión de vejez - art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003

El art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, exige como requisitos para acceder a una pensión de vejez siendo mujer haber cumplido 57 años de edad y 1300 semanas.

i) Edad
La demandante cumplió con este requisito el 8 de febrero del 2017, por haber nacido el mismo día y mes del año 1960, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía, visible a folio 19.

ii) Semanas
Al revisar la historia laboral de la demandante, visible a folio 98 y las semanas que aquí se habilitaron, encuentra la Sala que la señora Luz Betty Rivera Torres alcanzó a cotizar 1075

semanas (1045 semanas historia laboral fol.98 + 30.47 semanas que se ordenó habilitar), por lo que es claro que no cumple el requisito de 1300 semanas.

Por tanto, acertó la falladora de primera instancia al señalar que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca una pensión de vejez al amparo de esta normatividad; razón por la cual se confirma este punto.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 22 de enero del 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a habilitar a la historia laboral de la señora Luz Betty Rivera Torres **30.47 semanas**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***EDINSON ENRIQUE LARIOS YOLI***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-06-2017-00248-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE***
TEMA:	***PENSIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO DECRETO 2090 DEL 2003***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Edinson Enrique Larios Yoli presentó demanda ordinaria en contra de Colpensiones con el fin de que se le reconozca y pague la pensión especial de vejez por haber desempeñado actividades de alto riesgo consagrada en el Decreto 2090 del 2003 desde el 23 de noviembre del 2008, junto con la indexación, la sanción moratoria y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s. y 41 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo vinculado a la empresa BAVARIA S.A. del 6 de julio de 1981 al 17 de mayo de 1991; período en el cual desempeñó el cargo de MAQUINISTA DE CALDERA ejecutando actividades de alto riesgo; que desde el 9 de marzo de 1995 ha estado trabajando para la empresa GRASAS Y ACEITES VEGETALES LIMITADA (GRACETALES) en el cargo de CALDERISTA igualmente desempeñando una labor de alto riesgo; que siempre ha cotizado al seguro social; que las empresas mencionadas por su actividad económica se encuentran dentro de la clase de riesgo iv conforme al Decreto 1607 del 2002 que significa riesgo alto; que durante más de 31 años ha desarrollado actividades de alto riesgo; que al 30 de noviembre del 2011 ya contaba con más de 1600 semanas; que la ARL COLMENA certificó que se encontraba afiliado en un riesgo para la empresa GRACETALES; que cumple con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del Decreto 2090 del 2003; que Colpensiones en la Resolución GNR 295555 del 24 de septiembre del 2015 lo reconoce como un trabajador de alto riesgo señalando que el cargo de CALDERISTA se encuentra dentro de las actividades consideradas de alto riesgo y le niega el reconocimiento de la pensión únicamente porque su empleador no ha pagado la cotización adicional; que al interponerle recurso de apelación señalándole que la Corte Constitucional ya ha indicado que la entidad de seguridad social es la encargada de hacer los cobros, niega nuevamente la pensión pero ahora indicando que conforme a la certificación de su empleador el cargo que desempeñó no fue dentro de una

actividad de alto riesgo; que como se puede ver en sus exámenes posee cambios degenerativos leves en su columna cervical, hecho que le ha venido generando múltiples incapacidades; que a raíz de la exposición a actividades de alto riesgo padece de hipertensión.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 51), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el empleador del actor certificó que el cargo que desempeñó fue el de calderista; que dicho cargo no es considerado de alto riesgo para la salud del trabajador y que dentro de sus funciones no estaba expuesto a altas temperaturas, por lo que el demandante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión especial deprecada. Propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario con la empresa GRASAS Y ACEITES VEGETALES LTDA y las de fondo de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y la genérica. (fol. 52 y s.s.)

4. Audiencia de que trata el art. 77 del CPT y de la SS. La falladora declaró no probada la excepción previa. (fol. 108 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de febrero del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 110)

Su decisión se basó en que el actor es beneficiario del régimen de transición consagrado en el Decreto 2090 del 2003, por lo que su pensión debe ser estudiada bajo los parámetros del Decreto 1281 de 1994 que exige el cumplimiento de 55 años de edad y 1000 semanas de cotización especial. Que conforme lo certificó su empleador la labor que desempeñó no es considerada de alto riesgo, ni estuvo expuesto a altas temperaturas. Que no puede tenerse en cuenta lo manifestado por Colpensiones en su Resolución pues es el mismo empleador quien certificó que no estuvo expuesto a altas temperaturas. Que la certificación de la ARL no es suficiente teniendo en cuenta lo dicho por su empleador. Que no probó que en el desarrollo de sus funciones estuvo expuesto a altas temperaturas.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión **el demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que (i) se debe tener en cuenta que Colpensiones en su Resolución manifestó que el cargo de calderista se encuentra dentro de las actividades alto riesgo por la exposición a altas temperaturas; (ii) que la negativa de Colpensiones para reconocerle la pensión es porque su empleador no había pagado la cotización adicional y (iii) que se debe tener en cuenta la certificación de la ARL.

7. Alegatos Colpensiones. Señaló que en el expediente administrativo obra certificación emitida por la empresa GRASAS Y ACEITES VEGETALES LTDA, en esta indica que el demandante desde el 9 de Marzo de 1995 empezó a desempeñar el cargo de CALDERISTA. Que Colpensiones dirigió oficio No GN 0367011619289 de fecha 15 de marzo de 2016, solicitando se le indique las labores desempeñadas por el señor LARIOS, las funciones exactas y actividades de alto riesgo que impliquen exposiciones de altas temperaturas, los extremos temporales de la actividad, el nivel de exposición

del trabajador y el lugar de prestación de servicios. Que la empresa se pronunció manifestando que el demandante desempeño desde el 9 de marzo de 1995 el cargo de AYUDANTE CALDERISTA DE 2DA, posteriormente fue promovido al cargo de CALDERISTA DE 1ERA. Que el cargo tiene como misión mantener el equipo de caldera produciendo vapor, que conforme a los establecido en los artículos 1 y 2 del Decreto 2090 de 2003 se considera que el cargo de CALDERISTA desempeñado por el demandante no es un considerado un cargo en el que se ejecuten actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, de la misma manera que no está expuesto a altas temperaturas determinadas por las normas técnicas de salud ocupacional, por lo anterior manifiesta el empleador que no existe, ni ha existido obligación de efectuar las cotizaciones para la pensión especial de vejez.

8. Alegatos demandante. Manifestó que se ratifica en todo lo expuesto en los hechos y pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que las pruebas aportadas demuestran contundentemente que el demandante cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 2090 de 2003, para el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico principal** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo? Para cuya determinación se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Cuál es la normatividad aplicable?; (ii) ¿El demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión especial por haber laborado en actividades de alto riesgo?; en caso afirmativo, (iii) ¿A partir de cuándo se debe reconocer la pensión?; (iv) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?; (v) ¿A cuánto asciende el retroactivo adeudado? y (vi) ¿Se debe condenar al pago de la indexación y/o de la sanción moratoria?

Normatividad aplicable

La normatividad que rige la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo es la vigente al momento de cumplir los requisitos de tiempo y edad. (criterio expuesto por la CSJ en la sentencia SL 12301-2016).

En el presente caso, no se discute que inicialmente la normatividad aplicable al actor era el Decreto 2090 del 2003 *"Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades".*

Sin embargo, el fallador de primera instancia señala que el actor cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición establecido en el art. 6° del Decreto 2090 del 2003, el cual establece que quienes a la entrada en vigencia de dicho Decreto (26 de julio del 2003) hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de

semanas exigidos en la Ley 797 del 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.

Señala además el parágrafo de dicho artículo que para poder ejercer los derechos que se establecen cuando las personas son beneficiarias del régimen de transición se deberán cumplir además de los requisitos especiales ya señalados los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; requisito que contrario a lo dicho por el fallador de primera instancia, no fue declarado inexequible por la sentencia C -1056 del 2003 como quiera que dicha sentencia lo que declaró inexequible fue el art. 18 de la Ley 797 del 2003, que había modificado el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y no el parágrafo del art. 6° del Decreto 2090 del 2003.

Por tanto, teniendo en cuenta que el actor ni siquiera cumplía los requisitos establecidos en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones el 1° de abril de 1994, no contaba con 40 años de edad (hombres) sino únicamente con 35, toda vez que nació el 23 de noviembre de 1958 como da cuenta la fotocopia de su cédula visible a folio 11; y tampoco contaba con 15 años de servicios, cotizados, pues conforme a su historia labora para esa fecha únicamente tenía 13 años y 12 días, es claro que no es beneficiario del régimen de transición, por lo que su pensión debe ser estudiada al amparo del Decreto 2090 del 2003.

Pensión especial por actividades de alto riesgo -Decreto 2090 del 2003-

La Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T 315 del 2015 señaló que la pensión especial de vejez para actividades de alto riesgo fue diseñada para amparar el riesgo de vejez que corren los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida que ejercen permanentemente una labor que, por la peligrosidad que le es inherente e independientemente de las condiciones en las que se ejecute, les ocasiona un desgaste orgánico prematuro, reduciendo su expectativa de vida saludable, u obligándolos a retirarse de las funciones laborales que desempeñan.

En cuanto al ámbito de aplicación del Decreto 2090 del 2003 en su artículo 1° se señala que se aplica a todos los trabajadores que laboren en actividades de alto riesgo, entendiendo por tales, aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

En su artículo 2° se señaló de manera taxativa que actividades se consideran de alto riesgo para la salud de los trabajadores, entre las que se encuentran los **trabajos que impliquen exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud ocupacional.**

En su artículo 3° se dispuso que los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

El artículo 4° estableció como requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por actividades alto riesgo (i) Haber cumplido 55 años de edad y (ii) Haber cotizado el

número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala que el demandante para acceder a una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, debe probar lo siguiente:

(i) Haber desarrollado una actividad de alto riesgo
(ii) Cotizar o laborar 700 semanas en actividades de alto riesgo
(iii) Tener cumplidos 55 años de edad
(iv) Cumplir las semanas mínimas exigidas para acceder a una pensión de vejez en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003

Frente a los anteriores requisitos la Corte Constitucional en la sentencia precitada señaló que *"En el régimen actual, el monto de la pensión especial de vejez y sus características generales son iguales a las de la pensión ordinaria. Tanto así que ambas exigen el mismo mínimo de semanas cotizadas. Según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[1] y el artículo 4º del Decreto 2090 de 2003, la persona interesada en jubilarse debe haber aportado mil doscientas veinticinco (1225) semanas para el dos mil doce (2012), mil doscientas cincuenta (1250) para el dos mil trece (2013), mil doscientas setenta y cinco (1275) para el dos mil catorce (2014) y mil trescientas (1300) para el dos mil quince (2015). 5.6. Sin embargo, el régimen especial de vejez se diferencia del ordinario en dos (2) aspectos. Primero, disminuye el requisito de edad y, segundo, exige un monto de cotización más alto."*

El art. 5° del Decreto 2090 del 2003 establece que el monto de la cotización especial para actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993 más 10 puntos adicionales a cargo del empleador.

Frente a los puntos adicionales en la cotización tanto la CSJ en su Sala de Casación Laboral (CSJ SL 1196-2020 que reiteró la CSJ SL 38948, 29 may. 2012, y CSJ SL9013-2017, que reiteró las CSJ SL398-2013 y CSJ SL398-2013) como la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia precitada, tienen por sentado que si el empleador omite realizar el pago de este porcentaje adicional, o si se retrasa en su pago, el trabajador no tiene por qué sufrir las consecuencias negativas de dicha omisión, señalando que al empleado se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual y no resulta justo que se vea privado de la pensión por una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a su empleador en los términos del artículo 22 de la Ley 100 de 1993[2], y por la cual éste debe responder. Por consiguiente, si el empleador no cancela a tiempo la cotización especial, la entidad administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el solicitante debe asumir la obligación pensional, no pudiendo excusarse en la omisión del empleador porque la legislación nacional le ha otorgado diversos mecanismos para cobrar y sancionar la cancelación extemporánea de dichos aportes.

Sentado lo anterior, procede la Sala a revisar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo en virtud de los parámetros del Decreto 2090 del 2003, así:

---

[1] Por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.
[2] El artículo 22 de la Ley 100 de 1993 "El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. || El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador".

Haber desarrollado actividades de alto riesgo

El demandante al presentar su escrito de demanda manifiesta que se desempeñó como trabajador de BAVARIA S.A. y de GRASAS Y ACEITES VEGETALES LIMITDA (GRACETALES), desempeñando el cargo de CALDERISTA, en el cual estuvo expuesto de manera permanente a altas temperaturas.

Para probar que desempeñó una actividad de alto riesgo, el demandante manifiesta que bastaba con revisar la Resolución GNR 295555 del 24 de septiembre del 2015, expedida por Colpensiones, en la que señaló:

> *"…es necesario informarle al peticionario que de acuerdo a la documentación allegada se evidencia certificación del empleador GRASAS Y ACEITES VEGETALES LIMITADA en donde se enuncia que el cargo desempeñado ha sido de CALDERISTA.*
>
> *De acuerdo al decreto 2090 del 2003 transcrito anteriormente, el cargo de CALDERISTA, se encuentra dentro de las actividades de alto riesgo, es decir, en las actividades que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional. Sin embargo, el afiliado no registra cotizaciones adicionales por alto riesgo siendo uno de los requisitos necesarios para dicho reconocimiento…"*

Ahora, si bien Colpensiones manifestó en la Resolución precitada que la actividad desarrollada por el actor era de alto riesgo al estar expuesto a altas temperaturas, lo cual dedujo de la denominación de su cargo de CALDERISTA, lo cierto es, que al resolver el recurso de apelación mediante la Resolución VPB 22337 del 18 de mayo del 2016, señaló que ante el requerimiento que se le había efectuado al empleador, éste había remitido certificación con las funciones desempeñadas por el actor y había manifestado que por las funciones especificas que realizaba, su actividad no podía ser considerada como de alto riesgo, pues no estaba expuesto a altas temperaturas; razón por la cual Colpensiones consideró que no era procedente reconocerle la pensión especial de vejez deprecada, pues no había demostrado que su labor estaba catalogada como una actividad de alto riesgo.

Por tanto, es claro que desde ese momento se encontraba en discusión si el actor durante su labor estuvo expuesto a altas temperaturas por encima de lo permisible, para así poder determinar si ejercía o no una actividad de alto riesgo, no siendo suficiente con lo manifestado por Colpensiones en la Resolución inicial.

Adicional a lo anterior, se allegó a folio 15 la certificación expedida por la ARL COLMENA, en la que señaló:

> *"Con la presente nos permitimos informar que la (s) relacionada (s) a continuación con su respectivo número de identificación, se encuentra con nosotros (s) con una tasa de riesgo del 4.35% Clase IV Grado 50 bajo el contrato N° 57591 de la empresa GRASAS Y ACEITES VEGETALES LIMITADA NIT: 890100703.*
>
> | | |
> |---|---|
> | *NOMBRE:* | *LARIOS YOLI EDINSON* |
> | *TIPO DE IDENTIFICACIÓN:* | *8680885* |
> | *TIPO DE TRABAJADOR:* | *DEPENDIENTE* |
> | *INICIO VIGENCIA:* | *1/12/2012* |
> | *ESTADO ACTUAL:* | *ACTIVO"* |

Es necesario precisar que la anterior certificación no conduce a probar que el actor hubiera desempeñado una actividad de alto riesgo, pese a que en ella se indique que está afiliado con una tasa de riesgo clase IV que corresponde a Riesgo Alto, pues dicha clasificación obedece a la actividad principal de la empresa conforme lo dispone el Decreto 1295 de 1994, situación que no implica asumir que todos sus trabajadores ejecuten labores catalogadas como de alto riesgo, como bien refiere el apoderado de Colpensiones en su alzada y lo tiene adoctrinado nuestra Corte Suprema de Justicia-sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL 2272-2020, veamos:

> *"Si bien el Tribunal no se refirió a este documento, no se puede inferir de su contenido que el actor tenga derecho a la pensión especial de vejez, pues de acuerdo a la preceptiva legal que rige el asunto que ahora se estudia, aquél debió haber laborado o manipulado sustancias cancerígenas, resultando inane cualquier consideración sobre la calificación o categoría que en materia de riesgos merezca una empresa. La exposición a las sustancias dañinas referidas debe encontrarse demostrada, no de otro modo puede un trabajador hacerse acreedor al derecho pensional deprecado.*
>
> *En otras palabras, las reglas aplicables a la clasificación de una determinada empresa dentro de las clases de riesgo identificadas por el Sistema General de Riesgos Profesionales, hoy laborales, no puede confundirse con el hecho de que un trabajador desarrolle efectivamente alguna de las labores que la ley califica como de alto riesgo.*
>
> *No por el hecho de que una empresa como la demandada sea clasificada como de alto o máximo riesgo, se puede predicar que todos sus trabajadores despliegan actividades de alto riesgo, pues se trata de dos conceptos con tratamientos y consecuencias diferentes. En ese sentido, nada impide que una empresa sea catalogada como de alto riesgo y que, al mismo tiempo, mantenga trabajadores que despliegan labores alejadas del alto riesgo para la salud. (Ver sentencia CSJ SL- 10031-2014).*
>
> *Significa lo anterior, que* ***es menester acreditar en cada caso el cumplimiento de funciones con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas que es la hipótesis que interesa en el sub lite, y no el hecho genérico de laborar en una empresa catalogada como de alto riesgo*** *[…]." (negrillas fuera de texto)*

En los mismos términos, la alta corporación de justicia Ordinaria indicó en la sentencia SL2070 de 2020:

> *"De acuerdo a lo anterior, no queda duda de que es indispensable que el trabajador acredite que su actividad está enmarcada en una de las cuatro actividades de alto riesgo relacionadas en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, para así poder obtener la pensión especial de vejez; y que además de ello,* ***debe demostrar, con un informe de investigación, la habitualidad, los equipos utilizados e intensidad de la exposición al alto riesgo****; circunstancias que deben extenderse por espacio mínimo de 750 semanas.*
>
> *Del mismo modo, resulta pertinente recordar que no es acertado afirmar que el hecho de prestar servicios en una empresa clasificada como de alto riesgo, sea suficiente para acceder a tal prestación especial de vejez, ya que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no todos los trabajadores se encuentran sometidos al riesgo máximo de la empresa y por ello es imperativo demostrar individualmente la situación de alto riesgo de cada operario".(negrillas fuera de texto)*

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que a pesar de ser su carga probatoria en los términos del art. 167 del CGP al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS, el demandante no acreditó haber estado expuesto a altas temperaturas por encima de lo permisible durante su relación laboral, no es posible catalogar su actividad como de alto riesgo, por lo que no queda otro camino que confirmar la absolución proferida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de febrero del 2019, por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $350.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP. La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***EFRAÍN CHOCONTA MARTÍNEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-20-2018-00428-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE Y COLPENSIONES***
TEMA:	***PENSIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO – DECRETO 2090 DEL 2003***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* **,** se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. YESBY YADIRA LÓPEZ RAMOS como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Efraín Choconta Martínez instauró demanda ordinaria en contra de Colpensiones con el fin de que se declare que tiene 1300 semanas cotizadas al Sistema General de pensiones; que ha cotizado más de 700 semanas en actividades calificadas como de alto riesgo; que es beneficiario de la pensión especial de vejez de alto riesgo de conformidad con el Decreto 2090 del 2003; que cuenta con 174 semanas adicionales a las exigidas por la Ley 797 del 2003, por lo que se le deben descontar 2 años a la edad para pensionarse; que para el 16 de noviembre del 2017, cumplía con los requisitos previstos en el Decreto 2090 del 2003. (fol. 5 y s.s.).

En consecuencia, solicitó se condene a Colpensiones a reconocer y pagarle la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo a partir del 16 de noviembre del 2017, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 16 de noviembre de 1964; que se afilió al RPMPD el 13 de octubre de 1980; que prestó sus servicios

como trabajador minero en socavones o subterráneos para diferentes empleadores; que sus funciones consistían en taladrar rocas utilizando herramientas como picas y palas para extraer el mineral, construcción de túneles subterráneos viales y de ventilación, excavación de pozos, levantamiento de escombros de explosión minera, cargue de herramientas de excavación; que la actividad que desempeñó fue catalogada como de alto riesgo en el Decreto 2090 del 2003; que cuenta con 1450 semanas cotizadas a Colpensiones; que ha cotizado más de 700 semanas en actividades de alto riesgo; que cuenta con 174 semanas adicionales a las exigidas en la Ley 797 del 2003; que se le deben disminuir 2 años de la edad para pensionarse; que para el 16 de noviembre del 2017, cumplía con los requisitos exigidos para acceder a la pensión especial de vejez; que solicitó a Colpensiones la pensión aquí deprecada, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 39), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no cumple con los requisitos para acceder a una pensión especial de vejez por haber laborado en actividades de alto riesgo, pues al revisar el expediente administrativo se evidencia que entre el 13 de octubre de 1980 y el 31 de diciembre del 2017 solo cuenta con 370 semanas cotizadas; razón por la cual no es beneficiario del régimen de transición, ni acredita los re quisitos exigidos por el Decreto 2090 del 2003. Indica que los empleadores no pagaron los puntos adicionales en la cotización. Propuso como excepciones de fondo las de Inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, principio de buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 40 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de febrero del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró que el demandante desempeñó en su vida laboral actividades de alto riesgo, por lo que causó la pensión especial de vejez a partir del 16 de noviembre del 2017. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagarle la pensión especial por actividades de alto riesgo a partir de la fecha en que demuestre la desafiliación del sistema. Se le condena a liquidar la pensión con lo cotizado en los últimos 10 años o en toda la vida laboral, según le sea más favorable. Absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones de la demanda y la condenó en costas. (CD fol. 78)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es el Decreto 2090 del 2003; que la actividad desarrollada por el actor de minería en socavones o subterráneos está catalogada como de alto riesgo; que su actividad se probó con las certificaciones de los empleadores; que se observa que los empleadores realizaron las cotizaciones con los puntos adicionales; que cumple con los requisitos exigidos en el Decreto 2090 del 2003, como son los 55 años de edad y las semanas exigidas en la Ley 797 del 2003. Que la edad debe disminuirse en 1 año por cada 60 semanas adicionales de cotización especial a las 1300 exigidas en la Ley 797 del 2003, de las cuales más de 700 semanas eran en actividades de alto riesgo. Que se deben descontar dos años a la edad exigida, pues conforme a la historia laboral el actor cotizó 1476.43 semanas de las cuales 1210.04 son de alto riesgo. Que teniendo en cuenta el art. 13 del A. 049 de 1990 para entrar a disfrutar de la pensión es necesaria su desafiliación y teniendo en cuenta que cuando presentó la demanda aún se encontraba cotizando se ordenara a Colpensiones que le pague la pensión una vez acredite la desafiliación del sistema. En cuanto a los intereses moratorios señaló que no proceden pues sólo con la presente sentencia se

pudo establecer que el actor tenía derecho y además porque la pensión se dejó supeditada a la desafiliación del sistema. Se condenó en costas a Colpensiones.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se acreditó la fecha del retiro del sistema por parte del demandante, pues conforme a la historia laboral su última cotización se efectúo el 30 de junio del 2018. Que se debe condenar al pago de intereses moratorios teniendo en cuenta que el actuar de Colpensiones fue negligente.

6. Recurso de apelación Colpensiones en el cual señaló que el actor únicamente demostró que cotizó 370 semanas con los puntos adicionales en la cotización. Que no cumplió con su obligación de demostrar el vínculo laboral y que ejerció actividades de alto riesgo. Que no se le debe condenar al pago de costas pues actúo conforme a la Ley.

7. Alegatos Colpensiones. Indicó que no se comparte la decisión tomada por el juzgador dentro del proceso de la referencia, en la que se condena a Colpensiones, toda vez que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en los artículos 4 y 5 del Decreto 2090 de 2003, puesto que en la historia laboral del accionante acredita únicamente 370 semanas de alto riesgo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico principal** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo? Para cuya determinación se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Cuál es la normatividad aplicable? (ii) ¿El demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión especial por haber laborado en actividades de alto riesgo?; en caso afirmativo (iii) ¿A partir de cuándo se debe reconocer la pensión?; (iv) ¿Se debe condenar al pago de intereses moratorios?; (v) ¿Acertó el a quo al condenar en costas a Colpensiones?

Normatividad aplicable

La normatividad que rige la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo es la vigente al momento de cumplir los requisitos de tiempo y edad. (criterio expuesto por la CSJ en la sentencia SL 12301-2016).

En el presente caso, no se discutió que la normatividad aplicable al actor era el Decreto 2090 del 2003 *"Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades".*

Pensión especial por actividades de alto riesgo -Decreto 2090 del 2003-

La Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-315 del 2015 señaló que la pensión especial de vejez para actividades de alto riesgo fue diseñada para amparar el riesgo de vejez que corren los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida que ejercen permanentemente una labor que, por la peligrosidad que le es inherente, e independientemente de las condiciones en las que se ejecute, les ocasiona un desgaste orgánico prematuro, reduciendo su expectativa de vida saludable, u obligándolos a retirarse de las funciones laborales que desempeñan.

En cuanto al ámbito de aplicación del Decreto 2090 del 2003, en su artículo 1° se señala que se aplica a todos los trabajadores que laboren en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

En su artículo 2° se señaló de manera taxativa que actividades se consideran de alto riesgo para la salud de los trabajadores entre las que se encuentran los **trabajos de minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.**

En su artículo 3° se dispuso que los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

El artículo 4° estableció como requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por actividades alto riesgo (i) Haber cumplido 55 años de edad y (ii) Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala que el demandante para acceder a una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo debe probar lo siguiente:

(i) Haber desarrollado una actividad de alto riesgo
(ii) Cotizar o laborar 700 semanas en actividades de alto riesgo
(iii) Tener cumplidos 55 años de edad
(iv) Cumplir las semanas mínimas exigidas para acceder a una pensión de vejez en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003

Frente a los anteriores requisitos la Corte Constitucional en la sentencia precitada señaló que *"En el régimen actual, el monto de la pensión especial de vejez y sus características generales son iguales a las de la pensión ordinaria. Tanto así que ambas exigen el mismo mínimo de semanas cotizadas. Según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[1] y el artículo 4º del Decreto 2090 de 2003, la persona interesada en jubilarse debe haber aportado mil doscientas veinticinco (1225) semanas para el dos mil doce (2012), mil doscientas cincuenta (1250) para el dos mil trece (2013), mil doscientas setenta y cinco (1275) para el dos mil catorce (2014) y mil trescientas (1300) para el dos mil quince (2015). 5.6. Sin embargo, el régimen especial de vejez se diferencia del ordinario en dos (2) aspectos. Primero, disminuye el requisito de edad y, segundo, exige un monto de cotización más alto."*

[1] Por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

El art. 5° del Decreto 2090 del 2003 establece que el monto de la cotización especial para actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993 más 10 puntos adicionales a cargo del empleador.

Frente a los puntos adicionales en la cotización tanto la CSJ en su Sala de Casación Laboral (CSJ SL 1196-2020 que reiteró la CSJ SL 38948, 29 may. 2012, y CSJ SL9013-2017, que reiteró las CSJ SL398-2013 y CSJ SL398-2013) como la Corte Constitucional entre otras en la sentencia precitada, tienen por sentado que si el empleador omite realizar el pago de este porcentaje adicional, o si se retrasa en su pago, el trabajador no tiene por qué sufrir las consecuencias negativas de dicha omisión, señalando que al empleado se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual y no resulta justo que se vea privado de la pensión por una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a su empleador en los términos del artículo 22 de la Ley 100 de 1993[2], y por la cual éste debe responder. Por consiguiente, si el empleador no cancela a tiempo la cotización especial, la entidad administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el solicitante debe asumir la obligación pensional, no pudiendo excusarse en la omisión del empleador porque la legislación nacional le ha otorgado diversos mecanismos para cobrar y sancionar la cancelación extemporánea de dichos aportes.

Sentado lo anterior, procede la Sala a revisar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo en virtud de los parámetros del Decreto 2090 del 2003, así:

Haber desarrollado actividades de alto riesgo

El demandante al presentar su escrito de demanda manifiesta que se desempeñó como trabajador minero en socavones y subterráneos, hecho éste que encontró acreditado el fallador primigenio, quien además concluyó que dicha actividad está catalogada como de alto riesgo, requisito que se puede afirmar constituye el punto de distanciamiento con la accionada, quien en su alzada afirmó que ello no se logró probar.

Bajo ese horizonte, lo primero que debe señalarse es que la actividad de minería que implica prestar el servicio en socavones o en subterráneos está catalogada como una actividad de alto riesgo dentro de las enlistadas taxativamente en el Decreto 2090 del 2003, pues como lo ha referido nuestra Corte Constitucional, la minería es perjudicial por la peligrosidad que le es inherente, y además es especialmente riesgosa por las particulares condiciones en las que se desarrolla en el territorio colombiano.

Respecto de la ejecución de esta actividad, la pasiva desde la contestación de la demanda aceptó los hechos 5, 7, 9 y 11 en los cuales se manifestaba que el actor había prestado sus servicios para varios empleadores como trabajador minero en socavones o subterráneos, por ello, no resulta de recibo el argumento contenido en el recurso relacionado con la falta de prueba en el desarrollo de actividades de alto riesgo, máxime cuando el reparo expuesto por la demandada en la respuesta del libelo, se limitó al número de cotizaciones, arguyendo que sólo se había cotizado 370 semanas laboradas en actividades de alto riesgo.

[2] El artículo 22 de la Ley 100 de 1993 "El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. || El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador".

De acuerdo a lo anterior, es claro que no se discutió en el decurso de la primera instancia si el actor había prestado o no sus servicios a una actividad de alto riesgo sino únicamente si cumplía con las semanas exigidas para ser merecedor de la pensión especial deprecada.

Haber cotizado o laborado 700 semanas en actividades de alto riesgo

Para acreditar el tiempo laborado en actividades de alto riesgo, el demandante arrimó al proceso diferentes certificaciones de empleadores, las cuales fueron suficientes para que el fallador de primera instancia impartiera condena, material probatorio que la Sala procede a valorar para determinar si con ellas el actor cumplió con su carga probatoria en los términos del art. 167 del CGP, que dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Para realizar la valoración probatoria de las documentales allegadas, debemos tener en cuenta que el artículo 51 del CPT y de la SS establece que son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la Ley. Por su parte, el art. 165 del CGP, al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, contempla entre los medios de prueba los documentos.

El artículo 244 del CGP indica que un documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuye el documento. Señala, además que los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

En cuanto al valor de las copias el art. 246 ibidem establece que tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Al revisar las pruebas allegadas al proceso encuentra la Sala que el actor presentó como prueba cuatro documentos en copia con formato similar, sin ningún logo, ni membrete, en los cuales se observa lo siguiente:

(i) A folio 25, aparece documento suscrito por el señor Cipriano de Jesús Velásquez Tinjaca, en el que se señaló:

> **"A QUIEN INTERESE**
> **VELASQUEZ TINJACA CIPRIANO DE JESUS,** mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. **210731** de **Cucunubá,** certifica que el señor **EFRAÍN CHOCONTA MARTÍNEZ,** mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 210.879 de Cucunubá, prestó sus servicios a esta empresa desde el **07** de **Marzo** de **1988** hasta el **28** de **Febrero** de **1993.**
> Que el trabajador se desempeñó en el cargo de **operador minero,** en actividad especial de alto riesgo, que implicaba prestar el servicio en socavones o subterráneos y su salario era variable y en todo caso superior al salario mínimo legal mensual vigente.
> De igual forma, el trabajador se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral: en pensiones a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
> En atención al Decreto 2655 de 2014 y Decreto 2090 de 2003, se realizó cotización especial para las actividades de alto riesgo previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales."

(ii) A folio 26, se allegó documento firmado por el señor Elías Mejía Orduz, en el que se señaló:

> "**A QUIEN INTERESE**
> **ORDUZ MEJIA ELIAS,** mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. **5637008** de **FLORIDA BLANCA (Santander),** certifica que el señor **EFRAÍN CHOCONTA MARTÍNEZ,** mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 210.879 de Cucunubá, prestó sus servicios a esta empresa desde el **01** de **Septiembre** de **1985** hasta el **01** de **Septiembre** de **1987.**
> Que el trabajador se desempeñó en el cargo de **operador minero,** en actividad especial de alto riesgo, que implicaba prestar el servicio en socavones o subterráneos y su salario era variable y en todo caso superior al salario mínimo legal mensual vigente.
> De igual forma, el trabajador se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral: en pensiones a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
> En atención al Decreto 2655 de 2014 y Decreto 2090 de 2003, se realizó cotización especial para las actividades de alto riesgo previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales."

(iii) A folio 27, se arrimó documento suscrito por el señor Humberto Villamil Salazar como Representante Legal, sin especificar el nombre de la empresa que representa, ni contener logo o sello alguno con la identificación de la persona jurídica, en el que se señaló:

> "A QUIEN INTERESE
> **HUMBERTO VILLAMIL SALAZAR,** mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. **2.989.229** de **Cucunubá,** certifica que el señor **EFRAÍN CHOCONTA MARTÍNEZ,** mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 210.879 de, prestó sus servicios a esta empresa desde el **01** de **Febrero** de **2011** hasta el **31** de **Diciembre** de **2016.**
> Que el trabajador se desempeñó en el cargo de **Operador minero,** en actividad especial de alto riesgo, que implicaba prestar el servicio en socavones o subterráneos y su salario era variable y en todo caso superior al salario mínimo legal mensual vigente.
> De igual forma, el trabajador se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral: en salud a **FAMISANAR** E.P.S., en pensiones a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES; y a riesgos laborales a **POSITIVA.**
> En atención al Decreto 2655 de 2014 y Decreto 2090 de 2003, se realizó cotización especial para las actividades de alto riesgo previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales."

(iv) A folio 28, se observa documento firmado por el señor Humberto Villamil Salazar como Representante Legal de la empresa MINAS EL SIRAL S.A.S., en el que se señaló:

> "A QUIEN INTERESE
> **La empresa MINAS EL SIRAL S.A.S.,** identificada con NIT. No. **901021834,**
> certifica que el señor **EFRAÍN CHOCONTA MARTÍNEZ,** mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 210.879 de Cucunubá, presta sus servicios a esta empresa desde el **01** de **Enero** de **2017** hasta la fecha.
> Que el trabajador se desempeñó en el cargo de **operador minero,** en actividad especial de alto riesgo, que implicaba prestar el servicio en socavones o subterráneos y su salario era variable y en todo caso superior al salario mínimo legal mensual vigente.

> De igual forma, el trabajador se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral: en salud a **Famisanar** E.P.S., en pensiones a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES; y a riesgos laborales a **Positiva**
> En atención al Decreto 2655 de 2014 y Decreto 2090 de 2003, se realizó cotización especial para las actividades de alto riesgo previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales**."**

Al revisar los anteriores documentos considera la Sala que, pese a que sobre los mismos recae una presunción de autenticidad, al no haber sido objeto de tacha de falsedad, no se puede pasar por alto que Colpensiones, única demandada estaba imposibilitada para su formulación, pues el contenido de dichos documentos solo podía ser controvertido por la persona que se dice, los elaboró. Y pese a que no fueron objeto de desconocimiento por la pasiva, ni se solicitó su ratificación en los términos del art. 262 del CGP, lo cierto es que, la presunción se encuentra desvirtuada en razón a que su contenido no se acompasa con la realidad.

Frente a este tópico, llama la atención que en el documento que aparece firmado por el señor Cipriano de Jesús Velásquez Tinjaca, se certifica que se realizó la cotización especial a Colpensiones para las actividades de alto riesgo previsto en la Ley 100 de 1993 más 10 puntos adicionales para el tiempo que se dice laboró el actor entre el 7 de marzo de 1988 al 28 de febrero de 1993, y que el empleador Elías Mejía Orduz manifieste que realizó la cotización especial por el tiempo laborado entre el 1° de septiembre de 1985 y el 1° de septiembre de 1987, cuando es claro, que únicamente con la expedición del Decreto 1281 de 1994 nació la obligación en cabeza de los empleadores de aportar un porcentaje adicional a la cotización obligatoria en tratándose de trabajadores que desempeñaran actividades de alto riesgo, el cual inicialmente fue de un 6% y solamente hasta el Decreto 2090 del 2003 se estipuló que fuera de 10 puntos adicionales. Por tanto, no es cierto que se haya realizado durante toda la relación laboral una cotización con 10 puntos adicionales, lo cual además se corrobora al verificar la historia laboral expedida por Colpensiones, visible a folio 54 y s.s.

De esta manera y contrario a lo señalado por el a quo, para la Sala no cuentan con eficacia probatoria las certificaciones allegadas por la activa, no obstante, revisada la historia laboral expedida por Colpensiones visible a folio 54 y s.s. se puede determinar cuantas semanas fueron cotizadas por sus empleadores en desarrollo de actividades de alto riesgo, para lo cual se verifica que realizaron la cotización adicional exigida:

(i) El empleador **"CONTRACARBON CTA"** para los ciclos de mayo a diciembre del 2004, reportó lo siguiente:

PERÍODO	IBC REPORTADO	COTIZACION QUE SE DEBIA PAGAR CON LOS 10 PUNTOS ADICIONALES	COTIZACION PAGADA	DIAS REPORTADOS
200405	$ 120.000	$ 29.400	$ 29.400	10
200406	$ 650.000	$ 159.250	$ 159.300	30
200407	$ 482.000	$ 118.090	$ 90.600	No hizo cotización adicional
200408	$ 700.000	$ 171.500	$ 173.400	30
200409	$ 1.500.000	$ 367.500	$ 367.500	30
200410	$ 1.400.000	$ 343.000	$ 343.000	30

200411	$ 1.400.000	$ 342.500	$ 342.500	30
200412	$ 1.496.000	$ 366.520	$ 371.800	30

Al realizar las operaciones aritméticas encontramos que el empleador "CONTRACARBON CTA" no sólo realizó la cotización de 14.5% que estaba vigente para esa fecha, sino que lo hizo teniendo en cuenta 10 puntos adicionales, es decir, que cotizó sobre un 24.5% del IBC que reportó para los ciclos de mayo, junio agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2004, por lo que estas semanas se entiende que fueron reportadas por el empleador como desarrolladas bajo una actividad de alto riesgo (**27.42 semanas**).

(ii) El **empleador "MINEROS DE CUCUNUBA PCTA"** para los ciclos de enero del 2005 a diciembre del 2010, reportó lo siguiente:

PERÍODO	IBC REPORTADO	COTIZACION QUE SE DEBIA PAGAR CON LOS 10 PUNTOS ADICIONALES	COTIZACION PAGADA	DIAS REPORTADOS
200501	$ 1.450.000	$ 361.800	$ 361.800	30
200502	$ 1.450.000	$ 362.000	$ 362.000	30
200503	$ 1.920.000	$ 480.100	$ 480.100	30
200504	$ 1.550.000	$ 387.200	$ 387.200	30
200505	$ 1.600.000	$ 400.000	$ 400.000	30
200506	$ 1.670.000	$ 418.700	$ 418.700	30
200507	$ 1.450.000	$ 363.950	$ 365.300	30
200508	$ 1.460.000	$ 366.460	$ 378.400	30
200509	$ 717.000	$ 176.984	$ 176.984	15
200510	$ 214.450	$ 53.383	$ 53.383	3
200511	$ 1.400.000	$ 349.900	$ 349.900	30
200601	$ 1.547.000	$ 394.485	$ 400.035	29
200602	$ 1.450.000	$ 369.750	$ 369.846	30
200603	$ 1.731.000	$ 441.405	$ 441.702	30
200604	$ 1.515.000	$ 386.325	$ 386.459	30
200605	$ 1.693.000	$ 431.715	$ 431.852	30
200606	$ 1.481.000	$ 377.655	$ 379.384	30
200607	$ 1.452.000	$ 370.260	$ 372.900	30
200608	$ 1.673.000	$ 426.615	$ 428.600	30
200609	$ 1.757.000	$ 448.035	$ 448.500	30
200610	$ 1.795.000	$ 457.725	$ 457.900	30
200611	$ 1.726.000	$ 440.130	$ 444.500	30
200612	$ 927.000	$ 236.385	$ 236.200	30
200701	$ 856.000	$ 218.280	$ 218.000	30
200702	$ 1.691.000	$ 430.700	$ 430.700	30
200703	$ 1.818.000	$ 463.000	$ 463.000	30
200704	$ 1.480.000	$ 374.200	$ 374.200	30
200705	$ 1.896.000	$ 482.900	$ 482.900	30
200706	$ 1.806.000	$ 459.200	$ 459.200	30
200707	$ 1.906.000	$ 484.300	$ 484.300	30
200708	$ 1.836.000	$ 467.500	$ 467.500	30

200709	$ 1.996.000	$ 508.980	$ 508.200	30
200710	$ 1.996.000	$ 508.600	$ 508.600	30
200711	$ 1.824.000	$ 464.400	$ 464.400	30
200712	$ 1.612.000	$ 409.500	$ 409.500	30
200801	$ 1.386.000	$ 359.800	$ 359.800	30
200802	$ 1.897.000	$ 492.400	$ 492.400	30
200803	$ 1.611.000	$ 417.600	$ 417.600	30
200804	$ 2.289.000	$ 595.100	$ 595.100	30
200805	$ 2.117.000	$ 548.600	$ 548.600	30
200806	$ 1.767.000	$ 458.000	$ 458.000	30
200807	$ 1.920.000	$ 499.200	$ 499.200	30
200808	$ 2.072.000	$ 537.900	$ 537.900	30
200809	$ 1.873.000	$ 485.500	$ 485.500	30
200810	$ 1.694.000	$ 439.100	$ 439.100	30
200811	$ 1.549.000	$ 402.700	$ 402.700	30
200812	$ 1.400.000	$ 364.000	$ 364.000	30
200901	$ 1.400.000	$ 364.000	$ 364.000	30
200902	$ 1.400.000	$ 364.000	$ 364.000	30
200903	$ 1.400.000	$ 364.000	$ 364.000	30
200904	$ 1.073.000	$ 278.980	$ 279.000	30
200905	$ 1.520.000	$ 395.200	$ 395.204	30
200906	$ 1.814.000	$ 471.640	$ 471.598	30
200907	$ 1.623.000	$ 421.980	$ 421.998	30
200908	$ 2.291.000	$ 595.660	$ 595.724	30
200909	$ 1.994.000	$ 518.412	$ 518.412	30
200910	$ 1.762.000	$ 458.103	$ 458.103	30
200911	$ 1.903.000	$ 494.780	$ 494.796	30
200912	$ 1.616.000	$ 420.160	$ 420.197	30
201001	$ 1.522.000	$ 395.700	$ 395.700	30
201002	$ 2.626.000	$ 682.760	$ 420.200	No hizo cotización adicional
201003	$ 2.460.000	$ 639.600	$ 639.600	30
201004	$ 2.400.000	$ 624.000	$ 384.000	No hizo cotización adicional
201005	$ 2.400.000	$ 624.000	$ 624.000	30
201006	$ 2.400.000	$ 624.000	$ 624.005	30
201007	$ 2.400.000	$ 624.000	$ 624.000	30
201008	$ 2.400.000	$ 624.000	$ 624.000	30
201009	$ 2.400.000	$ 624.000	$ 624.001	30
201010	$ 2.400.000	$ 624.000	$ 624.000	30
201011	$ 2.400.000	$ 624.000	$ 624.000	30
201012	$ 2.474.000	$ 643.214	$ 643.214	30
201101	$ 557.000	$ 144.798	$ 144.798	30

Al realizar las operaciones aritméticas encontramos que el empleador "CONTRACARBON CTA" no sólo realizó la cotización obligatoria que estaba vigente para cada ciclo, sino que además cotizó teniendo en cuenta 10 puntos adicionales, por lo que se entiende que las semanas que pagó con los puntos adicionales fueron reportadas por el empleador como desarrolladas bajo una actividad de alto riesgo (**296.89 semanas**).

(iii) El empleador **"HUMBERTO VILLAMIL SALAZAR"** para los ciclos de enero del 2011 a diciembre del 2016, reportó lo siguiente:

PERÍODO	IBC REPORTADO	COTIZACION QUE SE DEBIA PAGAR CON LOS 10 PUNTOS ADICIONALES	COTIZACION PAGADA	DIAS REPORTADOS
201101	$ 27.000	$ 7.020	$ 7.012	1
201102	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.481	30
201103	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201104	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201105	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201106	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201107	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201108	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201109	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201110	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201111	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201112	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201201	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201202	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201203	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201204	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201205	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201206	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201207	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.619	30
201208	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.625	30
201209	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201210	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201211	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201212	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201301	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.772	30
201302	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201303	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201304	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201305	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201306	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201307	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201308	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201309	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201310	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201311	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201312	$ 800.000	$ 208.000	$ 208.000	30
201401	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201402	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201403	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201404	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201405	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201406	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201407	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30

201408	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201409	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201410	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201411	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201412	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201501	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201502	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201503	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201504	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201505	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201506	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201507	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201508	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201509	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201510	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201511	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201512	$ 1.120.000	$ 291.200	$ 291.200	30
201601	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201602	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201603	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201604	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201605	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201606	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201607	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201608	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201609	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201610	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201611	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30
201612	$ 1.500.000	$ 390.000	$ 390.000	30

Al realizar las operaciones aritméticas encontramos que el empleador "HUMBERTO VILLAMIL SALAZAR" no sólo realizó la cotización obligatoria que estaba vigente para cada ciclo, sino que adicionalmente cotizó teniendo en cuenta 10 puntos adicionales, por lo que se entiende que estas semanas que pagó con los puntos adicionales, fueron reportadas por el empleador como desarrolladas bajo una actividad de alto riesgo (**307.57 semanas**).

(iv) El empleador **"MINAS EL SIRAL S.A.S."** para los ciclos de enero del 2017 a junio del 2018 reportó lo siguiente:

PERÍODO	IBC REPORTADO	COTIZACION QUE SE DEBIA PAGAR CON LOS 10 PUNTOS ADICIONALES	COTIZACION PAGADA	DIAS REPORTADOS
201701	$ 2.088.000	$ 542.880	$ 542.900	29
201702	$ 2.160.000	$ 561.600	$ 561.600	30
201703	$ 2.160.000	$ 561.600	$ 561.600	30
201704	$ 2.160.000	$ 561.600	$ 561.600	30
201705	$ 2.160.000	$ 561.600	$ 561.600	30

201706	$ 2.160.000	$ 561.600	$ 561.600	30
201707	$ 2.298.240	$ 597.542	$ 597.600	30
201708	$ 2.298.240	$ 597.542	$ 597.600	30
201709	$ 2.298.240	$ 597.542	$ 597.600	30
201710	$ 2.298.240	$ 597.542	$ 597.600	30
201711	$ 2.298.240	$ 597.542	$ 597.600	30
201712	$ 2.098.240	$ 545.542	$ 546.100	30
201801	$ 2.098.240	$ 545.542	$ 545.600	30
201802	$ 2.480.000	$ 644.800	$ 644.900	30
201803	$ 2.480.000	$ 644.800	$ 0	No hizo cotización adicional
201804	$ 2.480.000	$ 644.800	$ 644.900	30
201805	$ 2.480.000	$ 644.800	$ 644.900	30
201806	$ 2.480.000	$ 644.800	$ 644.900	30

Al realizar las operaciones aritméticas encontramos que el empleador "MINAS EL SIRAL S.A.S." no sólo realizó la cotización obligatoria que estaba vigente para cada ciclo, sino que lo hizo teniendo en cuenta 10 puntos adicionales, por lo que se entiende que las semanas que pagó con los puntos adicionales fueron reportadas por el empleador como desarrolladas bajo una actividad de alto riesgo (73.46 semanas).

(iv) El empleador **"COLMINA S.A."** para los ciclos de enero del 2011 a diciembre del 2013, reportó lo siguiente:

PERÍODO	IBC REPORTADO	COTIZACION QUE SE DEBIA PAGAR CON LOS 6 PUNTOS ADICIONALES	COTIZACION PAGADA	DIAS REPORTADOS
200101	$ 584.998	$ 114.075	$ 85.300	No hizo cotización adicional
200109	$ 568.749	$ 110.906	$ 79.900	No hizo cotización adicional
200110	$ 989.533	$ 192.959	$ 151.100	No hizo cotización adicional
200111	$ 676.666	$ 131.950	$ 103.300	No hizo cotización adicional
200112	$ 515.000	$ 100.425	$ 77.200	No hizo cotización adicional
200201	$ 637.500	$ 124.313	$ 92.700	No hizo cotización adicional
200202	$ 665.000	$ 129.675	$ 96.400	No hizo cotización adicional
200203	$ 898.750	$ 175.256	$ 126.100	No hizo cotización adicional
200204	$ 425.600	$ 82.992	$ 55.500	No hizo cotización adicional
200205	$ 600.000	$ 117.000	$ 81.100	No hizo cotización adicional
200206	$ 420.000	$ 81.900	$ 59.500	No hizo cotización adicional
200207	$ 818.749	$ 159.656	$ 115.300	No hizo cotización adicional
200208	$ 700.000	$ 136.500	$ 98.000	No hizo cotización adicional
200209	$ 631.000	$ 123.045	$ 87.200	No hizo cotización adicional
200210	$ 784.350	$ 152.948	$ 109.400	No hizo cotización adicional
200211	$ 745.850	$ 145.441	$ 100.500	No hizo cotización adicional

200212	$ 532.550	$ 103.847	$ 74.200	No hizo cotización adicional
200301	$ 529.150	$ 103.184	$ 104.800	30
200302	$ 736.241	$ 143.567	$ 146.500	30
200303	$ 645.000	$ 125.775	$ 127.500	30
200304	$ 590.000	$ 115.050	$ 117.000	30
200305	$ 600.000	$ 117.000	$ 117.700	30
200306	$ 736.000	$ 143.300	$ 143.300	30
200307	$ 600.000	$ 117.000	$ 117.000	30
200308	$ 600.000	$ 141.000	$ 117.100	No hizo cotización adicional
200309	$ 600.000	$ 141.000	$ 142.500	30
200310	$ 600.000	$ 141.000	$ 140.900	30
200311	$ 298.782	$ 70.214	$ 70.200	30
200312	$ 431.980	$ 101.515	$ 101.500	30

Es necesario señalar que al revisar la historia laboral no se observa que el empleador "COLMINAS S.A." haya pagado la cotización para los ciclos de enero del 2001 a diciembre del 2002 y la de agosto del 2003 con la cotización adicional. Sin embargo, se evidencia que, si lo hizo en los ciclos de enero a julio del 2003 y septiembre del 2003 a diciembre del 2003, por lo que estas semanas se entiende que las pagó con los puntos adicionales fueron reportadas por el empleador como desarrolladas bajo una actividad de alto riesgo (**47.63 semanas**).

Al contabilizar las anteriores semanas frente a las cuales existe certeza que el trabajador las laboró en actividades de alto riesgo, pues su empleador pago el porcentaje adicional, se evidencia que el actor cumplió con el requisito de haber cotizado más de 700 semanas en actividades de alto riesgo, pues cuenta con **752.97 semanas.** No se contabilizan más semanas pues el actor no probó que en los ciclos en las que el empleador no pagó los puntos adicionales exigidos su labor hubiese sido en actividades de alto riesgo.

Haber cumplido 55 años de edad

El demandante nació el 16 de noviembre de 1964, como da cuenta su registro civil de nacimiento visible a folio 13, por lo que cumplió los 55 años de edad, el mismo día y mes del año 2019.

El inciso 3° del art. 4° del Decreto 2090 del 2003, establece que la edad para pensionarse se disminuirá 1 año por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones. Es necesario precisar, que contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia no hay lugar a disminuir la edad, pues sólo se logró establecer que el actor prestó 752.97 semanas en actividades de alto riesgo.

Haber cotizado el número mínimo de semanas exigidos en la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, exige a partir del año 2015 para acceder a una pensión de vejez haber cotizado 1300 semanas requisito que también cumple el señor Chocontá Martínez, pues al revisar la historia laboral visible a folio 56 y s.s. se evidencia que el actor logró cotizar un total de 1476.433 semanas.

En consecuencia, acertó el fallador de primera instancia cuando señaló que el actor tiene derecho a que se le reconozca una pensión de vejez especial por haber desarrollado actividades de alto riesgo, la cual se causó el **16 de noviembre del 2019**, fecha en la cual contaba con la edad y el número de semanas exigido.

Disfrute de la pensión

Como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, para empezar a disfrutar de la pensión es necesaria la desafiliación del sistema; lo cual es diferente a la causación que se consolida cuando el afiliado cumple con los requisitos para acceder a una pensión.

En los casos en que no aparece la novedad de retiro, la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que, aunque no obre el acto de desafiliación, siempre y cuando el afiliado haya cumplido con los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, puede acudirse a cualquier medio de prueba que demuestre la intención del afiliado de no volver a cotizar para acceder a la prestación pensional. (Sentencia H. Corte Suprema de Justicia SL 12863-2017)

En el presente caso, como ya se dijo el derecho se causó el 16 de noviembre del 2019 fecha para la cual el actor ya no se encontraba cotizando, pues su última cotización se refleja en junio del 2018, conforme a la historia laboral visible a folio 49 y s.s., por lo que se entiende que su intención era desafiliarse del sistema, motivo por el que se le reconoce la pensión especial de vejez a partir del **16 de noviembre del 2019.**

Monto de la pensión

El artículo 7° del Decreto 2090 del 2003 señala que en lo no previsto en dicho Decreto para las pensiones especiales se aplican las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 del 2003 y sus decretos reglamentarios.

Así entonces, para liquidar la pensión especial debemos remitirnos al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que establece que el IBL se liquida con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante a los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo cuando haya cotizado más de 1250 semanas como ocurre en el presente caso. Para establecer la tasa de reemplazo nos remitimos al art. 34 ibidem. Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que el actor tiene derecho a que se le reconozca una mesada inicial en cuantía de $1’261.964,52 para el año 2019.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 CPT y de la SS, pues la demanda fue interpuesta el 23 de julio del 2018, fecha para la cual el actor ni siquiera había causado su derecho al reconocimiento de la pensión especial que aquí se depreca, pues como ya se dijo, lo causó el 16 de noviembre del 2019.

Retroactivo pensional

Al realizar los cálculos correspondientes se encuentra que Colpensiones adeuda al actor la suma de **$14'944.183,89** por las mesadas causadas entre el 16 de noviembre del 2019 y el 30 de septiembre del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

De conformidad con el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9º de la Ley 797 de 2003, debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud.

En el presente caso, encuentra la Sala que el demandante solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión el 14 de marzo del 2018 (fol. 31) y radicó la demanda el 23 de julio del 2018, fechas para las cuales no tenía causado su derecho, pues como ya se dijo, se causó el 16 de noviembre del 2019. Por tanto, Colpensiones no incurrió en ninguna mora; razón por la cual acertó el a quo al absolverla del pago de los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Costas en favor de Colpensiones

Si bien es cierto de conformidad con el artículo 365 del CGP se debe condenar a la parte vencida en el proceso que en este caso sería Colpensiones, lo cierto es que en el presente caso la demanda fue radicada el 23 de julio del 2018 fecha para la cual aún el demandante no había causado el derecho; razón por la cual se revoca la condena impuestas por costas procesales.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero y segundo de la sentencia proferida el 27 de febrero del 2019, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor EFRAÍN CHOCONTA MARTÍNEZ la pensión especial de vejez a partir del **16 de noviembre del 2019**.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al señor EFRAÍN CHOCONTA MARTÍNEZ una mesada inicial de **$1'261.964,52** a partir del 16 de noviembre del 2019, la cual deberá ser reajustada anualmente.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada para CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al señor EFRAÍN CHOCONTA MARTÍNEZ la suma de **$14’944.183,89** por las mesadas causadas entre el 16 de noviembre del 2019 y el 30 de septiembre del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

CUARTO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada para en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de las costas de primera instancia.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás

SEXTO:. **SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***RIGOBERTO JIMÉNEZ MONTAÑA***
DEMANDADO: ***MASSY ENERGI COLOMBIA S.A.S.***
RADICACIÓN: ***1100131050-08-2017-00635-01***
ASUNTO: ***CONSULTA SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***PAGO HORAS EXTRAS***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020, levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rigoberto Jiménez Montoya instauró demanda ordinaria contra Massy Energi Colombia S.A.S., con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió una relación laboral y que la demandada debe reconocer a su favor las horas extras causadas durante la vigencia de la misma; en consecuencia, se condene al pago de dichas horas extras, junto con el reajuste de las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones y los aportes al Sistema General de Pensiones, así como la indemnización moratoria, la indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 14 de febrero de 2015, para desempeñar el cargo de Técnico Electricista 1; que el último salario devengado ascendió a la suma de $2.641.775; que la jornada de trabajo pactada era 14 días de trabajo por 7 días de descanso, en turnos de 6pm a 6am, con una hora de cena entre las 9pm y las 10 pm, incluyendo un receso de 22 minutos, o de 6am a 6pm con una hora de almuerzo entre las 12m y la 1 pm, y dos recesos de 22 minutos, uno en la mañana y otro en la tarde; que el contrato de trabajo terminó el 18 de febrero de 2016; que la demandada no liquidó la totalidad de horas extras laboradas ni tampoco las reconoció en la liquidación de prestaciones sociales; que el 16 de diciembre de 2016, solicitó ante la encartada el reconocimiento y pago de las horas extras adeudadas, quien contestó mediante comunicación de fecha 4 de enero de 2017, en sentido desfavorable.

2. Contestación de MASSY ENERGI COLOMBIA S.A.S. Contestó la demanda aceptando la existencia de la relación laboral y oponiéndose a las demás pretensiones, argumentando que pagó oportunamente al trabajador las horas extras registradas y laboradas, tal como consta en los desprendibles de nómina, precisando, además que el actor prestó sus servicios dentro de la jornada máxima legal con una hora de almuerzo o cena y disfrutó del descanso obligatorio.

Agregó que el demandante no acredita el supuesto trabajo suplementario que aduce en la demanda, además, precisó que a la terminación del vínculo liquidó y canceló en debida forma al demandante sus prestaciones sociales, así como sus períodos de vacaciones, teniendo en cuenta para el efecto el salario realmente devengado. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y ausencia de causa, prescripción, pago, compensación y buena fe. (fols. 55 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de septiembre del 2019, en la que el Juzgado declaró que entre las partes existió un contrato por obra o labor desde el 4 de febrero de 2015 hasta el 18 de febrero de 2016, absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, ausencia de causa y pago, propuestas por la convocada y condenó en costas al demandante. (CD fol. 80).

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia del contrato de trabajo, pues la demandada aceptó el mismo al contestar la demanda, no obstante, negó el extremo inicial aducido por el actor, el cual se constata de la documental allegada al proceso, y de la que se concluye que entre las partes se celebró un contrato de trabajo por obra o labor desde el 4 de febrero de 2015, siendo su fecha de terminación el 18 de febrero de 2016.

Agregó que el demandante no acreditó con claridad y precisión que trabajó horas extras adicionales a las reconocidas por la demandada, amén que en el escrito inicial ni siquiera se aducen o se relacionan las horas extras respecto de las cuales se pretende su reconocimiento.

Precisó que la jornada por tunos no necesariamente implica un trabajo suplementario, pues el CST del trabajo permite laborar más de 8 horas diarias y 48 horas semanales, siempre que no se supere el promedio de 144 horas en tres semanas, parámetro normativo que no se observa trasgredido, porque el propio demandante señaló que prestó sus servicios por 14 días y descansó 7.

4. Alegatos demandada. Manifestó que no adeuda suma de dinero alguna en favor del demandante, como quiera que pagó oportuna y debidamente el trabajo suplementario efectivamente laborado por el señor Jiménez, y el pago de la liquidación final de acreencias laborales se hizo en correcta forma, tomando como ingreso base de liquidación todos los pagos salariales efectivamente percibidos por el entonces trabajador. Agregó que el actor no logró cumplir con la carga de la prueba que se encontraba en su cabeza, a diferencia de lo probado a lo largo del proceso por la encartada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia totalmente adversa a sus pretensiones de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Acertó el Juzgado de primera instancia al negar el reconocimiento y pago de las horas extras y la reliquidaicón de las prestaciones sociales y vacaciones peticionadas en la demanda?

De la existencia de la relación laboral

En el presente caso se encuentra acreditado que las partes celebraron un contrato de trabajo por obra o labor desde el 4 de febrero de 2015, para que el actor desempeñara el cargo de Tecnico Electricista 1, modalidad contractual que fue modificada a término indefinido, mediante Otrosí No. 002 del 25 de enero de 2016 suscrito por las partes (fols. 62 a 64).

Igualmente, se encuentra probado que el contrato de trabajo terminó el 18 de febrero de 2016, por despido sin justa causa con el pago de la respectiva indemnización, como da cuenta la carta visible a folio 67 y la liquidación de prestaciones sociales obrante a folios 65 a 66.

De las horas extras y la reliquidación de las prestaciones sociales

Con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, observa la Sala que la parte actora en su escrito de demanda reclama el reconocimiento y pago de horas extras, frente a lo cual la demandada indicó que el trabajador prestó sus servicios dentro de la jornada máxima legal, y que siempre que laboró horas extras, las mismas le fueron reconocidas durante la vigencia de la relación laboral.

De cara a lo expuesto, debe la Sala rememorar que de antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos, las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae, tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas. Así se ha definido, entre otras, en la sentencia SL2931-2019.

En el presente caso, no existe discusión respecto a que el actor durante la ejecución del contrato de trabajo prestó sus servicios más allá de la jornada ordinaria, pues ello es aceptado por la encartada en su contestación y se puede observar en los desprendibles de nómina, visibles a folios 69 y s.s., en los que se relacionan las horas extras diurnas ordinarias y extraordinarias, así como los recargos dominicales o festivos que efectivamente fueron pagados a su favor.

No obstante, observa la Colegiatura que adicional a las documentales reseñadas no obra prueba dentro del proceso que permita establecer que el actor en realidad laboró horas extras distintas a las aceptadas por el empleador y relacionadas en los

comprobantes de nómina, pues nótese que el convocante únicamente allega al proceso el derecho de petición que formuló ante la encartada el 15 de diciembre de 2016, reclamando el pago de lo aquí pretendido y la respuesta que le fue dada por su ex empleadora el 4 de enero de 2017 (fols. 16 y s.s.).

A lo anterior, se suma que aunque en la demanda se indicó que el actor prestó sus servicios en tunos de 12 horas por 14 días, con 7 días de descanso, dicho horario no fue aceptado por la encartada en su contestación, pues nótese que aunque la convocada aceptó el hecho cuarto en el que se indicó que la jornada laboral entre las partes era de 14 días de trabajo por 7 días de descanso, lo cual también se constata en el contrato de trabajo (fol. 62), lo cierto es que no aceptó lo afirmado en el hecho quinto, en el que se dijo que los turnos a desarrollar fueron de 6pm a 6am con una hora de cena y descanso de 20 minutos, así como de 6am a 6pm, con una hora de almuerzo y dos recesos de 22 minutos, uno en la mañana y otro en la tarde.

En ese orden, encuentra la Sala de Decisión que el accionante no cumplió con la carga probatoria que le compete conforme al artículo 167 del CGP, ya que no demostró dentro del proceso que laboró horas extras adicionales a las que le reconoció la empresa demandada, y que se constatan en los desprendibles de nómina allegados con la contestación de la demanda.

Igualmente, resalta la Sala que conforme lo indicó el Juzgado, el desempeño de la labor por turnos no implica per se la causación de horas extras, pues de conformidad con el artículo 165 del CST *"Cuando la naturaleza de la labor no exija actividad continuada y se lleve a cabo por turnos de trabajadores, la duración de la jornada puede ampliarse en más de ocho (8) horas, o en más de cuarenta y ocho (48) semanales, siempre que el promedio de las horas de trabajo calculado para un período que no exceda de tres (3) semanas, no pase de ocho (8) horas diarias ni de cuarenta y ocho (48) a la semana. Esta ampliación no constituye trabajo suplementario o de horas extras".*

En ese orden, si la jornada no supera el promedio de 144 horas en un período de 3 semanas, no se genera el pago de horas extras, siendo preciso advertir que en el presente caso no se encuentra acreditado que en efecto ese promedio fue superado por el actor.

Por tanto, concluye la Sala que carece de visos de prosperidad el reconocimiento del trabajo suplementario peticionado por el actor, así como la reliquidación de las prestaciones y vacaciones que le fueron pagadas, siendo claro que acertó el Juzgado de primera instancia al absolver a la demandada de los pedimentos formulados en su contra.

Virtud de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la sentencia consultada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de septiembre del 2019, por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***EMPERATRIZ SUAREZ AMAYA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-26-2018-00579-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE-DEMANDADA***
TEMA:	***INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. FELIPE ALBERTO GRANADOS PRECIADO como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Emperatriz Suárez Amaya instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, con base en 759,28 semanas de cotización, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.)

Como fundamento de sus pretensiones indicó que convivió con el señor José Calixto Jiménez Lara desde el 30 de noviembre de 2002 hasta la fecha de su fallecimiento que lo fue el 16 de junio de 2008; que solicitó ante el entonces ISS el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada por dicha entidad; que formuló demanda ordinaria laboral en contra del ISS, la cual correspondió al Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá; que dicho Juzgado condenó al ISS al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, decisión

que fue revocada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual a su vez no fue casada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ; que la negativa del derecho pensional nunca se sustentó en el requisito de convivencia, sino en la imposibilidad de reconocerlo a la luz del principio de la condición más beneficiosa; que el 17 de agosto de 201, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante la Resolución SUB 86647 del 2 de abril de 2018, aduciendo que no se acreditó 5 años de convivencia anteriores al deceso del causante; que dicho acto administrativo fue confirmado por las Resoluciones SUB 136882 del 23 de mayo de 2018 y DIR 10399 del 29 de mayo de la misma anualidad.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 45); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante no es beneficiaria de la prestación que reclama, en tanto no acredita 5 años de convivencia anteriores a la muerte del causante. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fols. 49 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 4 de marzo del 2020, en la que el Juzgado condenó a Colpensiones a pagar a favor de la demandante la suma única de $4.629.208, la cual deberá cancelarse debidamente indexada; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Colpensiones. (C.D. fol. 80).

Como sustento de su decisión indicó que la norma aplicable corresponde a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003, conforme a la fecha de fallecimiento del causante. Agregó que de las declaraciones extra jucio y las testimomiales allegadas al proceso, se advierte la calidad de compañera permanente de la señora Suarez Amaya y el tiempo de convivencia con el causante, de manera que es procedente reconocer la indemnización sustitutiva reclamada, la cual debe liquidarse con base en 760 semanas de cotización, conforme a la historia laboral obrante en el proceso.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la indemnización sustitutiva en realidad asciende a la suma de $7.422.870, por lo que en la segunda instancia debe verificarse su liquidación. Igualmente, dijo que Colpensiones ha incurrido en mora en el reconocimiento y pago de la prestación reclamada, a pesar de contar con todos los documentos para el efecto, por lo que debe imponerse condena por los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Por su parte, la demandada interpuso recurso de apelación, argumentando que en el presente caso no se encuentra acreditada la convivencia de 5 años con anterioridad a la fecha de fallecimiento del causante, pues del testimonio de la señora Yuri y del señor que *"entregaba los repuestos"*, no se puede establecer con

claridad dicho requisito. Asimismo, dijo que debe considerarse la investigación administrativa realizada por la convocada, ya que cuando se realizó el trabajo de campo, tampoco se pudo establecer el término de convivencia exigido por la ley. (C.D. fol. 80).

6. Alegatos demandante. Manifestó que la cifra reconocida en la sentencia de primera instancia no es acorde con los aportes, el IBL actualizado y la fórmula establecida en el artículo 37 de la ley 100 de 1993. Indicó que el valor promedio ponderado es de $ 7.422.870, y actualizando el valor de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes con el IPC del 2018 y hasta el 2020, arroja un valor de $8.098.043. Finalmente, dijo que los intereses moratorios deben empezar a correr a partir de la fecha en la cual se radicó la reclamación administrativa y hasta la fecha en la cual COLPENSIONES realice y pague el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

7. Alegatos demandada. Indicó que de la investigación administrativa realizada por Colpensiones y de las demás pruebas arrimadas al proceso no se logra establecer convivencia entre el señor José Calixto Jiménez y la señora Emperatriz Suarez durante los últimos 5 años antes de ocurrido el deceso, de manera que la demandante no es merecedora del derecho que reclama.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿La parte actora no reúne los requisitos para ser merecedora de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que reclama en calidad de compañera permanente del causante José Calixto Jiménez Lara? En caso negativo, (ii) ¿El valor de la indemnización sustitutiva asciende a un total de $7.422.870? y (iii) ¿Es procedente el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes

Para resolver el problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la demandante a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes reclamada, sea lo primero indicar que la norma aplicable al caso corresponde a la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, por cuanto la muerte del señor José Calixto Jiménez Lara tuvo lugar el 16 de junio de 2008 (fol. 8), cuyo artículo 49 establece que los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización

equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la dicha ley.

Ahora bien, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes *"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte".*

Sobre esta última norma indicó la CSJ Sala de Casación Laboral en reciente sentencia, esto es, la SL1730-2020, que al hacer una nueva revisión de su contenido, se advierte con suma claridad que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí establecida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, pues una intelección distinta comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse la distinción que fue expresamente prevista por el legislador en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, amén que en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, se estableció ese requisito de convivencia de 5 años para el cónyuge o el compañero permanente del pensionado, lo cual a juicio de la Alta Corporación pretende evitar conductas fraudulentas y convivencias a última hora de quien está próximo a fallecer.

Conforme a lo anterior, concluyó la CSJ que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge o compañera permanente del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida (cónyuge o compañera) y la conformación del núcleo familiar para el momento de la muerte, se da cumplimiento al presupuesto previsto en la norma que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, como la pensión de sobrevivientes, la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.

Por tanto, ha de advertir la Sala que se equivoca la demandada al aducir que en el presente caso la demandante no tiene derecho a la prestación que reclama por no acreditar 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, ya que, dicha condición no le es exigible cuando el de cujus tenía la calidad de afiliado, siendo entonces claro que a la actora sí le asiste la indemnización deprecada, pues a la fecha del óbito estaba haciendo vida marital con el señor José Calixto Jiménez Lara, desde el año 2002 como lo dijo el testigo Gustavo Jiménez Riaño en calidad de cuñado del causante, lo cual es ratificado por la nuera de la demandante Yuli Carolina Penagos, el señor Ciro Jiménez Guerra amigo del fallecido y la actora, a quienes les consta las situaciones descritas desde el año 2003. (CD fol. 61).

Además, no hay duda que en el *examine* no se encuentran reunidos los requisitos por la convocante para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, como quedó establecido por este Tribunal en sentencia del 15 de abril de 2011, la cual no fue casada por la CSJ en sentencia del 19 de febrero de 2014, como se observa

del expediente administrativo visible a folio 54, de manera que acertó el Juzgado al acceder a la prestación aquí reclamada.

Cuantificación de la indemnización sustitutiva

Procede la Sala conforme al artículo 3° del Decreto 1730 del 2001, a calcular el monto de la indemnización sustitutiva, la cual equivale a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, resultado al que se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, lo cual arroja la suma de $ 6.438.523,00 de acuerdo a la liquidación anexa que hace parte integral de esta sentencia, teniendo en cuenta que el salario base se indexa al 16 de junio de 2008, fecha de fallecimiento del causante.

Por tanto, es procedente modificar el valor reconocido por el Juzgado, pero en los términos anteriormente anotados y no en la suma hallada por la parte actora.

Intereses moratorios

En cuanto al problema jurídico relacionado con los intereses moratorios baste con decir que los mismos no resultan procedentes, en la medida que conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos tienen lugar en el caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, situación que aquí no ocurre, pues el *examine* no versa sobre el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.
No obstante, ante la evidente devaluación monetaria ha de decirse que acertó el A quo cuando señaló que la indemnización sustitutiva debía reconocerse de manera indexada al momento en que se efectúe su pago.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción, tal y como lo tiene adoctrinado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T695A del 2010, el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de condenar a Colpensiones a reconocer a favor de la accionante la suma única de $6.438.523,00 debidamente indexada al momento de su pago, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. DIANA MARCELA CAMACHO
RADICADO: 11001310502620185700l
DEMANDANTE : EMPERATRIZ SUAREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2008, aplicando el 6,002% para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.*

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	***Colpensiones***	***x***
	Otros	

Promedio Salarial Anual

Año 1979

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
13/02/79	***28/02/79***	*16*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 1.760,00*		
01/03/79	***31/03/79***	*31*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 3.410,00*		
01/04/79	***30/04/79***	*30*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 3.300,00*		
01/05/79	***31/05/79***	*31*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 3.410,00*		
01/06/79	***30/06/79***	*30*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 3.300,00*		
01/07/79	***31/07/79***	*31*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 3.410,00*		
01/08/79	***31/08/79***	*31*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 3.410,00*		
01/09/79	***30/09/79***	*30*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 3.300,00*		
01/10/79	***31/10/79***	*31*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 3.410,00*		
01/11/79	***30/11/79***	*30*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 3.300,00*		
01/12/79	***31/12/79***	*31*	*3.300,00*	*110,00*	*$ 3.410,00*		
Total días		*322*			*$ 35.420,00*	*$ 110,00*	***$ 3.300,00***

Año 1980

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/80	***31/01/80***	*31*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.557,00*		
01/02/80	***29/02/80***	*29*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.263,00*		
01/03/80	***31/03/80***	*31*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.983,00*		
01/04/80	***30/04/80***	*30*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.790,00*		
01/05/80	***31/05/80***	*31*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.983,00*		
01/06/80	***30/06/80***	*30*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.790,00*		
01/07/80	***31/07/80***	*31*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.983,00*		
01/08/80	***31/08/80***	*31*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.983,00*		
01/09/80	***30/09/80***	*30*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.790,00*		
01/10/80	***31/10/80***	*31*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.983,00*		
01/11/80	***30/11/80***	*30*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.790,00*		
01/12/80	***31/12/80***	*31*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.983,00*		
Total días		*366*			*$ 67.878,00*	*$ 185,46*	***$ 5.563,77***

Año 1981

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/81	***31/01/81***	*31*	*5.790,00*	*193,00*	*$ 5.983,00*		
01/02/81	***28/02/81***	*28*	*7.470,00*	*249,00*	*$ 6.972,00*		
01/03/81	***31/03/81***	*31*	*7.470,00*	*249,00*	*$ 7.719,00*		
01/04/81	***30/04/81***	*30*	*7.470,00*	*249,00*	*$ 7.470,00*		
01/05/81	***31/05/81***	*31*	*7.470,00*	*249,00*	*$ 7.719,00*		
01/06/81	***30/06/81***	*30*	*7.470,00*	*249,00*	*$ 7.470,00*		
01/07/81	***31/07/81***	*31*	*7.470,00*	*249,00*	*$ 7.719,00*		
01/08/81	***31/08/81***	*31*	*7.470,00*	*249,00*	*$ 7.719,00*		
01/09/81	***30/09/81***	*30*	*7.470,00*	*249,00*	*$ 7.470,00*		
01/10/81	***31/10/81***	*31*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.796,00*		
01/11/81	***30/11/81***	*30*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.480,00*		
01/12/81	***31/12/81***	*31*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.796,00*		
Total días		*365*			*$ 95.313,00*	*$ 261,13*	***$ 7.833,95***

Año 1982

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/82	31/01/82	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
01/02/82	28/02/82	28	9.480,00	316,00	$ 8.848,00		
01/03/82	31/03/82	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
01/04/82	30/04/82	30	9.480,00	316,00	$ 9.480,00		
01/05/82	31/05/82	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
01/06/82	30/06/82	30	9.480,00	316,00	$ 9.480,00		
01/07/82	31/07/82	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
01/08/82	31/08/82	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
01/09/82	23/09/82	23	9.480,00	316,00	$ 7.268,00		
Total días		266			$ 84.056,00	$ 316,00	**$ 9.480,00**
Año 1983							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
17/01/83	31/01/83	15	9.480,00	316,00	$ 4.740,00		
01/02/83	14/02/83	14	9.480,00	316,00	$ 4.424,00		
04/07/83	31/07/83	28	9.480,00	316,00	$ 8.848,00		
01/08/83	31/08/83	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
01/09/83	30/09/83	30	9.480,00	316,00	$ 9.480,00		
01/10/83	31/10/83	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
01/11/83	30/11/83	30	9.480,00	316,00	$ 9.480,00		
01/12/83	31/12/83	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
Total días		210			$ 66.360,00	$ 316,00	**$ 9.480,00**
Año 1984							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/84	31/01/84	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/02/84	28/02/84	28	11.850,00	395,00	$ 11.060,00		
01/03/84	31/03/84	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/04/84	30/04/84	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/05/84	31/05/84	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/06/84	30/06/84	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/07/84	03/07/84	3	14.610,00	487,00	$ 1.461,00		
06/08/84	31/08/84	26	11.850,00	395,00	$ 10.270,00		
01/09/84	30/09/84	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/10/84	31/10/84	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/11/84	30/11/84	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/12/84	31/12/84	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
Total días		332			$ 139.788,00	$ 421,05	**$ 12.631,45**
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/85	31/01/85	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/02/85	28/02/85	28	14.610,00	487,00	$ 13.636,00		
01/03/85	31/03/85	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/04/85	30/04/85	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/05/85	31/05/85	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/06/85	30/06/85	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/07/85	31/07/85	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/08/85	31/08/85	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/09/85	30/09/85	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/10/85	31/10/85	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/11/85	30/11/85	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/12/85	31/12/85	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
Total días		365			$ 177.755,00	$ 487,00	**$ 14.610,00**
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	31/01/86	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/02/86	28/02/86	28	14.610,00	487,00	$ 13.636,00		
01/03/86	31/03/86	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		

01/04/86	**30/04/86**	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/05/86	**31/05/86**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/06/86	**30/06/86**	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/07/86	**31/07/86**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/08/86	**31/08/86**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/09/86	**30/09/86**	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/10/86	**31/10/86**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/11/86	**30/11/86**	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/12/86	**31/12/86**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
Total días		365			$ 177.755,00	$ 487,00	**$ 14.610,00**
Año 1987							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/87	**31/01/87**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/02/87	**13/02/87**	13	21.420,00	714,00	$ 9.282,00		
06/04/87	**30/04/87**	25	21.420,00	714,00	$ 17.850,00		
01/05/87	**31/05/87**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/06/87	**30/06/87**	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/07/87	**31/07/87**	31	27.132,00	904,40	$ 28.036,40		
01/08/87	**31/08/87**	31	27.132,00	904,40	$ 28.036,40		
01/09/87	**30/09/87**	30	27.132,00	904,40	$ 27.132,00		
01/10/87	**31/10/87**	31	27.132,00	904,40	$ 28.036,40		
01/11/87	**30/11/87**	30	27.132,00	904,40	$ 27.132,00		
01/12/87	**31/12/87**	31	27.132,00	904,40	$ 28.036,40		
Total días		314			$ 259.229,60	$ 825,57	**$ 24.767,16**
Año 1988							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/88	**31/01/88**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/02/88	**29/02/88**	29	25.530,00	851,00	$ 24.679,00		
01/03/88	**31/03/88**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/04/88	**30/04/88**	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/05/88	**31/05/88**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/06/88	**30/06/88**	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/07/88	**31/07/88**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/08/88	**31/08/88**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/09/88	**30/09/88**	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/10/88	**31/10/88**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/11/88	**30/11/88**	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/12/88	**31/12/88**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
Total días		366			$ 311.466,00	$ 851,00	**$ 25.530,00**
Año 1989							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/89	**31/01/89**	31	39.310,00	1.310,33	$ 40.620,33		
01/02/89	**28/02/89**	28	47.370,00	1.579,00	$ 44.212,00		
01/03/89	**31/03/89**	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/04/89	**30/04/89**	30	47.370,00	1.579,00	$ 47.370,00		
01/05/89	**31/05/89**	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/06/89	**30/06/89**	30	79.290,00	2.643,00	$ 79.290,00		
01/07/89	**31/07/89**	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
01/08/89	**31/08/89**	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
01/09/89	**30/09/89**	30	79.290,00	2.643,00	$ 79.290,00		
01/10/89	**31/10/89**	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
01/11/89	**30/11/89**	30	79.290,00	2.643,00	$ 79.290,00		
01/12/89	**31/12/89**	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
Total días		365			$ 795.702,33	$ 2.180,01	**$ 65.400,19**
Año 1990							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/90	**31/01/90**	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
01/02/90	**28/02/90**	28	79.290,00	2.643,00	$ 74.004,00		
01/03/90	**31/03/90**	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		

01/04/90	**30/04/90**	30	79.290,00	2.643,00	$ 79.290,00		
01/05/90	**31/05/90**	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
01/06/90	**30/06/90**	30	79.290,00	2.643,00	$ 79.290,00		
01/07/90	**31/07/90**	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/08/90	**31/08/90**	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/09/90	**30/09/90**	30	111.000,00	3.700,00	$ 111.000,00		
01/10/90	**31/10/90**	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/11/90	**30/11/90**	30	111.000,00	3.700,00	$ 111.000,00		
01/12/90	**31/12/90**	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
Total días		365			$ 1.159.183,00	$ 3.175,84	**$ 95.275,32**
Año 1991							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/91	**31/01/91**	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/02/91	**28/02/91**	28	111.000,00	3.700,00	$ 103.600,00		
01/03/91	**31/03/91**	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/04/91	**30/04/91**	30	111.000,00	3.700,00	$ 111.000,00		
01/05/91	**31/05/91**	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/06/91	**30/06/91**	30	111.000,00	3.700,00	$ 111.000,00		
01/07/91	**31/07/91**	31	136.290,00	4.543,00	$ 140.833,00		
01/08/91	**31/08/91**	31	136.290,00	4.543,00	$ 140.833,00		
01/09/91	**30/09/91**	30	136.290,00	4.543,00	$ 136.290,00		
01/10/91	**31/10/91**	31	136.290,00	4.543,00	$ 140.833,00		
01/11/91	**30/11/91**	30	136.290,00	4.543,00	$ 136.290,00		
01/12/91	**31/12/91**	31	136.290,00	4.543,00	$ 140.833,00		
Total días		365			$ 1.505.612,00	$ 4.124,96	**$ 123.748,93**
Año 1992							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/92	**31/01/92**	31	136.290,00	4.543,00	$ 140.833,00		
01/02/92	**29/02/92**	29	150.270,00	5.009,00	$ 145.261,00		
01/03/92	**31/03/92**	31	150.270,00	5.009,00	$ 155.279,00		
01/04/92	**13/04/92**	13	150.270,00	5.009,00	$ 65.117,00		
05/05/92	**31/05/92**	27	70.260,00	2.342,00	$ 63.234,00		
01/06/92	**30/06/92**	30	70.260,00	2.342,00	$ 70.260,00		
01/07/92	**31/07/92**	31	70.260,00	2.342,00	$ 72.602,00		
01/08/92	**31/08/92**	31	70.260,00	2.342,00	$ 72.602,00		
01/09/92	**30/09/92**	30	70.260,00	2.342,00	$ 70.260,00		
01/10/92	**31/10/92**	31	70.260,00	2.342,00	$ 72.602,00		
01/11/92	**03/11/92**	3	70.260,00	2.342,00	$ 7.026,00		
03/12/92	**31/12/92**	29	123.210,00	4.107,00	$ 119.103,00		
Total días		316			$ 1.054.179,00	$ 3.336,01	**$ 100.080,28**
Año 1993							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/93	**02/01/93**	2	123.210,00	4.107,00	$ 8.214,00		
15/01/93	**31/01/93**	17	89.070,00	2.969,00	$ 50.473,00		
01/02/93	**28/02/93**	28	89.070,00	2.969,00	$ 83.132,00		
01/03/93	**06/03/93**	6	89.070,00	2.969,00	$ 17.814,00		
12/03/93	**31/03/93**	20	89.070,00	2.969,00	$ 59.380,00		
01/04/93	**30/04/93**	30	89.070,00	2.969,00	$ 89.070,00		
01/05/93	**25/05/93**	25	89.070,00	2.969,00	$ 74.225,00		
03/08/93	**31/08/93**	29	89.070,00	2.969,00	$ 86.101,00		
01/09/93	**30/09/93**	30	89.070,00	2.969,00	$ 89.070,00		
01/10/93	**31/10/93**	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		
01/11/93	**30/11/93**	30	89.070,00	2.969,00	$ 89.070,00		
01/12/93	**31/12/93**	31	165.180,00	5.506,00	$ 170.686,00		
Total días		277			$ 901.060,00	$ 3.252,92	**$ 97.587,73**
Año 1994							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/94	**31/01/94**	30	165.180,00	5.506,00	165180		
01/02/94	**28/02/94**	30	165.180,00	5.506,00	165180		

Total días		60			$ 330.360,00	$ 5.506,00	**$ 165.180,00**
Año 1996							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/10/96	**31/10/96**	30	143.000,00	4.766,67	143000		
01/11/96	**30/11/96**	30	143.000,00	4.766,67	143000		
01/12/96	**31/12/96**	30	143.000,00	4.766,67	143000		
Total días		90			$ 429.000,00	$ 4.766,67	**$ 143.000,00**
Año 1997							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/97	**31/01/97**	30	172.005,00	5.733,50	172005		
01/02/97	**28/02/97**	30	172.005,00	5.733,50	172005		
01/03/97	**31/03/97**	30	172.005,00	5.733,50	172005		
01/04/97	**30/04/97**	30	172.005,00	5.733,50	172005		
01/05/97	**31/05/97**	30	172.005,00	5.733,50	172005		
01/06/97	**30/06/97**	30	172.005,00	5.733,50	172005		
01/07/97	**31/07/97**	28	172.005,00	6.143,04	184291,0714		
Total días		208			$ 1.216.321,07	$ 5.847,70	**$ 175.430,92**

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
1979	322	0,795	92,872	116,766	$ 3.300,00	$ 385.329,00	$ 4.135.865,00
1980	366	1,024	92,872	90,657	$ 5.563,77	$ 504.396,00	$ 6.153.631,00
1981	365	1,289	92,872	72,034	$ 7.833,95	$ 564.307,00	$ 6.865.735,00
1982	266	1,630	92,872	56,962	$ 9.480,00	$ 539.999,00	$ 4.787.991,00
1983	210	2,022	92,872	45,926	$ 9.480,00	$ 435.377,00	$ 3.047.639,00
1984	332	2,359	92,872	39,375	$ 12.631,45	$ 497.362,00	$ 5.504.139,00
1985	365	2,790	92,872	33,289	$ 14.610,00	$ 486.346,00	$ 5.917.210,00
1986	365	3,416	92,872	27,185	$ 14.610,00	$ 397.177,00	$ 4.832.320,00
1987	314	4,132	92,872	22,477	$ 24.767,16	$ 556.694,00	$ 5.826.731,00
1988	366	5,124	92,872	18,124	$ 25.530,00	$ 462.694,00	$ 5.644.867,00
1989	365	6,566	92,872	14,145	$ 65.400,19	$ 925.103,00	$ 11.255.420,00
1990	365	8,281	92,872	11,215	$ 95.275,32	$ 1.068.557,00	$ 13.000.777,00
1991	365	10,961	92,872	8,473	$ 123.748,93	$ 1.048.520,00	$ 12.756.993,00
1992	316	13,901	92,872	6,681	$ 100.080,28	$ 668.626,00	$ 7.042.861,00
1993	277	17,395	92,872	5,339	$ 97.587,73	$ 521.021,00	$ 4.810.761,00
1994	60	21,328	92,872	4,355	$ 165.180,00	$ 719.281,00	$ 1.438.562,00
1996	90	31,237	92,872	2,973	$ 143.000,00	$ 425.159,00	$ 1.275.477,00
1997	208	37,997	92,872	2,444	$ 175.430,92	$ 428.794,00	$ 2.972.972,00
Total días	**5317**	**Total devengado actualizado a**				**2008**	**$ 107.269.951,00**
Semanas Cotizadas S.C.	759,57	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					$ 141.224,31
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					6,002%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				**2008**	**$ 6.438.523,00**

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	$ 6.438.523,00
Total	**$ 6.438.523,00**

Fuente	Tabla del IPC - DANE.,
Observaciones	

Fecha liquidación miércoles, 30 de septiembre de 2020 Recibe: _____

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***SLENDY KATHERINE HERRERA ARIZA***
DEMANDADO: ***VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA. VISE LTDA.***
RADICACIÓN: ***1100131050-26-2017-0000694-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***ESTABILIDAD LABORAL LEY 361 DE 1997***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. SLENDY KATHERINE HERRERA ARIZA instauró demanda ordinaria contra VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA. VISE LTDA. con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo por obra y labor entre el 16 de junio de 2014 y el 8 de abril de 2016, el cual fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por la parte empleadora y sin que mediara autorización del Ministerio del Trabajo, a pesar de encontrarse en tratamiento médico; en consecuencia, se condene a la parte demandada a reintegrarla al cargo que venía desempeñando al momento del despido, o a uno que pueda ejecutar de acuerdo a su estado de salud, junto con los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha del despido, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, daños materiales y morales, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; subsanación 63 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que suscribió contrato de trabajo con la demandada, el cual se ejecutó entre el 16 de junio de 2014 y el 6 de abril 2016; que le fue asignado como lugar de trabajo el Ministerio de Comunicaciones, en donde su turno de labores era de 9:00 a.m. a 9:00 p.m.; que el 17 de octubre de 2014, después de cumplir su turno de trabajo, se dirigió para su domicilio, no obstante, sobre la Avenida Jiménez fue arrollada por una motocicleta, debiendo ser trasladada a la Sociedad de Cirugía de Bogotá-Hospital San José, debido a que quedó en estado de inconsciencia; que en dicho centro hospitalario le fue diagnosticada fractura en la Rama Isquiopúbica derecha e Iliopúbica con herida abierta en zona occipital derecha, siendo dada de alta el 18 de octubre de 2014, con orden de incapacidad por 30 días; que le fueron ordenadas 8 incapacidades, cada una por 30 días, comprendidas entre el 18 de octubre de 2014 hasta el 11 de julio de 2015; que el 30 de marzo de 2015, fue enviada a Jumbo de Suba a una supuesta capacitación, no obstante, en realidad fue asignada a un punto de vigilancia, muy a pesar de las recomendaciones médicas, precisando que pasada una hora de prestación de servicios, se desmayó y debió ser atendida por la enfermera del Centro

Comercial; que por su estado de salud, se le asignó como lugar de trabajo la bodega de la empresa, y un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 5:30 p.m.; que el 19 de septiembre de 2015, fue trasladada al área de nómina, cumpliendo una hora de trabajo de lunes a viernes, debido al dolor que presentaba; que en marzo de 2016, le fue negada la programación de una cita médica, por cuanto la demandada presentaba mora en los aportes del Sistema General de Salud; que la demandada terminó el contrato de trabajo aduciendo supuesta justa causa y sin autorización del Ministerio del Trabajo; que la accionada no cumplió con su obligación de probar a la EPS Salud Total sobre la ocurrencia del accidente de trabajo, por tanto, ésta no tuvo la oportunidad de valorar su pérdida de capacidad laboral; que el 22 de septiembre de 2016 le fue realizado el examen médico de egreso en el cual se emitió concepto no satisfactorio, en el que además se especifica que se encuentra en tratamiento en EPS, sin alta médica; que de conformidad con los controles que le fueron realizados con posterioridad al despido, presenta cuadro de dolor pélvico a nivel iliopúbico, secundario a accidente de tránsito en calidad de peatón.

2. Contestación demanda. La demandada dio contestación a la demanda con oposición a las pretensiones relacionadas con el reintegro solicitado, argumentando que la demandante sin contar con excusa suficiente y sin encontrarse incapacitada, no se presentó a laborar conforme a su obligación principal, a partir del mes de enero de 2016, por tanto, como empleadora dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa, de suerte que no se encontraba obligada a solicitar autorización del Ministerio del Trabajo, por cuanto el vínculo laboral feneció atendiendo una causal objetiva, ajena y alejada en todo sentido de su condición médica.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción (fols. 120 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de mayo del 2019, en la que el Juzgado absolvió a la demandada de todas las pretensiones invocadas en su contra y condenó en costas a la parte actora. (CD fol. 198).

Su decisión se basó en que no media discusión en relación con la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, pues ello fue aceptado por la demandada en la contestación.

De otro lado, dijo que la demandante no padecía un estado de discapacidad, sino una incapacidad, pues no obra dictamen de pérdida de capacidad laboral en donde se determine el porcentaje de pérdida y su origen, a causa de un padecimiento médico, para merecer la protección de que trata la Ley 361 de 1997.

Señaló que conforme lo ha indicado la CSJ, la protección establecida en la norma en mención, está dirigida a las personas discapacitadas que tengan una limitación moderada, severa o profunda, es decir, que se les haya establecido una PCL comprendida entre el 15% y el 25%, mayor al 25% e inferior al 50%, o mayor al 50%, lo cual debe ser conocido por el empleador, quien termina la relación laboral a causa de la limitación y sin previo aval del Ministerio del Trabajo.

En ese orden, reiteró que no se concluye de la prueba testimonial y documental, que la convocante presentara una discapacidad en los términos indicados por la CSJ, pues el seguimiento médico no puede considerarse por sí solo una minusvalía física, psíquica o sensorial, en tanto que para ello se requiere un dictamen que establezca esa circunstancia, el cual no se encuentra adosado al proceso.

Finalmente, precisó que en todo caso cuando terminó el contrato de trabajo, la demandante no estaba incapacitada y desde enero de 2016 hasta el 8 de abril de la

misma anualidad, no había asistido constantemente a prestar sus servicios, sin justificar su ausencia como claramente se establece de la prueba testimonial.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se encuentra claramente demostrada la situación patológica de la demandante de las pruebas allegadas al proceso, de las cuales se puede observar la existencia de 8 incapacidades, a causa de su estado crítico.

Agregó que la demandada tenía la obligación de informar la situación de la trabajadora ante la ARL, para que ésta hubiere asumido el tratamiento y de ser posible la hubiere remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, no obstante, la sociedad convocada no cumplió con ese deber, siendo su responsabilidad, pues la parte débil de la relación es la trabajadora, quien estando en silla de ruedas, no es la llamada a solicitar ante la ARL la expedición de la incapacidad laboral.

Dijo que la encartada tuvo conocimiento de la incapacidad expedida por un médico del Hospital San José, enterándose de la ocurrencia del accidente y de la seriedad de la condición de salud de la actora, no obstante, terminó su contrato dejándola sin ninguna protección.

Adujo que mediante derecho de petición la actora solicitó la realización del examen médico de egreso, por manera que la demandada accedió a ello, para subsanar su error de no haberlo realizado a la trabajadora; además, precisó que en el referido examen se indicó que la actora continua enferma, tiene una condición grave y no se puede despedir.

Se cuestiona en dónde se encuentra establecido que el trabajador debe allegar prueba de pérdida de capacidad laboral y que éste es quien debe solicitar al médico la expedición de la incapacidad, cuando la única competente para el efecto es la ARL a la cual se encontraba afiliada la convocante.

Finalmente, adujo que no se estableció en la carta de despido, que éste tuvo lugar por la inasistencia o abandono del cargo de la trabajadora, por manera que no puede aducirse que el mismo fue por una causa legal y objetiva. (CD fol. 198).

6. Alegatos demandada. Solicitó al Despacho confirmar en su totalidad el fallo mediante el cual se absolvió a la empresa demandada de todas las pretensiones de la demanda, dado que el fallo resulta acertado y razonable en su motivación y decisión, al encontrarse sustentado tanto en la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto, así como en las pruebas legal y válidamente aportadas y practicadas en el trámite de la primera de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Se dan los presupuestos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y por ende, el despido de la señora Slendy Katherine Herrera Ariza se torna ineficaz?

De la relación laboral y su terminación

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es preciso señalar que no media discusión en esta instancia frente a la declaratoria de existencia de la relación laboral entre las partes en litis, regida por un contrato de obra o labor determinada, el cual se ejecutó entre el 16 de junio de 2014 y el 8 de abril de 2016, en virtud del que la actora se desempeñó inicialmente como Vigilante, pues en la alzada no se enuncia ningún reparo frente a esta decisión del juez primigenio.

Tampoco se controvierte que el contrato finalizó por decisión unilateral de la empleadora, como se aceptó en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la accionada (CD fol. 196).

De la estabilidad laboral reforzada

El tópico relacionado con la estabilidad laboral reforzada constituye el punto de distanciamiento entre el accionante y el sentenciador de primer grado, pues mientras el juzgador señala que no se reúnen los presupuestos para que la actora sea merecedora de la protección de que trata la Ley 361 de 1997; la recurrente insiste en afirmar que la demandada actúo de manera discriminatoria, por cuanto efectuó el despido sin que mediara causa objetiva y legal, muy a pesar de su delicada situación de salud, causada por un accidente de tránsito del cual tenía conocimiento su empleadora.

La Sala de Decisión debe recordar que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues dicha finalización corresponde al 8 de abril de 2016. Lo anterior, como quiera que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación.

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

De esta manera, resulta claro para esta Colegiatura que la garantía de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, contrario a lo indicado por la falladora de primera instancia, no solo se aplica a las personas que acrediten tener una limitación moderada, severa o profunda o tengan la calidad de

discapacitados, sino también a quienes su situación de salud les impida desarrollar su potencial laboral y acceder a un nuevo puesto de trabajo, es decir, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta y ello amenace el derecho a su mínimo vital y el de su núcleo familiar. En otras palabras, la protección laboral reforzada se erige como un mecanismo para evitar la discriminación laboral por razón del estado de salud de un trabajador.

Por tanto, resulta inane la discusión propuesta en la alzada en relación con la responsabilidad que le asiste a la empresa convocada en la falta de valoración por parte de la ARL para efectos de determinar la pérdida de capacidad laboral de la accionante, pues conforme a lo expuesto, no es necesario que el trabajador tenga una pérdida de capacidad laboral debidamente definida a través de un dictamen de calificación de invalidez para ser merecedor de la protección que se reclama en la demanda.

Frente al tema, resulta oportuno destacar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el pasado 11 de abril de 2018, profirió la sentencia SL1360 de 2018, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, recogiendo el razonamiento frente al tema de la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estableciendo como criterio decisional la postura de que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, permitiendo deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador por su empleador el de que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado deficitario de salud, a menos que el empleador demuestre en juicio objetivamente la ocurrencia real de una justa causa para el efecto.

Adicionalmente, aclara la Sala de Casación Laboral que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio, por tanto, cuando se pretenda desvincular a un trabajador por razón de su discapacidad resulta necesario que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa.

Caso distinto ocurre, cuando el motivo del finiquito obedece a la configuración de una justa causa legal, pues en este evento se elimina la presunción discriminatoria al soportarse en una razón objetiva que tornaría innecesaria la autorización del Inspector del Trabajo. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la justa causa, so pena de que se declare la ineficacia del despido.

En uno de sus apartes principales, ultima la Corte:

> *«a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.*
>
> *b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*

c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas».

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

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

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

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

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Al revisar las pruebas allegadas al expediente, tanto documentales como declaraciones rendidas en el proceso, se advierte lo siguiente:

- El 18 de octubre de 2014, la demandante fue víctima de accidente de tránsito cuando se desplazaba de su lugar de trabajo hacia su domicilio, suceso que le generó a la accionante fractura de Rama Isquiopúbica Derecha e Iliopúbica Izquierda, como da cuenta el especialista en Ortopedia y Traumatología (fols. 28 y s.s.)

- A la demandante le fueron dadas órdenes de incapacidad desde el 18 de octubre de 2014 hasta el 30 de junio de 2015 (fols. 26 a 27, 29 a 34 y 37), las cuales

fueron de conocimiento de la encartada, pues también allega las respectivas órdenes con su contestación.

- En la valoración realizada a la actora el 16 de marzo de 2015, por el Laboratorio Clínico Colcán, se observa concepto de examen pos incapacidad no satisfactorio, además, se recomienda evitar bipedestación prologanda mayor a 2 horas, realizar valoración de medicina laboral por parte de la EPS, culminar terapia física, realizar valoración posterior de fisiatría y ortopedia por la EPS, evaluar puesto de trabajo y posibilidad de realizar pausas cada 2 horas con énfasis en miembros inferiores y región dorso lumbar (fol. 36).

- En consulta del 16 de julio de 2015, la especialista en Ortopedia y Traumatología, estableció las siguientes restricciones laborales: Restringir labores que impliquen agachado o encorvado, restringir labores que le impliquen la mirada baja, no levantar peso, jalar ni empujar, o cargas de cualquier naturaleza, en los momentos de dolor intenso no levantar, empujar o jalar objetos, permitir que realice sentada las labores que sea posible y permitir pausas activas, no debe trabajar horas extras ni se le debe exigir productividad (fol. 37).

- La Coordinadora de Servicios Generales de la demandada, Ingrid Maritza Poveda; el Coordinador de Nómina de la accionada, Fabian Marulanda Acevedo (CD fol. 196)y el Gestor de Salud Integral de Vice Ltda., Luis Alexander León (CD fol. 198), informaron que una vez terminaron las incapacidades de la actora hacia junio de 2015, ésta fue reubicada en el Área de Archivo y posteriormente en el Área de Nómina, para que realizar labores de archivo y gestión documental, en acatamiento de sus restricciones laborales, para lo cual además, se le asignó un puesto de trabajo y un equipo de cómputo; igualmente, precisaron que las labores eran desempeñadas por la accionante sentada en el puesto asignado, que en algunas ocasiones no asistía a prestar sus servicios, que desde enero de 2016 hasta la fecha de terminación del vínculo no fue a laborar y tampoco presentó justificación o incapacidad alguna.

- Lo anterior, fue aceptado por la demandante en su interrogatorio de parte (CD fol. 196), pues indicó que fue reubicada por la empresa una vez terminó su última incapacidad, y que entre enero y marzo de 2016, no asistió a laborar porque se encontraba incapacitada, precisando que las órdenes de incapacidad no fueron allegadas a la empresa porque no tenía una persona a su disposición que las entregara por ella.

De lo anterior advierte la Sala que, a la fecha de terminación del vínculo laboral, que lo fue el 8 de abril de 2016, la actora sí se encontraba amparada por la protección de que trata la ley 361 de 1997, pues nótese que el 18 de octubre de 2014 fue víctima de un accidente de tránsito que le generó una fractura en la pelvis, que le impedía llevar a cabo las funciones propias del cargo para el cual fue contratada (vigilante) conforme a las mencionadas restricciones laborales, conocidas por la encartada, lo cual además dio lugar a órdenes de incapacidad por un poco más de 6 meses, al término de las cuales la demandada procedió a reubicarla en el Área de Archivo y posteriormente en el Área de Nómina.

Así, resulta claro que la afectación de salud sufrida por la demandante le impedía o dificultaba sustancialmente la ejecución de la labor de vigilante para la cual fue contratada, y el hecho de que fuera reubicada en otros cargos una vez terminaron sus incapacidades, demuestra aún más su deficitario estado, pues la finalidad de éste tipo de reasignaciones no solo es impedir que las condiciones de trabajo agraven la enfermedad sino también que se restablezca la salud del trabajador, siendo por regla general, temporales.

En la presente Litis no se acreditó la recuperación de la accionante, pues de haber ocurrido este hecho hubiera retomado las funciones propias del cargo contratado. Tampoco se avizora que las funciones en los nuevos cargos en los que fue reasignada fueran compatibles con sus capacidades y aptitudes, esto es, acorde a su nueva condición de salud, permitiéndole sin dificultad la ejecución de la labor, conforme lo disponen los artículos 4 y 8 de la Ley 776 de 2002, pues no se arrimó al expediente la evaluación médica por cambio de ocupación, prevista en los artículos 3 y 4 de la Res. 2346 de 2007 emitida por el Ministerio de Trabajo, ni se presentó prueba de la evaluación del respectivo puesto de trabajo, pese a haber sido requerida al empleador desde el 16 de marzo de 2015, por parte del Laboratorio Clínico Médico Colcán, quien realizó el examen posincapacidad encontrándolo NO satisfactorio (fol. 36).

Sumado a ello, nótese que las restricciones laborales dadas a la trabajadora el 16 de julio de 2015 por el Especialista de Ortopedia y Traumatología, que fueron mencionadas con anterioridad, aun se encontraban vigentes a la fecha de terminación del vínculo, conforme se extrae de la documental visible a folio 37, en la que se indicó en plan de manejo, que las mismas tendrían vigencia hasta que la actora fuera valorada por Medicina Laboral, revisión que dicho sea de paso no se había realizado a la fecha de terminación del vínculo, cuya ocurrencia tuvo lugar 8 meses después, y no se observa que la empresa haya efectuado el debido seguimiento para que ello en efecto se llevara a cabo, incumpliendo con la obligación de cuidado de salud de su trabajadora, contenida en el numeral 2 del art. 57 del CST, el art.8 del Decreto 1443 de 2014 y art. 2.2.4.6.8. del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015.

Por tanto, es claro que a la finalización del vínculo la trabajadora se encontraba en un estado de debilidad manifiesta por su condición de salud, que era conocida por la encartada, pues si bien al 8 de abril de 2016 no presentaba orden de incapacidad, sí tenía una afectación en su pelvis que le generó restricciones laborales y reubicación temporal dentro de la empresa, estado de salud que se encontraba en seguimiento y pendiente de valoración, hecho que se constata con el examen médico de retiro de la trabajadora, que vale la pena resaltar fue practicado mucho después de su despido y en el que se dejó sentado que no presentaba alta médica, con concepto final de *"EXAMEN DE EGRESO NO SATISFACTORIO"* (fol. 40).

Así las cosas, procede la Sala a verificar si la terminación del vínculo laboral obedeció a una causa legal y objetiva, como lo aduce la demandada en su contestación, quien al aceptar que el mismo terminó por su decisión, indicó que no obedeció al estado de salud de la demandante, sino a su inasistencia a la empresa desde el mes de enero de 2016 sin justificación alguna.

Frente a ello, ha de recordar la Sala que el despido con justa causa de que trata el artículo 62 del CST, impone al empleador en su parágrafo la carga de manifestar al trabajador, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación; ello con la finalidad de que el trabajador conozca las razones por las cuales fue cuestionado para que así pueda controvertir las acusaciones de incumplimiento de las que fue sujeto y formular una defensa ante la jurisdicción.

Bajo ese entendido, ha de decir la Sala que en el presente caso no se encuentra acreditada la manifestación a la trabajadora sobre la existencia de una causa legal y objetiva para finiquitar el vínculo laboral, pues nótese que la encartada desde el interrogatorio de parte confesó que no pudo comunicarse con la trabajadora para informarle los motivos de la terminación del vínculo laboral (CD fol. 196), debido a que ella no contestaba su teléfono, justificación que en todo caso no resulta atendible, pues la demandada bien pudo enviar la respectiva carta de despido a la dirección de residencia de la demandante o a su correo electrónico.

Nótese que la actora tampoco acepta en su interrogatorio que el motivo de la terminación del contrato de trabajo le fue comunicado, muy a pesar de que sí indica que no asistió a su lugar de trabajo desde enero de 2016 y que no pudo remitir a la empresa las incapacidades que le fueron ordenadas (CD fol. 196).

Tampoco resulta de recibo como argumento justificante del actuar de la accionada, el hecho de que la trabajadora no se hubiera vuelto a presentar a laborar, toda vez era deber del empleador hacer uso de todos los medios a su alcance para solicitar a la trabajadora la justificación de su inasistencia, so pena de tener por injusto el despido. Para este fin pudo haber remitido comunicación a la dirección de domicilio registrada en su hoja de vida, a la dirección de correo electrónico o incluso por medio de las personas que hubiere enunciado como referencias personales, entre otros, como lo señaló nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4547 de 2018.

Así las cosas, al cumplirse con los presupuestos para derivar la protección laboral reforzada, resulta dable declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, entendida como restablecimiento o reanudación del contrato, en consecuencia, se revocará el fallo apelado y en su lugar se ordenará a la demandada a reinstalar a la demandante en el mismo cargo o en uno de igual o superior categoría al que venía desempeñando al momento de su retiro, acorde a su situación actual de salud, y se condenará a pagar los salarios, prestaciones sociales y aportes con destino al sistema de seguridad social integral que se hayan causado a partir 8 de abril de 2016, para lo cual se autoriza a la accionada descontar de la condena las acreencias incompatibles con el efecto de la no solución de continuidad, reconocidas y pagadas a la promotora del proceso a la terminación de la relación laboral.

Así mismo, se condenará a la accionada a pagar la suma de **$4.136.730 por concepto de 180 días de salario**, a título de indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la cual se liquidó tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2016, acreditado en la liquidación de prestaciones sociales (fol. 142).

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 3 de mayo del 2019 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar DECLARAR la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, en consecuencia, se ordena a la demandada a reinstalar a la señora SLENDY KATHERINE HERREA ARIZA identificada con la cédula de ciudadanía número 1.023.876.171, en el mismo cargo o en uno de igual o superior categoría al que venía desempeñando al momento de su retiro , acorde a su condición actual de salud.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA. VISE LTDA. a pagar a la señora SLENDY KATHERINE HERREA ARIZA, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.023.876.171, los salarios, prestaciones sociales y los aportes con destino al sistema de seguridad social integral que se hayan causado a partir del 8 de abril de 2016. Se autoriza a la accionada descontar de la condena las acreencias incompatibles con el efecto de la no solución de continuidad, reconocidas y pagadas a la promotora del proceso a la terminación de la relación laboral, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a cancelar a la demandante a título de indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, la suma de $4.136.730.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la demandada.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***GONZALO JIMÉNEZ PULIDO***
DEMANDADO: ***SULICOR S.A.S.***
RADICACIÓN: ***110013105012-2018-00586-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***CONTRATO DE TRABAJO – LEY 361***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GONZALO JIMÉNEZ PULIDO instauró demanda ordinaria contra SULICOR S.A.S. con el fin de que se DECLARE ilegal el despido del que fue objeto por contrariar lo estipulado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y el numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965; en consecuencia, se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual categoría que atienda sus condiciones de salud; asimismo, se condene a la demandada a pagar la indemnización equivalente a 180 días de salario, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, causadas desde la fecha del despido hasta su reintegro, junto con el pago del bono navideño por los años 2016 y 2017 y las costas del proceso. (fols. 1 y s.s).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 3 de octubre de 2011 suscribió con la demandada contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Bodega, teniendo como salario la suma de $829.480 mensuales, más un bono mensual por resultados, equivalente a $909.480; que el 27 de noviembre de 2012, sufrió un accidente de trabajo, el cual le generó una pérdida de capacidad laboral del 13,20% conforme a dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; que el 2 de mayo de 2016 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa; que formuló acción de tutela, la cual correspondió por reparto al Juzgado 11 Civil Municipal de Bogotá, quien mediante fallo del 2 de junio de 2016 amparó sus derechos fundamentales y ordenó su reintegro, junto con el pago de salarios, aportes a seguridad social, autorizando

además el descuento de la indemnización reconocida; que el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá en fallo del 16 de julio de 2016, modificó la decisión anterior, en el sentido de aclarar que como accionante contaba con un término de 4 meses para promover la respectiva demanda ante la jurisdicción laboral, por manera que procedió a formular la misma, la cual le correspondió por reparto al Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2016 00469; que en conciliación debidamente aprobada por el Juzgado se acordó que su reintegro transitorio y sin solución de continuidad desde el 9 de junio de 2016, en virtud del cual se pagaron los salarios y prestaciones sociales causadas desde el momento de su despido, tendría el carácter definitivo a partir de la fecha en que se celebró el acuerdo conciliatorio, siéndole reconocida además, la suma de $1.800.000 por concepto de compensación para la nómina de diciembre de 2017; que desde el 8 de noviembre de 2017, se ha encontrado incapacitado sin interrupción alguna; que mediante dictamen del 25 de abril de 2018 proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se estableció el origen común de su enfermedad, bajo el diagnóstico Trastorno de Disco Lumbar y Otros con Radioculopatía; que mediante carta del 30 de abril de 2018, la EPS Cruz Blanca remitió concepto de rehabilitación desfavorable; que el 25 de mayo de 2018, le fue terminado su contrato de trabajo aduciendo justa causa, esto es, con sustento en el numeral 15 del artículo 62 del CST, lo cual tuvo lugar sin el preaviso de 15 días que señala la ley y sin previa autorización del Ministerio del Trabajo, muy a pesar de encontrarse incapacitado por más de 180 días.

2. Contestación de la empresa SULICOR S.A.S. La empresa demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el accionante cuenta con una pérdida de capacidad laboral inferior al 15%, de manera que no es merecedor de la protección que depreca, por cuanto la misma se extiende a los que tengan una PCL superior al 15%. Agregó que la terminación del vínculo laboral se soportó en el numeral 15 del literal a) del artículo 62 del CST y no debido a la discapacidad del trabajador. Propuso como excepciones de fondo las de pago total de la obligación, el demandante no es sujeto de la protección ordenada por la Ley 361 de 1997, la terminación del contrato tiene plena eficacia jurídica, no procede el reintegro del demandante, pago, inexistencia de sustento jurídico para pretender la indemnización de 180 días del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, buena fe y carencia de derecho sustantivo. (fols. 53 y s.s.).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de noviembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación. (CD fol. 84)

Su decisión se basó en que el demandante prestó sus servicios a través de un contrato de trabajo a término indefinido con fecha de ingreso 3 de octubre de 2011, el cual terminó por decisión unilateral del empleador el 14 de junio de 2018.

Agregó que la carta de terminación del vínculo fue notificada con más de 15 días de anterioridad a la fecha en que efectivamente este fue finiquitado, la cual además se soporta en la causal establecida en el numeral 15 del literal a) del artículo 62 del CST. Igualmente, precisó que el actor tiene una condición de salud respecto de la cual existe un concepto desfavorable de rehabilitación, que es de conocimiento de la encartada.

Adujo que sobre la causa alegada, la Corte Constitucional en sentencia C-200 del 15 de mayo del 2019, declaró su exequibilidad de manera condicionada, en el sentido que su invocación se encuentra ligada a la solicitud de la autorización del Ministerio del Trabajo; sin embargo, la mencionada Corporación no estableció los efectos retroactivos de la mentada sentencia, por manera que la misma tiene aplicación a situaciones posteriores a su notificación y no, a circunstancias ya consolidadas con anterioridad, como ocurre en el presente caso, dado que el contrato del accionante fue terminado el 14 de junio de 2018, momento para el cual estaba vigente el criterio establecido por la CSJ, entre otras, en las sentencias SL12998-2017 y SL3772 de 2018, que exige para invocar la justa causa mencionada acudir primero a la Oficina del Trabajo a fin de obtener la respectiva autorización, precisando que ante la falta de dicho aval, si el empleador acredita que el despido no se debió a la condición de salud del trabajador, sino por la justa causa, el mismo es eficaz.

Señaló que, si el empleado solo se encuentra en incapacidad, no es merecedor de la protección de que trata la Ley 361 de 1997, pero si en él concurre la discapacidad superior al 15% y la incapacidad de más de 180 días por enfermedad general, se activa la justa causa de despido del numeral 15 del articulo 62 del CST.

Dijo que en el presente caso no puede predicarse que el despido tuvo lugar por razones discriminatorias, sino que operó la justa alegada por la convocada, precisando además que al actor le fue reconocida pensión de invalidez desde el mes de diciembre de 2016, sumado a que presenta más de 180 días de incapacidad, esto es, 360 días, por lo que al encontrarse debidamente comprobada la justa causa no era necesario solicitar el respectivo aval ante el Ministerio del Trabajo.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que, conforme al texto de la carta de finalización del vínculo laboral, se dice que el contrato termina en la misma fecha de la misiva, la cual data del 25 de mayo de 2018, siendo entregada al trabajador el 28 de mayo de la misma anualidad. En ese orden, dijo que no puede interpretarse como lo hizo el Juzgado, que los servicios se prestaron hasta el 14 de junio de 2018 y que el contrato terminó en dicha fecha, pues en realidad el mismo fue finiquitado el 25 de mayo de la misma anualidad, lo cual deviene en la ineficacia del despido, ya que no se dio el aviso establecido en la ley, en relación con la justa causa invocada.

De otro lado, señaló que en el caso analizado era necesario recurrir al Ministerio del Trabajo, a fin que dicho ente calificara la correspondiente causal de terminación del contrato, precisando que la sentencia C-200 de 2019 implica el cubrimiento de la favorabilidad que protege las relaciones obrero patronales a favor del trabajador, siendo claro que la decisión en mención es de plena aplicación en el presente caso.

Finalmente adujo que, al margen de lo anterior, en la sentencia de tutela que amparó los derechos fundamentales del demandante, se le advirtió a la empresa la necesidad de concurrir al Ministerio del Trabajo para el respectivo despido.

5. Alegatos demandante. Manifestó que es claro conforme al material probatorio que se omitió el preaviso por parte de la empresa, para dar por terminado el contrato de trabajo con base en la causal que invocó. Agregó que es una persona que se encuentra protegida por la *"estabilidad laboral reforzada"*, concepto sobre el cual se ocupó la sentencia SU 049 de 2017 de la Corte Constitucional, y que amplió

esta noción a la de *"estabilidad ocupacional reforzada".* Finalmente, adujo que en el presente caso, contrario a lo afirmado por el *a quo,* la sentencia C-200 de 2019, mediante la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la justa causa de terminación del contrato de trabajo contenida en numeral 15 literal a) del artículo 62 del CST, si debe tener efectos sobre el caso objeto de estudio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Si el contrato de trabajo existente entre las partes terminó el 25 de mayo de 2018, y por ende, si el despido se torna ineficaz por no cumplirse el preaviso de que trata el inciso final del literal a) del artículo 62 del CST? y (ii) ¿Si en el presente caso era necesario solicitar autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo del actor, en los términos de la sentencia C-200 de 2019?

De la relación laboral

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, es preciso señalar que no existe discusión en esta instancia respecto a la relación laboral que existió entre las partes en Litis, quedando demostrado que el señor GONZALO JIMÉNEZ PULIDO prestó sus servicios personales a la empresa SULICOR S.A.S., mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 3 de octubre de 2011, tal y como lo certificó la encartada a folio 9 del expediente.

El contrato de trabajo si bien fue terminado el 2 de mayo de 2016, como se observa en la liquidación obrante a folio 68, lo cierto es que continuó vigente y sin solución de continuidad por virtud del fallo de tutela proferido el 2 de junio de 2016, por el Juzgado Once Civil Municipal de Bogotá, en tanto dispuso el reintegro del actor al cargo que venía ejerciendo o a uno de semejante categoría compatible con sus condiciones de salud, con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (fols. 20 y s.s.), orden que, además fue cumplida por la convocada el 9 de junio de 2016, como se observa del acta de reubicación laboral expedida en la fecha en mención, que se encuentra debidamente suscrita por el trabajador (fol. 61).

Del extremo final del contrato de trabajo y el preaviso ordenado en la ley para invocar la causal 15 del literal a) del artículo 62 del CST.

En relación con el problema jurídico relacionado con la fecha de terminación del contrato de trabajo y el preaviso de que trata el inciso final del literal a) del artículo 62 del CST, ha de destacar la Sala que después del reintegro del trabajador que tuvo lugar el 9 de junio de 2016, la convocada procedió a dar por terminado el contrato de trabajo mediante carta del 25 de mayo del 2018, la cual recibida y firmada por el trabajador el 28 de mayo de la misma anualidad (fol. 71), en la cual se le indicó al demandante lo siguiente:

"El artículo 62 numeral 15 del Código Sustantivo del Trabajo establece que es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo "La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días (…)".

Se invoca esta causal en razón a que desde el día 8 de Noviembre de 2017, usted ha venido presentando incapacidades permanentes, completando hasta la fecha un total de 200 días de incapacidad sin interrupción. Estas últimas fueron calificadas el día 27 de Abril de 2018, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como incapacidades de origen común, calificación que se anexa a la presente carta.

Adicional a lo anterior, la EPS Cruz Blanca, emitió concepto desfavorable de rehabilitación por su condición, siendo notificado a la empresa el día 24 de Mayo de 2018, el cual se anexa al presente comunicado.

En consecuencia, habiéndose configurado todos los presupuestos establecidos por la norma citada para tal efecto, hemos decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir de la fecha, no sin antes agradecerle su gestión en la empresa y desearle lo mejor para su futuro."

Del contenido de la misiva reseñada, se tiene que en principio, tal y como lo afirma el recurrente, la fecha de terminación del contrato lo sería el 25 de mayo de 2018, dado que la misiva fue expedida en dicha data, y de su texto se desprende que la finalización del vínculo tiene efectos desde dicha fecha, no obstante, no puede pasar por alto el apelante, que conforme a la liquidación del contrato de trabajo visible a folio 72, la demandada estableció como fecha de retiro el 14 de junio de 2018, y reconoció las prestaciones sociales y las vacaciones adeudadas hasta la data en mención, de manera que en realidad el contrato de trabajo terminó en esta última fecha.

No obstante, ha de decirse que contrario a lo afirmado por el Juzgado, el empleador no dio cumplimiento al preaviso de que trata el inciso final del literal a) del artículo 62 del CST, esto es, que para invocar la justa causa aducida deberá dar aviso al trabajador con anticipación en un término no menor a 15 días, pues nótese que entre la fecha en que el actor fue notificado de la finalización del vínculo, que lo fue el 28 de mayo de 2018 y la fecha de la efectiva terminación del mismo, ocurrida 14 de junio de 2018, transcurrieron únicamente 12 días, pues no puede desconocer la Sala que conforme al artículo 62 de la Ley 4 de 1913 *"En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario..."*

Por tanto, a pesar que el Juzgado de primera instancia acertó cuando concluyó que el contrato de trabajo terminó el 14 de junio de 2018, se equivocó al indicar que en el presente caso no se desconoció el preaviso establecido en la ley para dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo la causal 15 del literal a) del artículo 62 del CST, pues es claro que no transcurrió dicho lapso entre la fecha en que le fue entregada la carta de despido al trabajador y la data en que en efecto finalizó el contrato de trabajo, omisión que además, deviene en ineficaz el despido alegado por la parte demandada.

De la estabilidad laboral reforzada y la obligación de solicitar autorización del Ministerio del Trabajo.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado, considera conveniente la Sala decisión recordar que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (16-06-2013), pues dicha finalización corresponde al 14 de junio del 2018. Lo anterior, como quiera que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación.

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

De esta manera, resulta claro que la garantía de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solo se aplica a las personas que acrediten tener una limitación moderada, severa o profunda o tengan la calidad de discapacitados, sino también a quienes su situación de salud les impida desarrollar su potencial laboral y acceder a un nuevo puesto de trabajo, es decir, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta y ello amenace el derecho a su mínimo vital y el de su núcleo familiar. En otras palabras, la protección laboral reforzada se erige como un mecanismo para evitar la discriminación laboral por razón del estado de salud de un trabajador.

Frente a este tema resulta oportuno destacar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el pasado 11 de abril de 2018, profirió la sentencia SL1360 de 2018, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, recogiendo el razonamiento que dicha corporación traía frente al tema de la estabilidad laboral, específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estableciendo como criterio decisional la postura de que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, permitiendo deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador por su empleador el de que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado deficitario de salud, a menos que el empleador demuestre en juicio objetivamente la ocurrencia real de una justa causa que permita desvirtuarla.

Adicionalmente, aclara la Sala de Casación Laboral que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio, resultando necesario que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable, en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa; por lo que la invocación de una justa causa legal, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la justa causa, so pena de que se declare la ineficacia del despido.

En uno de sus apartes principales, ultima la Corte:

> *"«a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.*
> *b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*
> *c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas».”*

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

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

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria",* entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al

empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

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

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar que la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

No obstante, ha de decirse que en tratándose de la justa causa de despido consagrada en el numeral 15 del literal a) del artículo 62 del CST, la Corte Constitucional en sentencia C 200 de 2019, declaró la norma en mención exequible de manera condicionada, en el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su condición de salud, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización.

Además, precisó que en caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional consideró que la causal de despido de la que se viene hablando no puede aplicarse automáticamente, pues además de agotar el tiempo de incapacidad estipulado, el empleador debe demostrar que el despido se ha efectuado por razones distintas a la situación de salud del trabajador o que se han agotado todas las posibilidades dentro de lo razonable para poder mantenerlo en la empresa, de manera que el despido sólo opera por la extinción de la capacidad laboral, entendida como la posibilidad de prestar el servicio personal que es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, lo cual debe ser verificable objetivamente por alguien que no sea parte de la situación, que en todo caso no se encuentra consagrado en la norma en cuestión, amén que tampoco incluye un dispositivo que, ante el despido injusto, repare a los trabajadores y disuada a los empleadores de llevar a cabo actos segregadores, lo cual le resta fuerza normativa a la prohibición de despido derivada de la falta de configuración de la justa causa.

Sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia aludida precedentemente ha de decirse que, en efecto como lo indicó el Juzgado de primera instancia, fue proferida con posterioridad a la fecha en que fue despedido el demandante, pues nótese que la misma data del 15 de mayo del 2019, de suerte que no podría tener efectos sobre

situaciones ya consumadas, como ocurre en el presente caso, dado que como se dijo el actor fue despedido el 14 de junio del 2018, en tanto que la Corte Constitucional no le otorgó efectos ex tunc a su fallo de exequibilidad, por manera que tiene efectos hacia el futuro y convalida de contera las situaciones jurídicas consolidadas a su amparo entre el instante en el que entró en vigencia la norma analizada y la fecha de la sentencia, pues las actuaciones adelantadas en ese lapso, en principio, se reputan como legítimas si se demuestra que han sido ejecutadas en consonancia con el derecho positivo vigente.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que la Corte Constitucional en sede de tutela, en específico, en la sentencia T-118 de 2010, ya había establecido que en tratándose de la causal prevista en el numeral 15, del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, *"según la cual una vez un trabajador alcanza incapacidades originadas en enfermedad común por un período de 180 días, antes de proceder a su aplicación se debe establecer, si, conforme con un dictamen médico, el trabajador puede ser reintegrado a su trabajo, o reubicado en uno con funciones acordes con su estado de salud, si presenta una discapacidad parcial. En todo caso, el evento en el que, por cualquier causa, el empleador decida dar por terminado un contrato laboral de una persona amparada por una incapacidad, la eficacia de esa determinación* ***está condicionada a que previamente la autoridad laboral competente autorice su despido, verificando la existencia de una causal objetiva para ello****, la cual no puede coincidir con la situación de la limitación física del trabajador." (negrilla fuera de texto)*

Igualmente, en la sentencia **T-364 de 2016**, indicó la Alta Corporación lo siguiente:

> *"(…) el sólo cumplimiento del período de 180 días continuos de incapacidad, no lleva consigo de manera automática la posibilidad del empleador de terminar unilateralmente el contrato laboral aduciendo una justa causa, en tanto no puede ejercerse de forma irrazonable o indiscriminada tal prerrogativa, en la medida en que, como se vio,* ***a éste le corresponde reincorporar a los trabajadores que han recuperado su salud, o reubicar a aquellos que presentan incapacidades parciales,*** *conforme con lo que médicamente se haya dictaminado[53],* ***en observancia del principio de solidaridad*** *que le asiste frente a sujetos de especial protección[54], pues aplicar objetivamente la causal de terminación del contrato laboral cuando el empleado ha superado los 180 días de incapacidad médica, pasando por alto que aquél tenga la posibilidad de recuperarse, "tiene un efecto perverso, ya que, por una parte, se le desvincula del empleo que le proveía los recursos económicos para su subsistencia, y por otra, el Sistema lo abandona a su suerte sin que se hubiese reestablecido su salud"[55].*
>
> *La razón de la protección en este aspecto especifico, obedece a que el ordenamiento protege de manera especial a quien padece una limitación por causas físicas, psíquicas o sensoriales, garantizándole su estabilidad en el trabajo, ello supone que, también, se debe mantener vigente su vinculación a los sistemas de salud, pensiones y riesgos laborales, para poder acceder a las prestaciones que ellos ofrecen, pues de otra forma la protección sería incompleta.*
>
> *Ello debe ser así, pues de otra manera, no tendría explicación desde el punto de vista constitucional, que el sistema de riesgos laborales garantizara íntegramente todas las prestaciones económicas a un trabajador al que se le han extendido incapacidades laborales causadas en enfermedades de origen profesional, incluso superiores a 180 días, y no así el sistema general de seguridad social en salud, cuando la causa de su incapacidad es una enfermedad de origen común. Tal disimilitud implicaría un tratamiento discriminatorio, no admisible desde el punto*

de vista constitucional, en la medida en que el origen de la enfermedad no es un criterio para determinar el grado de protección que merece un trabajador con limitaciones. Por ello, ***quien esté imposibilitado física, psíquica o sensorialmente para trabajar, requiere, sin lugar a discriminaciones, de los ingresos necesarios para subsistir dignamente, y, en ese sentido, es destinatario de la protección reconocida por el ordenamiento jurídico****[56]." (negrillas fuera de texto)*

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional en el caso allí analizado accedió al amparo de los derechos fundamentales invocados por la trabajadora, pues su empleador terminó unilateralmente el contrato laboral que había suscrito con ella aduciendo como justa causa el que hubiese transcurrido un lapso de casi 180 días continuos de incapacidad, sin tener en cuenta que se encontraba en incapacidad médica y sin que mediara la autorización del Ministerio del Trabajo.

De lo anterior, se tiene entonces que aunque la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del numeral 15 del literal a) del artículo 62 del CST en la sentencia C 200 de 2019, que es posterior a la fecha de terminación del vínculo laboral del señor Jiménez Pulido, lo cierto es que esa exigencia de solicitar autorización del Ministerio del Trabajo para invocar dicha causal no resulta ser una novedad por virtud de dicha decisión, en la medida que la Alta Corporación ya había exigido ese requisito por vía de tutela en decisiones proferidas con anterioridad al 14 de junio del 2018, las cuales son de obligatoria aplicación y cumplimiento en relación con su *ratio decidendi*.

Sumado a ello, ha de considerarse que la CSJ en la sentencia SL2981-2019, en un caso similar al aquí estudiado, en el cual el despido del trabajador protegido por la estabilidad laboral de que trata la Ley 361 de 1997 tuvo lugar el 21 de julio de 2006, consideró que lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-200 de 2019, tenía plena aplicación al caso en mención, sin importar que aquella fuere posterior a los hechos, pues el contenido de la causal prevista en el ordinal 15) del literal A) del art. 62 del CST, siempre ha existido.

Por tanto, vale decir que en el presente caso, tal y como lo refiere el demandante en su alzada, era necesario solicitar la autorización del Ministerio del Trabajo a fin de despedirlo bajo la justa causa establecida en el numeral 15 literal a) del artículo 62 del CST, pues no existe duda para la Sala que éste a la fecha en que le fue terminado el contrato de trabajo se encontraba amparado por la protección de que trata la Ley 361 de 1997, en la medida que como la misma demandada lo refirió en la carta de despido, se encontraba incapacitado de manera permanente y sin interrupción desde hacía 200 días, además, presentaba diferentes afectaciones en su salud como asma, insuficiencia venosa, poliposis sinonasal, trastorno interno de rodilla, lumbago no especificado, trastorno de discos intervertebrales, trauma superficial de hombro y brazo y lumbago con ciática, tal y como dan cuenta el concepto desfavorable de rehabilitación expedido por Cruz Blanca EPS y la historia clínica ocupacional (fols. 14 y s.s.), siéndole además determinada una pérdida de capacidad laboral del 13,20% únicamente en relación con el diagnóstico de esguinces y torceduras que comprometen los ligamentos laterales (externo interno) de la rodilla (fol. 57).

En ese orden, debió el Ministerio del Trabajo, por petición de la empresa, establecer si en efecto el trabajador una vez terminaran sus períodos de incapacidad,

presentaba un estado de salud de tal envergadura que no le permitiera prestar sus servicios a favor de la empresa en las funciones que le fueron reasignadas con ocasión a su reintegro, o en funciones propias de otro cargo, no obstante, como quiera que en el presente caso la demandada no contó con el aval en mención, el despido del demandante se torna ineficaz, también por esta segunda omisión.

No obstante, ha de decirse que el reintegro solicitado en la demanda resulta imposible jurídica y materialmente, dado que en la actualidad y desde abril del 2019, al demandante le fue reconocida una pensión de invalidez por presentar una pérdida de capacidad laboral equivalente al 51,04%, como da cuenta la comunicación emitida por Colfondos, visible a folios 82 y s.s., siendo claro que el señor Gonzalo Jiménez Pulido, no cuenta con aptitud para prestar su servicios a favor de la convocada, siendo entonces procedente a título de indemnización, el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales causadas desde el 15 de junio de 2018 hasta en día anterior en que fue incluido en nómina por parte de la AFP ya mencionada, esto es, hasta el 31 de marzo de 2019, tal y como lo ha definido la CSJ en los casos en los cuales resulta imposible llevar a cabo el reintegro, entre otras en la sentencia SL21083-2017.

En este punto, cumple advertir que si bien el actor confesó en su interrogatorio de parte que la prestación de invalidez le fue reconocida con retroactividad desde el 16 de diciembre de 2016 (CD fol. 84), dichos salarios y prestaciones no resultan incompatibles con la mesada pensional, ya que la Sala no observa que la ley así lo tenga definido. Además, se precisa que se reconocen salarios y no subsidios por incapacidad, dado que en el expediente no se encuentra acreditado que al actor se le hubieren ordenado incapacidades con posterioridad al 28 de mayo de 2018, fecha esta en la que fue entregada la carta de terminación del vínculo, la cual constituye la única prueba en el proceso sobre las mismas.

Así las cosas, se tiene que la demandada debe reconocer a favor del actor $ 9.027.671 a título de salarios debidos, $ 824.590 por concepto de cesantías, $249.499 por intereses a las cesantías, $ 824.590 a título de primas de servicios y $ 376.153 por concepto de vacaciones, las cuales se calcularon teniendo en cuenta el salario promedio de $946.959 certificado en la liquidación obrante a folio 72, en la cual dicho sea de paso, le fueron reconocidas al actor las prestaciones y salarios adeudados hasta el 14 de junio de 2018.

Así mismo, se condenará a la accionada a pagar la suma de $5.681.754 por concepto de 180 días de salario, a título de indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Sobre los aportes a la Seguridad Social Integral deprecados en la demanda, no se accederá a su reconocimiento, en la medida que el actor se encuentra pensionado desde el 16 de diciembre de 2016, como se había indicado con anterioridad.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de noviembre del 2019, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar a SULICOR S.A.S. a pagar a favor del señor Gonzalo Jiménez Pulido identificado con la cédula de ciudadanía $79.243.341 a título de indemnización ante la imposibilidad del reintegro reclamado, las siguientes sumas y conceptos:

- $ 9.027.671 a título de salarios debidos.
- $ 824.590 por concepto de cesantías.
- $249.499 por intereses a las cesantías
- $ 824.590 a título de primas de servicios
- $ 376.153 por concepto de vacaciones.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SULICOR S.A.S. a pagar a favor del señor Gonzalo Jiménez Pulido, identificado con la cédula de ciudadanía 79.243.341, a título de indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, la suma de $5.681.754

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUIS EDUARDO MATEUS ORTEGÓN***
DEMANDADO:	***AVIANCA S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-05-2017-00519-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***FUERO CIRCUNSTANCIAL-LEY 361 DE 1997***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Eduardo Mateus Ortegón instauró demanda ordinaria contra Aerovías del Continente Americano-Avianca S.A. con el fin de que se DECLARE que es afiliado de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles-ACDAC y que fue despedido sin justa causa cuando estaba vigente el conflicto colectivo promovido con ocasión al pliego de peticiones presentado por la mencionada organización sindical el 4 de febrero de 2016, y desconociendo además, la Convención Colectiva, los Acuerdos Convencionales, las Actas de Acuerdo y el Decreto 2351 de 1965; en consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo de piloto de A330 o a uno de igual o superior categoría, junto con el pago de los salarios, primas legales y extra legales, y demás beneficios establecidos en la Convención Colectiva, con los respectivos incrementos legales y extralegales, desde la fecha en que fue despedido hasta que sea reintegrado. Asimismo, solicita se condene a la accionada a reconocer y pagar de manera indexada, la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, solicita se condene a la parte demandada a reconocer y pagar la indemnización de que trata el articulo 64 del CST, debidamente indexada, junto con los perjuicios morales y materiales causados por el despido injusto e ilegal. (fols. 1 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que celebró contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, el 20 de marzo de 1979; que el 20 de enero de 2003, las partes firmaron Otro Sí al contrato de trabajo, dentro del que se incorporaron las regulaciones establecidas en el Acta de Acuerdo del 30 de diciembre

de 2002, suscrita entre AVIANCA y ACDAC, según la cual los pilotos que hubieren reunido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, pueden continuar al servicio activo y al mismo tiempo percibir las mesadas pensionales a cargo de CAXDAC, comprometiéndose la empresa que a partir del 1º de enero de 2005, solo en caso de presentarse un excedente de aviadores debidamente sustentado, podrá aducir la justa causa de terminación basada en la jubilación del aviador y retirar por esta vía, en primer término y en orden descendente de edad a los aviadores jubilados con 54 años de edad o más que sean necesarios para eliminar tal excedente; que es socio de ACDAC y se encuentra a paz y salvo por concepto de su afiliación; que el último pliego de peticiones presentado por dicha organización ante Avianca, lo fue el 4 de febrero de 2016; que entre ACDAC y AVIANCA S.A., se llevó a cabo negociación colectiva del pliego de peticiones entre el 26 de febrero y el 5 de abril de 2016 encontrándose actualmente por definir la convocatoria del Tribunal de Arbitramento; que el 30 de abril de 2017, la demandada le informó la terminación de su contrato de trabajo, aun cuando se encontraba con problemas de salud, adquiridos en desarrollo de sus actividades; que el 7 de junio de 2017, el Centro Médico Colsubsidio Mazuren emitió concepto médico ocupacional de egreso, en el cual se recomienda iniciar estudio de origen del diagnóstico hernias de disco intervertebral, el cual conforme al Capítulo VII cláusula 74 de la Convención Colectiva de Trabajo, constituye una enfermedad profesional de los pilotos; que la accionada lo despidió sin previo aval del Ministerio del Trabajo; que el 31 de julio de 2017, elevó la respectiva reclamación ante su empleadora.

2. Contestación de AVIANCA S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que de acuerdo a los reglamentos Aeronáuticos de Colombia ningún piloto comercial de aviones podrá ejercer las labores de vuelo una vez superados los 65 años de edad, como es el caso del demandante, por tanto, concluyó que éste no se encontraba habilitado para desempeñar sus funciones por ineptitud y al no contar con una licencia de vuelo activo, en tanto superó la edad en mención, sumado a que se encontraba pensionado desde el año 2002, lo cual fue aducido en la carta de terminación del vinculo laboral, que se constituye en una justa causa para el efecto.

Agregó que entre la sociedad demandada y ACDAC no estaba vigente ningún conflicto colectivo a la fecha de terminación del contrato de trabajo, al punto que, con posterioridad a abril de 2017, y exactamente el 8 de agosto de ese año, la organización sindical en mención radicó pliego de peticiones y de acuerdo con lo señalado por el Ministerio del Trabajo, ni siquiera fue encontrada radicación de depósito de la denuncia de la Convención Colectiva de Trabajo.

Finalmente, indicó que el demandante a la fecha del despido no se encontraba calificado con pérdida de capacidad laboral, no presentaba ninguna restricción de tipo laboral y su desvinculación no se debió a un supuesto estado de salud.

Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, improcedencia del pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa y/o reintegro, improcedencia de los pagos pretendidos al no existir posibilidad de reintegro, compensación, buena fe, pago y prescripción. (fols. 287 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de noviembre de 2018, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas por el actor, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas al convocante. (CD fol. 391).

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a que el actor se vinculó con Avianca a través de un contrato de aprendizaje, y posteriormente, a través de un contrato de trabajo a término indefinido desde 1979 hasta el 31 de marzo de 2017. Que, si bien se observa carta de presentación de pliego de peticiones por parte de ACDAC el 5 de febrero de 2016, lo cual dio inicio al conflicto colectivo y se advierte finalización de la etapa inicial conforme a Acta de arreglo directo, en la que las partes declararon que no llegaban a un acuerdo, lo cierto es que no media prueba de que ese conflicto haya continuado o de qué sucedió con el mismo, además, que de la documental se demuestra la iniciación de uno nuevo el 8 de agosto de 2019.

Sostuvo que en gracia de discusión, las pretensiones no darían lugar al éxito, en tanto que el fuero circunstancial protege a los trabajadores para que no sean despedidos sin justa causa comprobada, lo cual no tuvo lugar en el presente caso, en la medida que conforme al Acta del 30 de diciembre de 2002, suscrita por Avianca-Sam-ACDAC, los trabajadores que sean pensionados por CAXDAC, pueden seguir trabajando aun después de reconocida la prestación, sin aducirles la justa causa establecida en la Ley 100 de 1993, a menos que a partir del 1º de enero de 2005, se presente un excedente de pilotos debidamente sustentado, lo cual debe leerse en conjunto con el RAC 61, cuyo texto señala que para ejercer las atribuciones de piloto al mando en servicios aéreos comerciales y de transporte público, el titular de una licencia debe tener 60 años o en caso de operaciones con más de un piloto, debe tener menos de 65 años, siempre que el copiloto tenga menos de 60 años.

Asi las cosas, dijo que al cumplir 65 años el actor el 19 de enero de 2017, tuvo lugar el surgimiento del excedente del que habla el Acta del 30 de diciembre de 2002, y es por ello que se aduce al demandante el reconocimiento de pensión y la ineptitud o falta de aptitud para desempeñar la labor encomendada a la fecha de terminación del vínculo, la cual, por lo mismo se sustenta en una causal justa.

Señaló por otro lado que sobre la estabilidad laboral reforzada por la condición de salud del trabajador, el Despacho aplica el criterio de la Corte Constitucional, según el cual no es necesario que el empleado se encuentre debidamente calificado para que opere la protección, pues es suficiente que presente una condición de salud que le impida o se le dificulte el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, precisando que del interrogatorio de parte rendido por el actor, se observa que éste afirmó que la demandada conocía su estado de salud desde el año 2009, luego resulta claro que su despido no fue a causa de su condición, pues la terminación del vínculo ocurrió 8 años después, amén que esta fue totalmente objetiva, esto es, por razón del reconocimiento de la pensión y de la deshabilitación de su licencia de piloto, de manera que no hay lugar a dar aplicación a la estabilidad reclamada.

4. **Impugnación y límites del ad quem**. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que al proceso fue allegada la prueba de la existencia del fuero circunstancial y del conflicto colectivo, lo cual se observa de los folios 258 y 259, en los cuales se evidencia solicitud de la conformación del Tribunal de Arbitramento, por el conflicto que había iniciado el 26 de febrero de 2016, de manera que debe concluirse que el mismo aun se encuentra vigente.

Agregó que el actor nunca incumplió sus obligaciones contractuales y siempre prestó de manera eficiente y correcta sus servicios, a pesar de sus patologías, precisando que de conformidad con el Acta suscrita entre ACDAC y AVIANCA el 30 de diciembre de 2002, existe un acuerdo para que aquellos pilotos que se encuentran pensionados

pueden continuar prestando el servicio, pudiéndose aducir la justa causa de terminación del vínculo a partir del 1º de enero de 2005, siempre que se presentare un excedente de aviadores debidamente sustentado, el cual no fue probado en el proceso gracias a la omisión del Juzgado de decretar la prueba.

Igualmente, dijo que los acuerdos son ley para las partes, quienes están llamadas a ejecutarlos de buena fe, por manera que la encartada debió previo a terminar el contrato de trabajo, verificar el excedente exigido por el acuerdo.

Sostuvo que una persona que se encuentra en condiciones de laborar y con las plenas aptitudes para desempeñar otra labor, puede ser reubicada en una actividad diferente, como ocurre en otros países, como por ejemplo en EEUU, en donde los pilotos al perder su licencia continúan ejerciendo diversas labores, como dictar clases.

Finalmente, precisó que la parte empleadora conocía el estado de salud del demandante, indicando que el Juzgado no dio aplicación del criterio jurisrpudencial establecido por la Corte Constitucional sobre la estabilidad laboral reforzada, además, conforme a la sentencia T-066 de 2015, dicha Corporación concluyó que todos los afiliados de ACDAC están siendo víctimas de discriminación laboral, a través de pactos colectivos y que la empresa despide a los trabajadores sindicalizados con el objetivo de debilitar a la organización sindical, así como someterlos a miedos y represalias para desconocer sus derechos fundamentales de asociación. (C.D. fol. 391).

5. Alegatos demandante. Manifestó que la demandada no acató el trámite dispuesto para dar por terminado el contrato de trabajo, es decir, jamás probo la existencia de excedente de pilotos, así como tampoco demostró que conforme al orden descendente de edad el demandante era quien se encontraba en dicha circunstancia para que el despido fuera justificado, conforme al procedimiento que se acordó entre AVIANCA S.A. y la ACDAC. Adicionalmente señaló que al interior de la compañía continúa laborando jubilados en el equipo A- 330, los cuales al perder la licencia médica que los habilita para desarrollar actividades de vuelo, son reubicados en la escuela de operaciones y en cargos administrativos. Sostuvo que el demandante fue despedido injustificadamente, estando amparado también por la garantía del fuero circunstancial, toda vez que aún se encontraba vigente el conflicto colectivo para dicha fecha, situación que fue plenamente acreditada en el expediente. Finalmente, adujo que debía la demandada solicitar permiso para despedir al demandante aun cuando considerara estar amparado por una justa causa, por cuanto lo que se pretende es verificar que no exista una discriminación hacia el demandante en razón a su estado de salud y verificar la existencia de la causal objetiva. Dicha autorización brilla por su ausencia en el expediente produciendo la ineficacia del despido efectuado por la demandada.

6. Alegatos demandada. Indicó que como encontró probado el *a quo*, no existe prueba alguna que confirme que el conflicto colectivo hubiese continuado, por el contrario de la comunicación del Ministerio de Trabajo allegada al proceso, se observaba que, para la fecha de terminación del contrato, dicho conflicto era inexistente. Agregó que en todo caso el fuero circunstancial alegado no procede en razón a que la terminación del contrato lo fue con justa causa, esto es, por no encontrarse habilitado para desempeñar las labores de piloto para las cuales fue contratado, por la ineptitud para el desempeño del mismo, así lo confesó incluso en el interrogatorio de parte que absolvió, ello por cuanto de conformidad con los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia ningún piloto comercial de aviones podrá ejercer las labores de vuelo una vez superados los 65 años de edad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿A la fecha de terminación del contrato de trabajo existente entre las partes se encontraba vigente el conflicto colectivo suscitado por ACDAC el 4 de febrero de 2016?, (ii) ¿Los motivos aducidos por AVIANCA en la carta de despido, no constituyen justas causas de terminación del vínculo existente, a la luz del Acta del 30 de diciembre de 2002, suscrita entre la sociedad en mención y ACDAC? y (iii) ¿Conforme al estado de salud del accionante, la accionada no podía despedirlo sin previo aval del Inspector del Trabajo?

Del contrato de trabajo

No media discusión en esta instancia sobre la existencia de la relación laboral que unió a las partes, la cual surgió el 20 de marzo de 1979, por virtud de un contrato de aprendizaje, y desde el 3 de marzo de 1980, se rigió por un contrato a término indefinido hasta el 30 de abril de 2017, siendo el último cargo desempeñado por el actor el de Piloto A330, como se constata de las documentales visibles a folios 54 a 55, 76 a 79 y 315.

Tampoco media controversia en cuanto a que el demandante ostentó la calidad de socio de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles-ACDAC desde el 19 de julio de 1980, tal y como se certifica a folio 158.

Del fuero circunstancial

Se aparta el demandante de la decisión adoptada por el Juzgado de primera instancia, en cuanto considera que contrario a lo afirmado por el *a quo*, de conformidad con la prueba documental aportada en el proceso es posible advertir que a la fecha de terminación del vínculo (30 de abril de 2017), aun se encontraba vigente el conflicto colectivo que inició con la presentación del pliego de peticiones por parte de ACDAC el 4 de febrero de 2016.

Sobre este aspecto ha de rememorar la Sala que conforme al artículo 25 del Decreto 2531 de 1965, el fuero circunstancial tiene su génesis en la presentación del respectivo pliego de peticiones ante el empleador por parte de la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados, momento a partir de cual surje la prohibición de despedirlos sin justa causa comprobada, con la finalidad de evitar represalias en su contra y desmotivar al empleador de tomar medidas tendientes a debilitar el movimiento sindical.

Ahora bien, el conflicto colectivo consta de varias etapas que se encuentran claramente reguladas en el CST, como lo son, la denuncia de la convención en los casos en que ello sea procedente, la adopción y presentación del pliego de peticiones, la etapa de arreglo directo, la suscripción de la convención colectiva, la declaratoria y desarrollo de la huelga, o en su lugar, la convocatoria de un tribunal del arbitramento, cuya solución en este último caso, acontece con la expedición del laudo que queda en firme, ya sea porque no se interpuso recurso alguno en su contra, o porque se profirió sentencia que resuelve el recurso de anulación formulado contra la decisisón arbitral.

Cumple recordar además, que tal y como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, ente otras en la sentencia SL769-2019, la sola presentación del pliego de peticiones no perpetua la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto o la ejecutoria del laudo arbitral, en tanto que existen eventos en los cuales el conflicto cesa de manera anormal, debido al incumplimiento de las etapas propias del mismo, o cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés de concluirlo, precisando la Alta Corporación, que pueden existir eventos en los que sea posible justificar la prolongación del conflicto, según la etapa de que se trate, de manera que el simple paso del tiempo no implica necesariamente el decaimiento del conflicto, y por consiguiente la extinción de la garantía foral.

Conforme a lo anterior, es importante recordar que cuando se demanda la protección del fuero circunstancial, corresponde al demandante demostrar el supuesto de hecho que le genera la protección foral, cual es, la presentación del pliego de peticiones, y a su vez dejar en claro que a la fecha del despido no había finalizado el conflicto para que la demandada asuma la carga de probar el hecho contrario que extinga el derecho al fuero, como lo ha expresado la CSJ en sentencias SL948-2020 y SL6732-2015.

En el presente caso, no existe duda del nacimiento del conflicto colectivo del 5 de febrero de 2016, pues en dicha fecha el Presidente de ACDAC radicó pliego de peticiones ante AVIANCA S.A. (fols. 163 y s.s.), y en virtud de ello, se dio instalación e inicio a la etapa de arreglo directo el 29 de febrero de 2016 (fols. 260 y s.s.), la cual, terminó el 5 de abril de 2016, como se indica expresamente en el acta de finalización, visible a folios 264.

Ahora bien, de la prueba documental mencionada por la parte recurrente, visible a folio 258 a 259, se puede concluir que en el presente caso se convocó el tribunal de arbitramento, pues el 23 de enero de 2017, a través del medio de convicción en mención, se observa que el Presidente de ACDAC en respuesta a la comunicación expedida por el Ministerio del Trabajo el 18 de diciembre de 2016, le indicó a dicha cartera, que sobre su solicitud de designación unificada del árbitro dentro del conflicto colectivo, se le estaría informando dentro de los 3 días siguientes a la Asamblea la determinación de la misma.

No obstante, la prueba en mención no permite concluir la existencia de la garantía foral reclamada a la fecha de terminación del vínculo, en tanto ella no da cuenta de lo ocurrido con posterioridad al 23 de enero de 2017 y hasta la fecha en que efectivamente fue desvinculado el demandante, esto es, el 30 de abril de la misma anualidad, lo cual tampoco se demuestra a través de ninguna otra prueba, por manera que no existe certeza en el proceso, como lo señaló el Juzgado de primera instancia, sobre lo que sucedió respecto a dicho conflicto, es decir, si éste terminó de manera normal, con el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento, o si se dio una finalización anormal y por fuera de los términos establecidos en la ley.

Por tanto, no existe certeza para la Sala que el conflicto colectivo estuviere vigente a la fecha del despido, duda que además se acentúa al observar la comunicación dirigida por el Ministerio del Trabajo a la Directora de relaciones Laborales de Avianca de fecha 5 de diciembre de 2017, pues en ella se le indica que la denuncia de la convención colectiva con ocasión del pliego de peticiones del 8 de agosto de 2017, no se encontró registro de radicación o depósito que se haya presentado ante el ministerio en mención correspondiente al mes de agosto de 2017 o con posterioridad, de lo cual se advierte que en la data en mención se presentó un nuevo pliego de peticiones, situación que

constituye un contrasentido, si el anterior conflicto se hubiere solucionado por la expedición del laudo arbitral por parte del Tribunal de Arbitramento.

En ese orden, contario a lo afirmado por la parte recurrente, en el presente caso, no se encuentra acreditado que el conflicto colectivo que nació el 5 de febrero de 2016, se encontrare vigente para la fecha de despido del actor, siendo preciso advertir que ello era carga probatoria suya, en la medida que la misma no fue traslada a la parte demandada, en tanto que en la demanda nunca se hizo la negación indefinida de que dicho conflicto no había terminado al 30 de abril de 2017.

Conforme a lo anterior, se confirma la sentencia de primera instancia sobre este aspecto.

De la justeza del despido

Consideró el Juzgado de primera instancia que si en gracia de discusión se concluyera que en el presente caso se hubiere demostrado que a la fecha de terminación de vínculo estaba vigente el conflicto colectivo y por ende, el actor estaba amparado por la garantía del fuero circunstancial, en todo caso no procede el reintegro, en la medida que el señor Mateus Ortegón fue despedido con justa causa comprobada; lo cual discute la parte recurrente, al considerar que en el *examine* no se encuentra probado el excedente de aviadores debidamente sustentado establecido en el Acta del 30 de diciembre de 2002, suscrita entre ACDAC, AVIANCA y SAM, por manera que la accionada no podía aducir como justa causa para terminar el vínculo el reconocimiento de la pensión a favor del trabajador, falencia probatoria que además se generó porque el Juzgado se abstuvo de decretar la inspección judicial con exhibición de documentos solicitada en la demanda.

Al respecto, sea lo primero advertir que al trabajador solamente le compete probar el hecho del despido, pues es el empleador quien está llamado a demostrar que el mismo lo fue con justa causa.

Ahora bien, cierto es que en los términos del numeral 14 del literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con el parágrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es justa causa para terminar el contrato de trabajo el reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.

No obstante, también se observa que, en el Acta del 30 de diciembre de 2002 que menciona la parte demandante (fols. 56 y s.s.), se estableció que los aviadores afiliados a ACDAC que laboren en las empresas indicadas en dicho acuerdo, y que cumplan los requisitos bajo la legislación actual para pensionarse podrán acceder al derecho a la pensión de jubilación frente a la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC CAXDAC, y continuar laborando al servicio de la empresa bajo la misma modalidad contractual pero con salario integral; además, se estipuló que *"a partir del 1º de enero de 2005, solo en caso de presentarse un excedente de aviadores debidamente sustentado, la Empresa podrá aducir la justa causa de terminación basada en la jubilación del Aviador, y retirar por esta vía en primer término y en orden descendente de edad, a los Aviadores jubilados con 54 años de edad o más que sean necesarios para eliminar el excedente."*

La norma en mención, establece como requisito para aducir la justa causa de despido ya anotada, que se presente un excedente de aviadores debidamente sustentado, entendiendo la parte recurrente que ello se refiere a la existencia de varios trabajadores

sobrantes en la empresa, hecho que no fue probado por la pasiva en la presente Litis y tesis que comparte la Sala de Decisión, pues ello es lo que se concluye de la lectura de dicho pacto, siendo oportuno advertir que del material probatorio obrante en el proceso, no se advierte demostrado por parte de la demandada que en efecto tenía trabajadores adicionales al actor que no podía ubicar en su flota de aviones o que teniéndolos quien debía ser retirado en orden descendente de edad era el actor, por lo que en principio podría concluirse que Avianca no estaba habilitada para aducir la terminación del contrato con justa causa basada en la jubilación del actor.

No obstante, ha de precisarse que dicho acuerdo no debe leerse de manera aislada, sin considerar el RAC 61 adoptado mediante Resolución N° 03547 del 21 de diciembre de 2015, publicada en el Diario Oficial Número 49.738 del 27 de diciembre de 2015, en la medida que la norma en mención establece que para ejercer las atribuciones de piloto al mando en servicios aéreos comerciales de transporte público, el titular de una licencia de piloto comercial debe tener menos de 60 años de edad, o en caso de operaciones con más de un piloto, menos de 65 años siempre que el copiloto sea menor de sesenta 60 años.

En ese orden, al analizar el Acta del 30 de diciembre de 2002 de manera conjunta con el RAC 61 se concluye que, en el caso del actor, el acuerdo en mención ya no tenía aplicación para la fecha en que este fue despedido, esto es, para el 31 de marzo de 2017 (fols. 76 y s.s.), pues a dicha data contaba con 65 años, como quiera que completó esa edad el 19 de enero de 2017 como se deduce de la copia del registro civil de nacimiento (fol. 161), luego, no es posible exigirle a la sociedad demandada abstenerse de aducir la justa causa de despido basada en la jubilación como lo acordó con ACDAC, cuando el actor ya había llegado a la edad en que se encontraba inhabilitado para ser piloto.

Por tanto, es claro que la demandada sí se encontraba posibilitada para aducir la justa causa de jubilación del convocante a fin de dar por terminado el contrato de trabajo, más aún cuando está claramente demostrado dentro del proceso que el demandante tiene la calidad de pensionado de CAXDAC desde el 29 de noviembre de 2002, según da cuenta la comunicación de reconocimiento de pensión visible a folio 307.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, en el caso sí se encuentra demostrada la justa causa de despido, la cual dicho sea de paso no fue la única aducida al demandante por parte de AVIANCA, ya que en la carta de terminación también se señala la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada (numeral 13 literal A artículo 62 del CST), la cual en el presente caso se constata ante la falta de aptitud del actor para desempeñar sus funciones como piloto, en tanto que alcanzó la edad en la que ya no cuenta con licencia para el efecto.

De lo anterior, se tiene que la parte convocada cumplió con la carga de demostrar la justa causa de despido alegada, circunstancia que además evidencia la inexistencia de una falencia probatoria, pues ello no estaba en cabeza del trabajador y menos aún, a través de una inspección judicial con exhibición de documentos, contrario a lo afirmado en la alzada.

Por tanto, no existe duda para la Sala que acertó el Juzgado de primera instancia cuando concluyó que en el *examine*, la terminación unilateral del contrato de trabajo por decisión de la empresa, se encuentra amparada en una justa causa, no pudiendo tampoco el demandante pretender que fuere reubicado en otro cargo ante la

inhabilitación de su licencia, como se indica en la alzada, pues la legislación laboral colombiana no impone tal obligación cabeza del empleador.

De la estabilidad laboral por la condición de salud del trabajador.

En cuanto al problema jurídico relacionado con establecer si la empresa actúo de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de despedirlo, la Sala decisión debe recordar que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues dicha finalización corresponde al 30 de abril de 2017. Lo anterior, como quiera que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación.

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

De esta manera, resulta claro para esta Colegiatura que la garantía de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solo se aplica a las personas que acrediten tener una limitación moderada, severa o profunda o tengan la calidad de discapacitados, sino también a quienes su situación de salud les impida desarrollar su potencial laboral y acceder a un nuevo puesto de trabajo, es decir, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta y ello amenace el derecho a su mínimo vital y el de su núcleo familiar. En otras palabras, la protección laboral reforzada se erige como un mecanismo para evitar la discriminación laboral por razón del estado de salud de un trabajador.

Frente a este tema resulta oportuno destacar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el pasado 11 de abril de 2018, profirió la sentencia SL1360 de 2018, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cambiando y recogiendo el razonamiento frente al tema de la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estableciendo como criterio decisional la postura que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio permitiendo deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador por su empleador el de que su despido obedeció a un móvil

relacionado con su estado deficitario de salud, a menos que el empleador demuestre en juicio objetivamente la ocurrencia real de una justa causa para el efecto.

Adicionalmente, clarifica la Sala de Casación Laboral que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio, resultando necesario que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable, en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa; por lo que la invocación de una justa causa legal, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la justa causa, so pena de que se declare la ineficacia del despido. En uno de sus apartes principales, ultima la Corte:

> *«a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.*
>
> *b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*
>
> *c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas».*

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

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

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria",* entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al

empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

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

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar que la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Al revisar las pruebas allegadas al expediente, en especial la historia clínica del accionante (fols. 88 y s.s.), se advierte que éste desde el año 2008, ha presentado afectaciones relacionadas con diagnósticos tales como Cervicodorsolumbalgia, espasmo dorsal severo, osteocondrosis del segmento vertebral torácico entre T5 y T9, dorsalgia, hipertensión esencial e hiperlipidemia mixta.

Frente a lo anterior, no encuentra la Sala que en efecto el actor a la fecha de terminación del vínculo, presentara una afectación médica de sus funciones que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, pues no se observa que los diagnósticos anotados no le permitieran el cabal desempeño de sus labores, en tanto que a pesar de las mismas, continuó prestando sus servicios como piloto durante 9 años, sin que si siquiera se expidieran recomendaciones laborales o se generaran distintas incapacidades, ya que la documental solo da cuenta de una, entre el 30 y el 31 de diciembre de 2008 (fol. 104).

Por tanto, no puede concluir el Tribunal que la fecha del despido el actor se encontraba en una condición de debilidad manifiesta, ni considerar que en su caso operaba la estabilidad laboral reforzada consagrada en la Ley 361 de 1997, siendo preciso advertir que en todo caso, como se anotó con anterioridad, el contrato de trabajo terminó por una causa legal objetiva, luego, aun si se aceptara que el demandante presentaba una condición de debilidad manifiesta, la empleadora no estaba llamada a solicitar el aval del Inspector del Trabajo a fin de despedir al señor Mateus Ortegón, dado que la protección de la norma ya mencionada, da lugar a presumir que dicho despido fue discriminatorio, lo cual puede se desvirtuado por el empleador demostrando esa terminación legal y objetiva del vinculo la laboral, como en efecto ocurrió en el proceso.

Conforme a lo anterior, no encuentra la Sala razones para revocar la decisión de primera instancia, motivo por el cual procederá a su confirmación.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2018, por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE ***CECILIA TRIVIÑO CRUZ***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***11001-31050-35-2018-00601-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***PENSIÓN DE INVALIDEZ***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CECILIA TRIVIÑO CRUZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se condene a la demandada a reconocer y pagar una pensión de invalidez desde el 20 de septiembre de 2017, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: mediante dictamen del 11 de octubre de 2017, Medicina Laboral de Colpensiones le determinó una pérdida de capacidad laboral del 50,2%, con fecha de estructuración 20 de septiembre de 2017, por enfermedad de origen común; solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue negada a través de la Resolución SUB 279206 del 4 de diciembre de 2017, bajo el argumento de no contar con las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, acto administrativo que fue confirmado por las Resoluciones SUB 98026 y DIR 7509 de 2018; dentro de su historia laboral Colpensiones no ha considerado los períodos

laborados a favor de Servicios Mapfre S.A. desde el 10 de agosto de 2016, pues si bien dicho empleador omitió realizar su afiliación de manera oportuna, para el mes de agosto de 2017, pagó el valor adeudado por concepto de cotizaciones e intereses moratorios; solicitó la revocatoria directa del acto administrativo inicial e insistió en el reconocimiento pensional, sin embargo, éste fue negado mediante la Resolución SUB 187811 del 2018.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 70); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante no cuenta con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, tal y como lo exige la Ley 860 de 2003. Que tampoco acredita 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la estructuración de la PCL, ni a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, como para dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno y la genérica. (fols. 95 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de mayo del 2019, en la cual el Juzgado condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de la demandante, a partir del 20 de septiembre de 2017, así como a reconocerle la suma de $15.837.267, junto con los intereses moratorios causados desde el 7 de marzo de 2018; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada. (CD fol. 95 min. 11:27).

Como sustento de su decisión indicó que la norma aplicable al caso son los artículos 38 y s.s. de la Ley 100 de 1993. Que la actora tiene un PCL del 50,2%, con fecha de estructuración 20 de septiembre de 2017, por lo que cumple con el primer requisito para efectos de reconocer la prestación. Que la empresa Servicios Mapfre S.A.S. realizó el pago de las cotizaciones de la actora entre el mes de agosto de 2016 y el mes de febrero de 2017, sin embargo, los períodos en mención, no han sido considerados por Colpensiones, indicando que no se registra la relación laboral para el pago; que en todo caso obra certificado laboral expedido por dicho empleador, en el cual se indica que la demandante laboró a su favor desde el 10 de agosto de 2016. Que la CSJ estableció que es obligación de la entidad de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotizado y es deber del empleador pagar un cálculo actuarial por los períodos omitidos, a satisfacción de ésta. Que, de acuerdo a la historia laboral de la demandante, a pesar de haber omitido su afiliación, Mapfre realizó el pago de las cotizaciones, por lo que no hay razón para omitir su contabilización, de manera que la actora acredita entre 2016 y 2017 un total de 54,42 semanas, siendo claro que tiene derecho a la pensión de invalidez.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandada** interpuso recurso de apelación, argumentando que actuó de buena fe, además, al resolver la solicitud de reconocimiento pensional no contaba con toda la documentación allegada al proceso, por manera que no es procedente la

condena por concepto de intereses moratorios, ni la condena en costas. (C.D. fol. 95 Min. 26:16).

6. Alegatos demandante. Indicó que en el trámite se logró demostrar que la parte actora es una persona en condición de invalidez, por contar con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y que además, cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, por lo que debe ser reconocida la prestación económica. Agregó que si se tiene en cuenta, tal como lo hizo el juez de primera instancia, la certificación laboral emanada del empleador SERVICIOS MAPRE S.A, donde consta que el inicio de la relación laboral fue el 10 de agosto de 2016 y el pago de las cotizaciones que se efectuó en el mes de agosto de 2017, cumple a cabalidad las exigencias legales para poder disfrutar de la prestación económica.

7. Alegatos demandada. Indicó que la afiliada no cuenta con las 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la PCL, pues tal como se desprende de la historia laboral para dicho período tan sólo registra 24 semanas efectivamente cotizadas. Agregó que no le resulta aplicable el principio de la condición más beneficiosa, en tanto tampoco acredita los requisitos de la norma anterior, esto es, del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: (i) ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama?, en caso afirmativo, (ii) ¿Es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la condena en costas a cargo de Colpensiones?

Estado de invalidez

No estuvo en discusión en esta instancia, que a la actora se le determinó por parte de la demandada una pérdida de capacidad laboral del 50,2% con fecha de estructuración del 20 de septiembre del 2017, a causa de enfermedad común denominada Tumor Maligno del Timo, como se observa del dictamen de pérdida de capacidad laboral de fecha 11 de octubre de la misma anualidad. (fols. 15 y s.s.).

Pensión de invalidez

En punto al problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la demandante sobre la pensión de invalidez, ha de indicar la Sala que las **normas aplicables** al caso son los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificado éste último por el artículo 1º de la Ley 860 del 2003, como quiera que son las preceptivas **vigentes para el momento en que se produjo la estructuración de la invalidez** de la demandante, tal y como lo ha señalado la H. Corte Suprema de

Justicia entre otras en la sentencia SL 777 del 4 de febrero del 2015 bajo el radicado 47878 y la SL 14881 del 5 de octubre del 2016 bajo el radicado Nº 49018.

Los artículos anotados, exigen como **requisitos** para acceder a una pensión de invalidez que la persona tenga una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, y adicionalmente, se le exige que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

El primero de los requisitos lo acredita la demandante, tal y como lo indicó el *a quo,* pues como ya se dijo, se le determinó una **pérdida de capacidad laboral** del 50,2%.

En lo que respecta a la **densidad de semanas** exigidas por la normatividad en mención, observa la Sala que las mismas no se encuentran demostradas en el presente caso, pues no es procedente incluir en su contabilización, los períodos laborados por la demandante a favor de Servicios Mapfre S.A.S, como equivocadamente lo hizo el Juzgado de primera instancia.

Y es que si bien en a folio 23 del expediente obra certificación laboral, en la cual el mencionado empleador indica que la señora Cecilia Triviño Cruz presta servicios a dicha compañía desde el 10 de agosto de 2016, lo cierto es que tal y como lo confesó la demandante en el hecho séptimo de la demanda (fol. 2), Servicios Mapfre omitió realizar oportunamente su afiliación al sistema y en el mes de agosto de 2017, canceló el valor adeudado por las **cotizaciones** comprendidas entre el mes de abril de 2016 y el mes de julio de 2017, junto con los **intereses** correspondientes.

De lo anterior, se evidencia que dentro del período en mención, aun cuando la actora sí fue trabajadora de Servicios Mapfre S.A.S., ésta no fue afiliada por parte de dicha compañía al Sistema General de Pensiones, lo cual no se subsana con el pago de los aportes y los intereses moratorios generados, pues ello procede en el evento en que existe afiliación y mora en el pago de los mismos, no así en tratándose de la omisión en la afiliación, ya que para este caso, lo que debe hacer el empleador es pagar a satisfacción de la entidad administradora de pensiones el **cálculo actuarial** correspondiente a los períodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo.

En ese sentido, no puede la Sala considerar los períodos respecto de los cuales Colpensiones indicó que no se *"registra la relación laboral en afiliación para este pago"*, comprendidos entre agosto de 2016 y febrero de 2017, como se observa de la historia laboral expedida por la demandada que obra en el expediente administrativo (CD fol. 86), pues el empleador Servicios Mapfre S.A.S. no afilió a la demandante en ese lapso y no se advierte pagado el valor del cálculo actuarial, aun cuando Colpensiones le advirtió a la demandante en la comunicación de fecha 14 de noviembre de 2017, que también obra en el expediente administrativo, lo siguiente: *"Verificadas las bases de datos de Colpensiones, le informamos que los ciclos 2016/04 a 2016/06, 2016/08 a 2017/02, fueron cancelados por el empleador SERVICIOS MAPRE SAS de forma extemporánea en 2017/08, fecha para la cual no tiene relación laboral con dicho empleador, razón por lo cual los ciclos solicitados no se contabilizan en la Historia Laboral. Para solucionar dicha inconsistencia le sugerimos requerir al empleador copia de la liquidación de la reserva actuarial con pago expedida por el ISS o Colpensiones. Una vez tenga los documentos deberá radicarlos en un Punto de Atención al Ciudadano. En caso de no contar con los soportes mencionados el empleador deberá solicitar la devolución de los aportes en mención y posteriormente solicitar el cálculo actuarial a Colpensiones de dichos aportes, para que le sean aplicados en su Historia Laboral."*

En este punto cumplir advertir que tampoco puede la Colegiatura exigir el pago de dicho cálculo a la empresa anteriormente mencionada, aun cuando para la fecha en

que acaeció el riesgo (20 de septiembre de 2019), la demandante ya había sido afiliada por Servicios Mapfre S.A.S., como se infiere de la historia laboral expedida por Colpensiones obrante en el expediente administrativo (CD fol. 86), pues dicho empleador no fue vinculado como demandado dentro del presente proceso.

Así las cosas, al no ser procedente el conteo de semanas con la inclusión de los períodos comprendidos entre el mes de abril de 2016 y el mes de febrero de 2017, encuentra la Sala que, tal y como lo advirtió Colpensiones en sus diferentes actos administrativos, la demandante no acredita las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de su PCL, ya que entre el 20 de septiembre de 2014 y el 20 de septiembre de 2017, solo acredita un total de 28,86 semanas, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en pensiones (CD fol. 86), por manera que no tiene derecho a la prestación que reclama a la luz de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003.

De otro lado, tampoco tiene derecho al reconocimiento de la pensión en aplicación del **principio de la condición más beneficiosa**. Así, téngase en cuenta que la Sala mayoritaria acoge el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, reiterado en la sentencia SU 442 del 2016, y en virtud del cual hay una orientación dominante en su jurisprudencia hacia aplicar la condición más beneficiosa prevista no solo en la norma inmediatamente anterior a la vigente en la estructuración de la invalidez, sino incluso la contemplada en normas más antiguas, en la medida en que la persona haya contraído una expectativa legítima en vigencia de estas últimas.

En el caso analizado, la demandante no acredita 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de su invalidez como lo exige el texto original de la ley 100 de 1993 (norma anterior a la Ley 860 de 2003), para los afiliados que no se encontraban cotizando a dicha data, como es el caso de la demandante, dado que al no considerarse las semanas ya señaladas por la Sala desde abril de 2016, se tiene que la última cotización realizada con anterioridad al 20 de septiembre de 2017 (fecha de estructuración PCL), lo fue en el mes de mayo de 2001. (CD fol. 86).

Sumado a ello, durante la vigencia del Acuerdo 049 de 1990, la actora solo alcanzó a cotizar 29,71 semanas como se advierte de la historia laboral expedida por Colpensiones (CD fol. 86), siendo claro que mientras estuvo en vigor dicho acuerdo, la actora no consolidó ninguna expectativa legítima, a lo cual debe agregarse que a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral solo contaba con 263,3 semanas, de las cuales 28,86 fueron cotizadas dentro de los 6 años anteriores, siendo claro que no se reunió la densidad de semanas establecida en la norma en mención, esto es, 300 en cualquier época con anterioridad a la invalidez o 150 en los 6 años anteriores.

Por lo anterior, no le asiste a la demandante el derecho a la pensión de invalidez que reclama, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a Colpensiones de dicha pretensión, lo que de contera releva a la Sala de verificar la procedencia de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y de las costas procesales en contra de Colpensiones, las cuales dadas las resultas del proceso deben correr a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de mayo del 2019, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para en su lugar, absolver a Colpensiones de las pretensiones formuladas en su contra por la señora Cecilia Triviño Cruz.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte demandante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ROSA IRENE VELILLA HINESTROZA Y OTRO***
DEMANDADO:	***AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-04-2017-00758-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA TERCERA AD EXCLUDENDUM***
TEMA:	***DEVOLUCIÓN DE SALDOS***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ROSA IRENE VELILLA HINESTROZA actuando en nombre propio y en representación de su hijo JUAN DAVID ALVARADO VELILLA instauró demanda ordinaria contra la AFP PROTECCIÓN con el fin de que se condene al reconocimiento y pago del 50% dejado en suspenso por la demandada en relación con la devolución de saldos, el cual asciende a la suma de $74.216.798, junto con la indexación, lo probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 6 y s.s.; subsanaciónn fols. 35 y s.s.).

De manera subsidiaria, solicita que la suma reclamada sea reconocida a favor del hijo del causante, el menor Juan David Alvarado Velilla, junto con la indexación, lo probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones indicó que convivió sin solución de continuidad con el señor Juan Ricardo Alvarado Nieto los últimos 10 años, en calidad de compañeros permanentes; que procrearon un hijo de nombre Juan David Alvarado Velilla; que el 25 de abril de 2013 falleció su compañero, fecha para la cual se encontraba afiliado como cotizante a la AFP Porvenir; que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la demandada, la cual le fue negada a ella y a su hijo, bajo el argumento que el causante no contaba con 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento; que solicitó la devolución de aportes, sin embargo Porvenir solo reconoció a su hijo menor el 50%, pues el restante 50% fue dejado en reserva, por cuanto, tanto ella como la reclamante Juliana Restrepo deben allegar la decisión de la justicia ordinaria sobre el reconocimiento del derecho.

2. Demanda Juliana Restrepo Bohórquez en calidad de *tercera ad excludendum*. La señora Juliana Restrepo Bohórquez en calidad de cónyuge supérstite del causante solicita se condene a la AFP Porvenir al reconocimiento y pago a su favor de la suma de $74.216.798, por concepto devolución de aportes realizados por el causante, junto con la indexación, los intereses a que hubiere lugar y las costas del proceso. (fols. 118 y s.s.; subsanación fols. 127 y s.s.).

Como fundamento de sus pretensiones indicó que el 22 de junio de 1991 contrajo matrimonio con el señor Juan Ricardo Alvarado Nieto; que de dicha unión no se procrearon hijos y hasta el 25 de abril de 2013, no se tramitó por vía judicial o por mutuo acuerdo, cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, ni tampoco disolución y liquidación de la sociedad conyugal; que su cónyuge falleció el 25 de abril de 2013, fecha para la cual se encontraba cotizando a la AFP Porvenir, afiliación que además, tuvo lugar desde el 15 de junio de 2000; que solicitó a la demandada el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, quien en comunicación del 5 de enero de 2016 le manifestó que también recibió la misma solicitud por parte de la señora Irene Velilla en calidad de compañera permanente, por lo que se suscitó un conflicto entre beneficiarias; que la accionada en todo caso le precisó que no había lugar a la pensión de sobrevivientes por cuanto el causante no cotizó el mínimo de semanas requerido, por tanto, procedió a la devolución de saldos a favor del menor Juan David Alvarado Velilla por valor de $74.216.798 que corresponde al 50% de los aportes a devolver; que el restante 50% se dejó en reserva hasta tanto la justicia ordinaria defina la titularidad del mismo; que hasta la muerte del causante no conoció la existencia de relación extramatrimonial de su cónyuge con otra persona, quien desde septiembre de 2002 hasta 2011, vivió solo por cuestiones de trabajo en República Dominicana-Santo Domingo, y a partir del 2011 y hasta el día de su muerte estuvo presente en el domicilio conyugal atendiendo los gastos y el sostenimiento del mismo.

3. Contestación AFP Porvenir. Dio respuesta a ambas demandas oponiéndose a la devolución de saldos reclamada por la actora y a los intereses moratorios y la indexación solicitada por la *tercera ad excludendum*, argumentando que el juez es el que debe definir a favor de quien se debe efectuar la devolución del 50% de los saldos, pues en el trámite administrativo solicitaron como presuntas beneficiarias, la demandante en calidad de compañera permanente, al igual que la cónyuge con vínculo matrimonial vigente. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, incertidumbre respecto del titular del derecho, compensación, buena fe y la genérica. (fols. 139 y s.s.; fols. 202 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de junio de 2019, en la que el Juzgado condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor de la señora Rosa Irene Velilla Hinestroza el 50% de la devolución de saldos debidamente indexado al momento del pago; declaró no probada la excepción de prescripción; absolvió a la AFP convocada de las demás pretensiones y le condenó en costas (C.D. fol. 222).

Como sustento de su decisión indicó que la norma aplicable corresponde a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, conforme a la fecha de

fallecimiento del causante. Agregó que conforme a lo definido por la CSJ, la cónyuge separada de hecho debe demostrar, además de 5 años de convivencia con el causante en cualquier tiempo, que continuó pertenenciendo a la familia de éste, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral y afectiva.

Asi, adujo que en el presente caso se encuentra demostrado que la señora Juliana Restrepo contrajo matrimonio con el afiliado fallecido el 22 de junio de 1991, vínculo sobre el cual no se advierte su disolución; sin embargo, desde el año 2002 el causante convivió en unión libre con la demandante, quien nunca se separó de su compañero hasta la fecha de la muerte, precisando que no se probó en el proceso que después de la separación de hecho de la señora Juliana y el señor Juan Ricardo, que ésta confesó en su interrogatorio, el vínculo matrimonial continuara actuante, en el sentido que el causante le hubiera suministrado a ésta algún tipo de ayuda moral, económica o afectiva, de manera que la única beneficiaria de la devolución de saldos reclamado es la demandnate en calidad de compañera permanente.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la señora Juliana Restrepo en calidad de *tercera ad excludendum* interpuso recurso de apelación argumentando que *"si bien la sentencia habla de la separación de cuerpos por parte del cónyuge supérstite, también se probó dentro del plenario que fue por motivos ajenos a su voluntad, es decir, a ella se le ocultó en todo momento que tenía una relación marital de hecho con una persona con quien legalmente le era imposible tenener esa sociedad como tal."*(C.D. fol. 222).

6. Alegatos de conclusión segunda instancia. Las partes no allegaron ningún pronunciamiento, aun cuando se les corrió traslado para alegar, mediante auto del 31 de agosto del 2020, notificado mediante estado 123 del 7 de septiembre de la misma anualidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la *tercera ad excludendum* se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuesto por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿La señora Juliana Restrepo también es beneficaria del porcentaje de la devolución de saldos dejada en suspenso por la demandada?

De la devolución de saldos reclamada por la señora Juliana Restrepo en calidad de cónyuge supertite

Para resolver el problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la tercera *ad excludendum* sobre la devolución de saldos reclamada, sea lo primero indicar que la norma aplicable al caso corresponde a la Ley 100 de 1993

modificada por la Ley 797 de 2003, por cuanto la muerte del causante Juan Ricardo Alvarado Nieto tuvo lugar el 25 de abril de 2013 (fol. 77), cuyo artículo 78 establece que cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a este hubiera lugar.

Ahora bien, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes *"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte".*

Sobre el contenido de esta última norma, que además reproduce en su integridad el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, indicó la CSJ Sala de Casación Laboral en reciente sentencia, esto es, la SL1730-2020, que al hacer una nueva revisión del último artículo en mención, se advierte con suma claridad que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí establecida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, pues una intelección distinta comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse la distinción que fue expresamente prevista por el legislador en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, amén que en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, se estableció ese requisito de convivencia de 5 años para el cónyuge o el compañero permanente del pensionado, lo cual a juicio de la Alta Corporación pretende evitar conductas fraudulentas y convivencias a última hora de quien está próximo a fallecer.

Conforme a lo anterior, concluyó la CSJ que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge o compañera permanente del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida (cónyuge o compañera) y la conformación del núcleo familiar para el momento de la muerte, se da cumplimiento al presupuesto previsto en la norma que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, como la pensión de sobrevivientes, la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.

Por tanto, ha de advertir la Sala que se equivoca Juzgado al aducir que en el presente caso la señora Juliana Restrepo en calidad de cónyuge no es beneficiaria de la devolución de saldos en la proporción que reclama, por cuanto no acreditó, adicional a los 5 años de convivencia en cualquier tiempo con el causante, que su vínculo matrimonial continuó actuante hasta la fecha del fallecimiento, esto es, que le brindó soporte económico, moral o emocional, ya que esa condición no les es exigible conforme a la interpretación jurisprudencial en mención, pues como se dijo, en los términos de la Alta Corporación cuando el de cujus tenía la calidad de afiliado al momento del óbito como ocurre en el presente caso, solo se requiere acreditar su condición de cónyuge a dicha data.

Así las cosas, es claro que a la señora Juliana Restrepo también le asiste derecho sobre el 50% de la devolución de saldos dejado en suspenso por parte de la AFP Porvenir, en la medida que contrajo matrimonio con el causante el 22 de junio de 1991 (fol. 64), siendo evidente que acreditó su condición de cónyuge a la fecha del fallecimiento del señor Juan Ricardo Alvarado, amén que no se encuentra probado dentro del proceso que dicho vínculo se haya disuelto o que haya tenido lugar la liquidación de la sociedad conyugal.

Ahora bien, el inciso 3º del literal b) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2002, establece que si no existe convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho a la fecha del fallecimiento, ambas beneficiaras tendrán derecho a la prestación en proporción al tiempo convivido con el causante, por tanto, conforme a dicha norma procederá la Sala a establecer el porcentaje que le corresponde a la demandante y a la *tercera ad excludendum* sobre la proporción de la devolución de saldos dejada en suspenso por parte de Porvenir S.A.

Así, se advierte que el juzgado de primera instancia concluyó de las pruebas adosadas al proceso que la convivencia entre el señor Juan Ricardo Alvarado y la señora Juliana Restrepo se mantuvo vigente desde la fecha del matrimonio hasta el año 2002, y que la convivencia con la demandante, la señora Rosa Irene Velilla Hinestroza inició en el año 2002 hasta la fecha del deceso del causante.

Sobre lo anterior, la parte demandante no plantea ninguna discusión, como quiera que no formuló recurso de apelación; y en el caso de *la tercera ad excludendum*, si bien esta indica en su recurso que la separación de cuerpos lo fue por motivos ajenos a su voluntad, ello no se encuentra acreditado en este caso, en tanto no allega ninguna prueba tendiente a demostrarlo, pues solo adosó como medios de convicción el registro civil de matrimonio y la respuesta dada por Porvenir S.A. a su petición, de suerte que habrá de mantenerse la convivencia definida por el Juzgado.

En ese orden, encuentra la Sala que la señora Juliana Restrepo tiene derecho al 50% del valor reclamado por 11 años de convivencia, y por su parte, la señora Rosa Irene Velilla tiene derecho al mismo 50% por 11 años de convivencia.

Conforme a lo anterior, habrá de modificarse la decisión proferida instancia en los términos anteriormente anotados.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 17 de junio de 2019, por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de condenar a

PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a favor de las señoras ROSA IRENE VELILLA HINESTROZA, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.215.185 y JULIANA RESTREPO BOHÓRQUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 51.724.515, el 50% de la devolución de saldos debidamente indexada al momento del pago, en una proporción del 50% para cada una.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***HENRY CAÑÓN SALAZAR***
DEMANDADO: ***FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES***
RADICACIÓN: ***110013105011-2016-00595-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***CONTRATO DE TRABAJO – LEY 361***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. HENRY CAÑÓN SALAZAR instauró demanda ordinaria contra la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES, con el fin de que se DECLARE ilegal, injusto e ineficaz el despido del que fue objeto, por cuanto se efectuó estando en estado de debilidad manifiesta al encontrarse enfermo y en tratamiento; en consecuencia, se condene a la demandada a su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual categoría acorde con sus especiales condiciones de salud, junto con el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como los salarios, reajustes de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con sus intereses, causados durante el tiempo que se encontró desvinculado, indemnización moratoria, indexación y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.; subsanación fols. 178 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que firmó contrato de trabajo a término indefinido el 1º de febrero de 2013 con la demandada, para desempeñar el cargo de docente de tiempo completo en el Programa de Contaduría, devengando un salario básico de $3.903.360; que el vínculo laboral se ejecutó hasta el 23 de julio de 2016; que a causa de sus constantes malestares se acercó a la EPS Cafesalud, en donde después de diferentes consultas médicas le fue diagnosticado un aumento de su tejido mamario; que el 4 de diciembre de 2014 le fue practicado un procedimiento denominado Mamoplastia de Reducción por Ginecomastia, a fin de tratar una hipertrofia de mama derecha; que con ocasión a su cirugía le fueron ordenados 8 días de incapacidad, cuyo soporte fue

debidamente radicado ante la Fundación Universitaria los Libertadores, al igual que la historia clínica; que el 16 de septiembre de 2015 le fue realizada una Resonancia Magnética de Silla Turca, lo cual evidenció un Microdenoma (Tumor) como causante de la Hipertorfia mamaria que padece; que le fue recetado un medicamento denominado Cabergolina, el cual produce efectos secundarios relacionados con afecciones musculares, cardiacas, gástricas y emocionales, por manera que su estado de salud empeoró, pues comenzó a sentir afectaciones musculares recurrentes; que el 18 de abril de 2016, se determinó por parte del Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica Cio San Diego dar continuidad al tratamiento de Resección de Tumor de tejido celular subcutáneo por diagnóstico Hipertrofia de Mama recurrente, por lo que se realizaron todos los exámenes pertinentes para concluir que debía ser intervenido quirúrgicamente por el mismo padecimiento; que el 23 de junio de 2016 fue despedido por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada, de manera que el 24 de junio de 2016 elevó derecho de petición, solicitando la verificación de su retiro dada su condición de salud; que la demandada dio como respuesta negando tener conocimiento detallado de su estado médico a pesar de habérsele informado sobre el mismo; que formuló acción de tutela contra la accionada solicitando el amparo al mínimo vital, la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada, la cual fue resuelta por el Juzgado Catorce Civil Municipal de Bogotá mediante sentencia del 27 de julio de 2016, en el sentido de ordenar su reintegro, decisión que fue confirmada por el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá mediante sentencia del 2 de septiembre de 2016; que el 4 de agosto de 2016 le fue practicado procedimiento quirúrgico de Ginecomastía en Glándula Mamaria Derecha; que el 12 de octubre de 2016 le fue practicada resonancia magnética cerebral, en la cual se evidenció la presencia de un tumor o microdenoma en la base del tallo cerebral y quiste aracnoideo retrocerebeloso; que el 10 de noviembre de 2016 el médico tratante le recomendó la práctica de una cirugía de Nasofibrolaringoscopia en la Clínica Rivas; que el 2 de noviembre de 2016 la demandada emitió documento de reconocimiento a su compromiso institucional, informando que tuvo la mejor evaluación promedio durante los dos últimos períodos académicos (20152-20161); que tiene 46 años de edad y es padre cabeza de familia.

2. Contestación de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES. La demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones señalando que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 1º de febrero de 2013, cuya modalidad fue modificada de mutuo acuerdo el 30 de julio de 2014. Agregó que el 23 de junio de 2016 decidió finalizar el vínculo existente con el actor de manera unilateral y sin justa causa, como resultado de una reestructuración administrativa en la planta de personal, motivo por el cual le reconoció la respectiva indemnización. Dijo igualmente, que en ningún momento de la relación laboral el actor ha acreditado padecer una limitación en un grado severo, mediante la correspondiente calificación de invalidez expedida por la autoridad competente, y si bien informó sobre su episodio clínico hacia el mes de diciembre de 2014, fue dado de alta y se reintegró a su actividad laboral tras una breve incapacidad, al no presentarse ninguna complicación en su salud, precisando que no observó ninguna afectación seria, grave o crónica en su salud y mucho menos se establecieron recomendaciones de naturaleza médico laboral, para desarrollar su labor hasta la terminación del vínculo. Finalmente, adujo que las únicas documentales o soportes médicos que conoció fueron lacónicas incapacidades generadas por lesiones musculares y de ninguna manera fueron producidas por motivo de la hipertrofia de la mama derecha. Propuso como

excepciones de fondo las de falta de causa, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación. (fols. 196 y s.s.).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de abril del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, declaró probadas las excepciones de falta de causa, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, y condenó en costas a la parte actora. (CD fol. 263).

Su decisión se basó en que no existe controversia sobre la existencia de la relación laboral que unió a las partes, pues además de ser aceptada por la convocada, se encuentra acreditada con la prueba documental obrante en el proceso, y de la cual se desprende que el actor prestó sus servicios a favor de la demandada mediante un contrato de trabajo a término fijo, que fue modificado a término indefinido el 30 de julio de 2014 y terminado por la encartada sin justa causa el 23 de julio de 2016.

Adujo que la acreditación de la condición de discapacidad requiere como elemento esencial la calificación de dicho estatus por parte de la entidad correspondiente, según lo ha establecido en el artículo 5º de la Ley 361 de 1997.

Señaló que de acuerdo con lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000, la legislación que favorezca a los discapacitados no consagra derechos absolutos o de perpetuidad que puedan ser oponibles en todas circunstancia, por manera que solo en el evento que se demuestre que la causa motivante del despido se origina en la condición de la discapacidad plenamente demostrada, la terminación de la relación laboral se traduce en la vulneración efectiva del derecho a la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la C.P., la cual para el caso de las personas con debilidad manifiesta conlleva una protección reforzada.

Señaló que conforme al criterio de la CSJ, no es suficiente el quebrantamiento de salud del trabajador, ya que debe acreditar que al menos tiene una discapacidad moderada, esto es, una disminución de PCL de por lo menos un 15%.

Así, precisó que el demandante padeció un aumento del tejido mamario derecho, por lo que se le realizó un procedimiento denominado Mamoplastia de Reducción por Ginecomastia a finales de 2014, debiendo ser programada una segunda intervención para el año 2016 de tipo Resección por Ginecomastia al persistir una asimetría del lado derecho sin masa, además, previo a ser despedido le fue ordenada una incapacidad por el término de 8 días en diciembre de 2014 y posteriormente, entre el 16 de enero y el 26 de enero de 2016, siendo esta última a causa de un Lumbago, por lo que concluyó que la parte actora no acreditó su condición de discapacitado en los términos del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, en tanto que no obra dictamen de calificación de PCL igual o superior al 15% o una enfermedad grave y relevante que lo ubique como una persona de especial protección constitucional.

Indicó que no existe prueba si quiera sumaria que dé cuenta que el promotor de la presente acción presentaba una disminución física o sensorial que le implicara una disminución relevante en su salud y que le impidiera prestar sus servicios en

condiciones de normalidad, por el contrario, de la testimonial recaudada se tiene que la demandada no tenía conocimiento de que el convocante padeciera una patología grave que comprometiera seriamente la prestación de sus servicios o su capacidad laboral; además el demandante fue objeto de reconocimiento especial al contar con los mejores promedios de evaluación docente entre 2015 y 2016.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien es claro que a la fecha de terminación del contrato no había sido calificada la pérdida de su capacidad laboral, lo cierto es que de acuerdo a los postulados de la Corte Constitucional sobre la estabilidad laboral reforzada, no es necesario que el trabajador se encuentre calificado para establecer que existe una disminución en su estado de salud, pues basta con que la persona tenga alguna invalidez o una dificultad sustancial en el desempeño de sus labores de manera regular, lo cual claramente ocurre en el presente caso, pues al momento de su reintegro no volvió a trabajar y continuó incapacitado por causa de los tratamientos que fueron realizados por su estado de salud.

Agregó que por desórdenes administrativos, la demandada perdió la información relacionada con la salud del trabajador y por ello aduce que desconoce toda la información que este presentó, pues de otra manera, cómo puede justificar la ausencia en su trabajo.

Dijo que a la terminación de su contrato de trabajo se encontraba enfermo, no pudiendo la demandada excusarse en el desconocimiento de ello, pues fue su propio centro médico el que efectuó el seguimiento de su caso.

5. Alegatos de conclusión. Las partes no emitieron pronunciamiento de manera oportuna, a pesar que se les corrió traslado mediante auto del 31 de agosto de 2020, notificado en estado 123 del 7 de septiembre de la misma anualidad. La parte demandante mediante correo electrónico de fecha del 25 de agosto de 2020, se limitó a allegar unas documentales que denominó "PRUEBAS VINCULANTES", las cuales no serán tenidas en cuenta por la Sala de Decisión, por cuanto este no es el momento procesal oportuno para aportar medios de convicción que debieron ser allegadas con la demanda o su reforma, amén que las mismas no fueron allegadas a través de su apoderada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Se configuran los presupuestos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para determinar que el despido del señor Henry Cañón Salazar se torna ineficaz?

De la relación laboral y su terminación

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es preciso señalar que no existe discusión en esta instancia respecto a la relación laboral que unió a las partes,

quedando demostrado que el señor HENRY CAÑÓN SALAZAR prestó sus servicios personales a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES como Docente Tiempo Completo en el Programa de Contaduría, mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 1º de febrero de 2013, el cual fue modificado a término indefinido el 30 de julio de 2014 , pues así lo estableció el Juzgado de primera instancia y se corrobora del contrato de trabajo (fol. 219 y s.s.) y el Otro sí al contrato (fol. 221).

Tampoco se controvierte que el contrato finalizó de manera injusta por decisión unilateral del empleador del 23 de junio de 2013, como se advierte de la carta de terminación (fol. 225).

Finalmente, se tiene que por orden transitoria del Juzgado 14 Civil Municipal de Bogotá adicionada por el Jugado 24 Civil del Circuito de Bogotá, el demandante fue reintegrado por la demandada con el mismo cargo y asignación salarial que ostentaba al momento de finiquitar el vínculo laboral, como da cuenta el acta de reintegro de fecha 1° de agosto de 2016 (fol. 229 y s.s.). También le fueron reconocidos los salarios dejados de percibir entre el 24 de junio y el 30 de julio de 2016 (fol. 231).

De la estabilidad laboral reforzada

En cuanto al problema jurídico relacionado con establecer si la demandada actúo de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de despedirlo, la Sala decisión debe recordar que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues dicha finalización corresponde al 23 de junio de 2016. Lo anterior, como quiera que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación.

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

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

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

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

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

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud, le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Al revisar las pruebas allegadas al expediente encuentra la Sala lo siguiente:

1. Ecografía de Seno realizada al actor el 16 de octubre de 2014, en la cual se determina una Ginecomastia derecha en relación con influjo hormonal sin descartar alteración del Eje hipotálamo Hipofisiario. (fl. 26)

2. Procedimiento denominado Mamoplastia de Reducción por Ginecomastia llevado a cabo el 4 de diciembre de 2014, en el que se describen como hallazgos, aumento de tamaño de tejido mamario derecho que mide 3X4X2 cm. Además, se precisa que dicha intervención no presentó complicaciones. (fl. 29)

3. Certificado de incapacidad por los días comprendidos entre el 4 de diciembre y el 8 de diciembre de 2014, por diagnóstico N63 x, que según historia clínica corresponde a masa no especificada en la mama. (fol. 27 y 30).

4. Certificado de incapacidad por los días comprendidos entre el 9 de diciembre y el 11 de diciembre de 2014. No se establece con claridad el diagnóstico. (fol. 28).

5. Consulta con especialidad de Endocrinología de fecha 14 de septiembre de 2015, en la cual se indica *"PACIENTE CON ANTECEDENTE DE CORRECCIÓN DE GINECOMASTIA DERECHA. PATOLOGIA BENINGA. CON PERFIL HIPOFISIARIO CON LEVE HIPERPROLACTINEMIA CON RMN DE SILLA TURCA CON GADOLINEO NORMAL…"* (fl. 32)

6. Resonancia Magnética de Silla Turca Contrastada de fecha 16 de septiembre de 2015, en la que se establece lo siguiente: *"…En la revisión de las imágenes de silla turca contrastada obtenidas en 11-04-15 en magneto superconductor de 1.5 Tesla, imágenes T1 simple sagital y coronal, fase dinámica centrada en hipófisis e imágenes tardía sagital y coronal no se identifica lesión focal sugestiva de microadenoma. Con las cifras anotadas de prolactina se debe descartar causa secundarias e idiopáticas y con menor posibilidad un muy pequeño microdenoma que no queda registrado en imágenes por encontrarse por debajo del tamaño de resolución espacial de la resonancia magnética (nanodenomas) o fuera de campo de visión del estudio"* (fl. 33)

7. Certificado de incapacidad por los días comprendidos entre el 19 de enero de 2016 y el 22 de enero de la misma anualidad. No se especifica con claridad el diagnóstico. (fol. 35)

8. Consulta de fecha 22 de enero de 2016, en la cual se referencia asimetría mamaria por aumento de volumen lado derecho sin masa, se encuentra en tratamiento con cabergolina y se recomienda valoración por cirugía plástica para tratar lipomastia mediante liposucción. (fl. 36).

9. En consulta del 1º de febrero de 2016 se programa para liposucción de área mamaria derecha.

10. En consulta del 18 de abril de 2016, el actor fue valorado para tratamiento de ginecomastia derecha, en la cual se especifica que no fue aceptada liposucción ordenada, por lo que se programa resección de ginecomastía. Se indica igualmente, que resección de tumor benigno de tejido celular subcutáneo (864202) se homologa por resección quirúrgica de ginecomastia. (fol. 47).

11. Los demás documentos que hacen parte de la historia clínica a folios 38 y s.s. dan cuenta de consultas y procedimientos que son posteriores a la fecha de terminación del vínculo laboral.

De los documentos reseñados, resulta claro que el actor cuenta con una afección en su salud, sin embargo, no puede considerarse como generadora de la protección derivada por estabilidad laboral reforzada de sujeto de especial protección constitucional, en tanto que a la fecha del despido sin justa causa no contaba con una afectación grave en su salud que le impidiera sustancialmente desempeñar la labor como Docente Tiempo Completo en el Programa de Contaduría en condiciones regulares.

Antes bien, nótese que tal y como lo refirió el *a quo*, el demandante fue sujeto de reconocimiento por parte de la demandada, por tener la mejor evaluación promedio durante los últimos dos períodos académicos (20152-20161), situación que evidencia que su condición de salud no influyó en absoluto sobre el cabal desempeño de sus funciones.

Vale la pena destacar que, si bien el diagnóstico de masa no especificada en la mama, le generó al demandante incapacidades por **4 días**, comprendidos entre el 4 y el 8 de diciembre de 2014, lo cierto es que ello tuvo lugar 1 año y 6 meses antes del finiquito, ocurrido el 23 de junio de 2016, momento para el cual no contaba con restricciones médico laborales, ni con recomendaciones médicas, menos aún se encontraba en curso alguna calificación de su pérdida de capacidad laboral.

Y es que aunque en el expediente obran otras incapacidades comprendidas entre el 9 y el 11 de diciembre de 2014, así como entre el 19 y el 22 de enero de 2016, no es posible establecer que las mismas se relacionen con el diagnóstico en mención, pues en las mismas se establece un código diferente de la enfermedad. Así, nótese que en la incapacidad del 9 al 11 de enero de 2014 se indica código de diagnóstico L039 (fol. 28) y en la incapacidad del 19 al 22 de enero del 2016, se determina como código de diagnóstico M 545, esto es, lumbago no especificado, cuando según la historia clínica su padecimiento se identifica con el código N63X o N62X, que está relacionado con masa no especificada en la mama e hipertrofia de la mama, respectivamente (fols. 29 y 30).

Ahora bien, el hecho de encontrarse pendiente una resección de ginecomastía a la fecha de terminación del vínculo que se corresponde con una intervención quirúrgica y no con un tratamiento desarrollado a largo plazo, no puede ello ser por si solo argumento suficiente para establecer que el actor tiene la condición de sujeto de especial protección y en consecuencia, concluir que su retiro del lugar del de trabajo constituyó una discriminación, pues como lo ha dejado sentado nuestra H. Corte Constitucional, sufrir de una enfermedad no es sinónimo de inamovibilidad (C-531/00 C-824/11, T-226/12, T-597/14, T-141/16 y SU-049/17).

Conforme lo anterior, no cabe duda de que la demandada no debía cumplir ningún procedimiento previo para dar por terminado el contrato del señor CAÑÓN SALAZAR, pues en realidad no se encontraba en condiciones que le impidieran desarrollar sus labores cotidianas, merecedoras de protección laboral reforzada.

De lo anterior además, resulta claro para la Sala que resulta inane la discusión planteada en el recurso de apelación sobre el conocimiento que tenía la parte empleadora sobre la condición de salud del trabajador, pues de lo anterior se deduce que la misma no es de tal envergadura que haga surgir a favor del convocante la protección especial consagrada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, siendo importante advertir en este punto que si bien al demandante le fue diagnosticado Microadenoma Hipofisiario, presentando episodios en los que pierde el hilo de conversación, así como ruptura de contacto con el medio, que eventualmente sí podría implicar una afectación en el desempeño de sus funciones, lo cierto es que ello tuvo lugar con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, esto es, el 26 de julio de 2016, un mes después del finiquito (folio 64).

De lo dicho, se tiene que la terminación del contrato no puede declararse ineficaz, como acertadamente lo entendió el fallador de primera instancia, razón por la cual se confirmará la sentencia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de abril del 2019, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $750.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia conforme lo dispone el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***JOSÉ LUIS CLAVIJO MONCADA***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***1100131050-32-2017-00532-01***
ASUNTO: ***CONSULTA SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA: ***PAGO INCAPACIDADES***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JOSÉ LUIS CLAVIJO MONCADA instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que se condene a la demandada a reconocer y pagar el subsidio por incapacidad generado entre el 7 de febrero de 2016 y el 10 de julio de 2016, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el 4 de octubre de 2016, la cual le fue reconocida mediante la Resolución GNR 51008 del 16 de febrero de 2017, a partir del 1º de marzo de 2017; que contra el acto administrativo en mención formuló recurso de reposición y en subsidio apelación, solicitando el reconocimiento del retroactivo pensional generado desde el 7 de febrero de 2016; que mediante Resolución SUB 46611 del 26 de abril de 2017, fue modificado el acto administrativo inicial, en el sentido de reconocer la pensión de invalidez desde el 11 de julio de 2016; que en la última resolución en mención, la demandada reconoce que al verificar la certificación de incapacidades emitida por la EPS Compensar, se constata que la última

incapacidad pagada data del 6 de febrero de 2016, fecha anterior a la estructuración de la invalidez, no obstante, Colpensiones se abstuvo de reconocer los subsidios por incapacidad generados desde el 7 de febrero de 2016 y el 10 de julio de la misma anualidad; que elevó reclamación el 26 de mayo de 2017, la cual fue resuelta de manera desfavorable mediante la Resolución SUB 87874 del 5 de junio de 2017.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 69); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que de conformidad con el Decreto 2463 de 2001, en el caso que la incapacidad supere los 180 días y se prolongue hasta los 360 días, con el concepto médico expedido por la EPS, el cual afirme pronóstico favorable de rehabilitación, será la Administradora de Fondos de Pensiones la que se responsabilice del subsidio por incapacidad, no obstante, en el caso analizado no obra concepto favorable de rehabilitación, al punto que se emitió calificación de la pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración 11 de julio de 2016. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, falta de causa para pedir, prescripción, inexistencia de intereses moratorios, compensación y la genérica. (fols. 70 y s.s.)

4. Contestación de Compensar EPS en calidad de litis consorcio necesario. Dio contestación oponiendose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que pagó las incapacidades generadas entre los días 180 y 367, ya que a partir del último día en mención remitió a Colpensiones el concepto de rehabilitación integral del demandante; además, señaló que las incapacidades restantes y hasta la fecha de reconocimiento de la pensión, corren a cargo de Colpensiones. Propuso las excepciones de improcedencia de sentencia condenatoria por cumplimiento legal-pago, extinción de las obligaciones, improcedencia del reconocimiento y pago de intereses moratorios y o indexación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fols. 116 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de octubre de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró probadas las excepciones propuestas por Compensar EPS en calidad de litis consorcio necesario, denominadas improcedencia de la sentencia condenatoria por cumplimiento legal-pago-extinción de las obligaciones; condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de las incapacidades comprendidas entre el 25 de junio y el 10 de julio de 2016, junto con los intereses moratorios desde el 20 de junio de 2017 hasta que se verifique el pago; abosolvió a Colpensiones de las demás pretensiones de la demanda y a Compesnar EPS de todas y cada una de ellas; finalmente, condenó en costas a Colpensiones. (CD fol. 176).

Su decisión se basó en que el demandante se encontraba incapacitado de forma ininterrumpida entre el 24 de junio de 2015 y el 24 de agosto de 2016, además, le fue reconocida pensión de invalidez desde el 11 de julio de 2016. Agregó que Compensar EPS emitió concepto favorable de rehabilitación el 21 de abril de 2016, el cual fue debidamente radicado ante Colpensiones, desde el 24 de junio

del mismo año, precisando que la EPS pagó las incapacidades que estaban a su cargo, esto es, las generadas hasta el 24 de junio de 2016, de suerte que no debe imponerse condena alguna en su contra, ni siquiera por intereses moratorios, pues aunque la demandada en mención pagó su obligación al ser vinculada al proceso, en todo caso no se observa que el actor haya elevado reclamación ante ella peticionando el reconocimiento de sus incapacidades.

De otro lado, adujo que no se observa pago por 15 días de incapacidad, comprendidos entre el 25 de junio y el 10 de julio de 2016, los cuales debe asumir Colpensiones, en tanto la pensión de invalidez se reconoció a partir del 11 de julio de 2016, amén que conforme a la ley, son de responsabilidad de la administradora de pensiones a la que estaba afiliado el interesado, atendiendo que fue emitido concepto favorable de rehabilitación y que el mismo fue debidamente notificado a éste.

Igualmente, sostuvo que debe impartirse condena por intereses moratorios, pues el actor reclamó el 26 de mayo de 2017 y Colpensiones no reconoció y pagó las incapacidades dentro del término de 15 días, conforme a los Decretos 4023 de 2011 y 825 de 2012.

Finalmente, dijo que no se encuentra probada la excepción de prescripción, en la medida que las incapacidades se generaron entre junio y julio de 2016 y se elevó la respectiva reclamación el 26 de mayo de 2017.

6. Alegatos demandada. Manifestó que en el presente caso no existe concepto favorable de rehabilitación, y por el contrario, el señor CLAVIJO MONCADA se encuentra pensionado por invalidez, de manera que resultan improcedentes las de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en lo que le haya sido desfavorable de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Las incapacidades debidas al actor entre el 25 de junio y el 10 de julio de 2016, en efecto deben ser asumidas por Colpensiones? y ¿Es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios reclamados en la demanda?

De las incapacidades reconocidas por el Juzgado

Sobre el problema jurídico relacionado con la obligación que le asiste a Colpensiones frente al reconocimiento y pago de las incapacidades ordenadas al actor entre el 25 de junio y el 10 de julio de 2016, ha de rememorar la Sala que el certificado de incapacidad temporal es una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir, que surge de *"un acto médico (...) independiente del*

trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica."[1] En la emisión de este último *"el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del paciente."*[2]

Ahora bien, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas, deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que existe entre el día 1 y el día 2, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 generan un auxilio económico a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 019 de 2012.

Tal y como lo ha definido la Corte Constitucional en la sentencia T-246 de 2018, en cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, dicha Corporación estableció de manera enfática que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, el cual conforme al inciso 1º del art. 23 del Decreto 2463 de 2001, se define como una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral con el cual se asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

En el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación – sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le corresponde a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días, debiendo asumir desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Igualmente, sostiene la Alta Corporación en la sentencia ya citada, que conforme a la norma en mención, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los

[1] Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.
[2] CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS, precisando que en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Por el contrario, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la AFP deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable, debiendo asumir los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, siempre que cuente con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

Finalmente, cuando la incapacidad es superior a 540 días el Decreto 1333 de 2018, *"Por medio del cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016",* en su artículo 2.2.3.3.1. estableció que las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días en los siguientes casos:

1.- Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2.- Cuando el paciente no haya tenido recuperación en el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3.- Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Una vez precisado lo anterior, y descendiendo al caso objeto de estudio, constata la Sala que en este asunto se encuentra probado que al señor José Luis Clavijo Moncada, le fueron ordenadas por parte de COMPENSAR EPS, 8 incapacidades ininterrumpidas antes de que le fuera reconocida la pensión de invalidez desde el 11 de julio de 2016 (fols. 30 y s.s.), las cuales se extendieron a partir del 11 de noviembre de 2015 y hasta el 10 de julio de 2016, como se constata del certificado expedido por la entidad en mención (fols. 43 y s.s.).

Adicionalmente, se observa que, como lo acredita COMPENSAR EPS, en el caso del accionante se emitió concepto favorable de rehabilitación el 21 de abril de 2016, el cual fue debidamente notificado el 27 de junio de 2016 ante Colpensiones (fols. 161 y s.s.).

Así las cosas, se concluye que las incapacidades comprendidas entre el 25 de junio y el 10 de julio de 2016, deben ser reconocidas por parte de Colpensiones, pues las mismas fueron generadas con posterioridad al día 180, y en específico, desde el día 228 de incapacidad, siendo claro que le competen a la demandada conforme a las normas reseñadas con anterioridad, máxime que COMPENSAR EPS ya había emitido concepto favorable de rehabilitación.

Por tanto, acertó el Juzgado de primera instancia al imponer condena a Colpensiones por las incapacidades ya anotadas.

No sobra aclarar que si bien, el empleador es el llamado a llevar a cabo el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo cierto es que corresponde a la AFP y a la EPS el reconocimiento directo del subsidio económico a favor del afiliado.

De los intereses moratorios

En punto a los intereses moratorios reclamados por la parte actora ha de señalarse que conforme al artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, el pago de incapacidades por enfermedad general al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a 5 días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC, además, la revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Ahora bien, conforme al parágrafo 1° de la norma en mención, la EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el articulo 4° del Decreto 1281 de 2002, los cuales deberán liquidarse a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En el presente caso, acertó el Juzgado de primera instancia al imponer intereses moratorios a cargo de Colpensiones, pues nótese que el actor mediante reclamación del 26 de mayo de 2017 (fols. 33 y s.s.), elevó solicitud encaminada a obtener el reconocimiento de las incapacidades aquí reconocidas, las cuales le fueron negadas mediante Resolución SUB 878774 del 5 de junio de 2017 (fols. 37 y s.s.), siendo claro que la entidad no atendió los plazos establecidos para su pago, de suerte que en efecto proceden dichos intereses a partir del 20 de junio del 2017, esto es, después de pasados 15 días desde que se radicó la respectiva solicitud.

Prescripción

Teniendo en cuenta que las incapacidades aquí reconocidas se ordenaron entre junio y julio de 2016, que la reclamación administrativa ante Colpensiones se elevó el 26 de mayo de 2017 como se dijo con anterioridad, y que la demanda fue formulada el 31 de agosto de 2017 (fol. 66), es claro que en el presente caso no se encuentra probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada en virtud del artículo 151 del CPT y de la SS.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la sentencia consultada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2019 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***PAOLA ANDREA SALA TORRES***
DEMANDADO: ***JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ***
RADICACIÓN: ***11001-31050-20-2016-00345-01***
ASUNTO: ***CONSULTA SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***NULIDAD DICTAMEN***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. PAOLA ANDREA SALA TORRES instauró demanda ordinaria contra la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ con el fin de que SE ORDENE reconocer que las enfermedades Hipoacusia Neurosensorial Bilateral y Tinnitus, son de origen profesional; asimismo, se ordene realizar la valoración de las secuelas, se fijen los índices correspondientes a la disminución auditiva y el pago de la indemnización correspondiente. (fols. 3 y s.s.; subsanación fols. 37 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: prestó sus servicios a favor de la empresa Rustiplast desde el 4 de abril de 2003 hasta el mes de diciembre de 2012 en el cargo de Administradora y Secretaria; que su empleadora nunca le suministró protección auditiva, a pesar que su puesto de trabajo quedaba a menos de 10 pasos de la planta donde utilizaban máquinas de revestimiento para hacer granioplast, las cuales producían ruido constante y fuerte; que en el año 2010 fue valorada por Aliansalud EPS, siéndole diagnosticada Hipoacusia Neurosensorial Bilateral y Tinnitus; que la empresa Rustiplast suspendió la planta donde se encontraban las máquinas en mención, debido a que los costos de funcionamiento no justificaban la producción, no obstante, para ese momento ya padecía de Hipoacusia; que cuando ingresó a laborar a la empresa anotada, se encontraba en perfectas condiciones de salud, sin embargo, hacia el año 2009 comenzó a sufrir pérdida auditiva; que Aliansalud EPS determinó que su enfermedad era de origen común; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, mediante dictamen del 12 de junio de 2015,

igualmente, definió el origen común de sus padecimientos; que contra la anterior decisión formuló recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen del 28 de enero del 2016, confirmando el dictamen proferido por la Junta Regional.

2. Contestación de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Dio contestación indicando que no emite pronunciamiento alguno respecto de las pretensiones formuladas en la demanda, por cuanto todas son completamente ajenas al organismo, y la demandante no presentó ninguna solicitud sobre el dictamen de calificación de invalidez que profirió. De otro lado, dijo que, conforme a las características científicamente identificadas de una hipoacusia profesional, esta siempre es bilateral, aclarando que la actora presenta una pérdida moderada a severa en oído derecho, mientras que las audiometrías muestran que la pérdida era leve en el oído izquierdo, además, los signos médicos como la presencia de Tinnitus solamente en oído derecho, están mas relacionados con una patología de *"meniére"* que a una hipoacusia profesional.

Finalmente, adujo que el rango legal para sospecha de riesgo es exposición constante durante 8 horas diarias a 85 dB o más, precisando que los estudios y mediciones ambientales en el Estudio de Puesto de Trabajo arrojaron un máximo de 70,2 dB, lo cual está significativamente por debajo de los 85dB, amén que el cargo de la actora no implica exposición constante y permanente que supere los 85dB durante la totalidad de la jornada de 8 horas y claramente la intermitencia de funciones denotan que no se configura riesgo auditivo. Propuso como excepción previa la de falta de integración de litis consorcio necesario respecto a la administradora de riesgos laborales y como excepciones de fondo las de legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del pertitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen-carga de la prueba a cargo del contradictor, falta de legitimación por pasiva de la Junta Nacional de Calificación: inexistencia de pretensiones-competencia del juez laboral, buena fe y la genérica. (fols. 47 y s.s.).

3. Contestación de INVERSIONES RUSTIPLAST LTDA. en calidad de litisconsorcio necesario. Dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentado que la causa de la patología de la demandante no obedece a exposición de ruido alguno, además, conforme a lo establecido por los médicos especialistas, pruebas de campo, historia clínica de la actora, su enfermedad es de origen común. Sostuvo que la planta sigue funcionando en el mismo sitio, la cual ha sido visitada por los entes de control y a la fecha no registra sanción o requerimiento alguno, cumple con todas las medidas sanitarias, laborales y de seguridad industrial. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe y culpa exclusiva de la demandante, legitimidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la genérica (fols. 151 y s.s.).

4. Contestación de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS en calidad de litisconsorcio necesario. Dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentado que las pretensiones no se dirigen en su contra. De otro lado, manifestó que el 15 de abril de 2015 se visitó el puesto de trabajo de la demandante, a fin de apoyar el proceso de definición de origen de la enfermedad padecida por ésta, de lo cual se pudo establecer que durante la jornada de 8 horas, existió exposición al agente de riesgo ruido 3 horas, que representan el 40% de la jornada laboral completa, además, las condiciones de

exposición a ruido se encuentran en un grado de *"No exposición"* que corresponde a una dosis inferior a 75dB. Propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario y como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica (fols. 182 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de marzo de 2019, en la cual el Juzgado absolvió a las demandadas de las pretensiones invocadas en su contra. (CD fol. 262).

Como sustento de su decisión indicó que en el presente asunto se tiene acreditado que la demandante fue calificada inicialmente por Aliansalud y luego por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, quienes determinaron que las patologías de la trabajadora son de origen común, lo cual fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Agregó que la Junta Regional de Calificación indicó como justificación de su dictamen que, revisada la dosimetría, la demandante no reporta exposición al riesgo físico ruido, con niveles superiores a los valores límites de exposición a ruido, por lo que no es posible establecer nexo de causalidad entre las condiciones de riesgo laboral y las patologías en estudio en relación con el origen. Igualmente, destacó que la Junta Nacional concluyó que el estudio al puesto de trabajo para el factor de ruido reporta que los niveles de ruido se encuentran dentro los parámetros permisibles, y teniendo en cuenta las guías de atención integral en salud ocupacional basada en evidencia expedida por el Ministerio, no se encuentra relación entre la patología y el trabajo.

Así las cosas, adujo que como los dictámenes constituyen el fundamento jurídico autorizado de carácter técnico científico para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales, cuya base de derecho es la pérdida de capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social, y en el presente caso cumplen con los requerimientos establecidos en normas correspondientes como son la Ley 100 de 1993, y decretos reglamentarios, deben otorgárseles valor probatorio, máxime que la convocante no controvirtió los mismos, pues a pesar que fue decretada prueba pericial a favor suya, desistió de dicho medio de convicción.

Finalmente, concluyó que la actora no cumplió con su carga de probar que las patologías que padece lo son de origen laboral, como lo exige el artículo 167 del CGP, por manera que no es procedente acceder a sus pretensiones.

6. Alegatos de conclusión segunda instancia. Las partes no allegaron ningún pronunciamiento, aun cuando se les corrió traslado para alegar, mediante auto del 23 de junio del 2020, notificado mediante estado 74 del 24 de junio de la misma anualidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer (i) ¿Acertó el Juzgado de primera instancia al concluir que la demandante no acreditó el origen laboral de sus patologías?

Origen de las enfermedades padecidas por la demandante.

En el presente caso, observa la Sala que la demandante pretende que se ordene a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez establecer que sus enfermedades Hipoacusia Neurosensorial Bilateral y Tinnitus, son de origen profesional, además, que proceda a realizar la valoración de las secuelas, fijando los índices correspondientes a la disminución auditiva, y finalmente, realice el pago de la indemnización correspondiente.

Sobre lo anterior, entiende la Sala que en el fondo la demandante persigue que se declare la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez 52222543-3427 del 28 de enero de 2016, pues dicho organismo en la experticia en mención ya había definido que los diagnósticos Hipoacusia Neurosensorial Bilateral y Tinnitus padecidos por la parte actora, lo eran de origen común, y por ello, confirmó sobre este aspecto el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 12 de junio de 2015. (fols. 8 y s.s.).

Así la cosas, debe recordar la Sala que sobre los dictámenes de calificación de invalidez ha indicado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL5601-2019, que si bien ha de resaltarse la importancia que tienen los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, por emanar de autoridades científico técnicas autorizadas por el legislador y por su deber de fundamentarse en la historia clínica, exámenes médicos y demás observaciones diagnósticas relativas al estado de salud del paciente, lo cierto es que por la diversidad de factores que confluyen en la determinación de la realidad de la salud del paciente y la evolución de su capacidad laboral, dichos dictámenes no constituyen una prueba definitiva, incuestionable o inmodificable en el marco del proceso ordinario, como tampoco pueden considerarse como una prueba de carácter *ad substantiam actus*, en tanto que ellos son una prueba más del proceso que el juzgador debe analizar de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento.

En ese orden, en los términos de la Alta Corporación, el juez del trabajo tiene el poder jurisdiccional para establecer el estado de invalidez y todas sus variables asociadas, esto es, el origen de la enfermedad o accidente, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, para lo cual cuenta con amplias facultades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones.

Descendiendo al caso objeto de estudio, observa la Sala que Aliansalud EPS mediante dictamen de calificación de origen del 17 de julio de 2014, determinó que la demandante padece Hipoacusia Neurosensorial Bilateral Asimétrica asociada

a Tinnitus desde hace aproximadamente 4 años, estableciendo que dichos diagnósticos son de origen común.

Para sustentar su experticia, indicó que: *"(…) Sin evidencia de exposición a riesgo físico (ruido) en su lugar de trabajo. El nivel de exposición es estimado de acuerdo con su descripción de labores como auxiliar contable (Manejo de nómina, manejo contable, manejo de tesorería, atención al público, manejo de personal recepción de llamadas, manejo de dinero, manejo de barras banca electrónica) pues no se cuenta con mediciones ambientales de ruido de su ex empleador, no sin desconocer que al tratarse de una empresa es posible que sí exista ruido ambiental importante, sin embargo, la hipoacusia inducida por ruido es una patología que se presenta de manera crónica evolucionando en años, y por lo general aparece después de más de 10 años de exposición continua al factor del riesgo y por encima de los niveles permisibles. De acuerdo con lo anterior, para el caso de la trabajadora se considera que si bien tiene la patología no es posible relacionar causalmente la hipoacusia únicamente con su actividad laboral."* (CD fol. 77).

De otro lado, se advierte dictamen 52222543 del 12 de junio de 2015, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el cual concluyó que revisados los antecedentes obrantes en el expediente, como lo son historia clínica y el estudio del puesto de trabajo, los diagnósticos Hipoacusia Neurosensorial Bilateral y Tinnitus derecho son de origen común. Frente a ello, precisó el mencionado organismo que el resultado de la dosimetría no reporta exposición a riesgo físico (ruido) con niveles superiores a los valores límites de exposición a ruido, por lo que no es posible establecer nexo de causalidad entre las condiciones de riesgo laboral y las patologías en estudio. (fols. 15 y s.s.).

Por su parte, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió el dictamen controvertido, esto es, el número 52222543 del 26 de enero del 2016, en el cual determinó que las patologías por la convocante son de origen común.

Para el efecto, estableció que *"(…) de acuerdo con la historia clínica obrante en el expediente y teniendo en cuenta que la paciente asistió a la valoración médica el 18 de enero de 2016 se encuentra paciente ocupación administrador y secretaria en empresa Inversiones Rustiplas durante 10 años en Abril de 2003, desvinculada en diciembre de 2012, actualmente trabaja como auxiliar contable en empresa Completiun Systems desde el año 2013, Inicio (sic) la enfermedad en el año 2009, trabajo (sic) cerca a la planta a mas o menos 10 pasos, no participo (sic) en el análisis del puesto de trabajo, Niega (sic) antecedentes patológicos, presenta Hipoacusia Neurosensorial bilateral asimétrica de predominio derecho demostrada con audiometría con Tinnitus derecho y el estudio del puesto de trabajo para factor de ruido reporta que los niveles de ruido se encuentran dentro de los niveles permisibles, de acuerdo a lo descrito anteriormente y teniendo en cuenta las Guías de Atención Integral en Salud Ocupacional Basadas en la Evidencia expedidas por el Ministerio, no se encuentra relación entre la patología y el trabajo motivo por el cual se califica el origen confirmando Enfermedad Común."* (fols. 8 y s.s.).

También obra en el expediente análisis de puesto de trabajo de la demandante realizado por Positiva Compañía de Seguros el 15 de abril de 2015, en cuyas conclusiones puede leerse que:

> *"Las actividades descritas en este estudio, que se realiza a la trabajadora* ***Paola Andrea Sala Torres, son el desarrollo del cargo de Secretaria,*** *en la empresa de* ***Inversiones Rustiplast Ltda.*** *El cual se desempeñó por* ***1 Año, 9 meses.***

*Se realizó al puesto de trabajo el día **Abril 15 de 2015**, con el fin de apoyar el proceso de definición de origen de la enfermedad **HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL.***

Se realizó la medición en el puesto de trabajo de secretaria aunque cambiaron ciertos factores debido a la producción que realizaba la empresa.

*El tiempo durante el cual labora diariamente la trabajadora es de **8 Horas**, de las cuales se concluye que se encuentra en exposición al agente de riesgo ruido 3 Horas significado el **40%** de la Jornada Laboral completa.*

*La dosis de ruido proyectada a 8 horas es **82,58%** con un Grado de riesgo **1**, con un nivel equivalente Leq 70,2dB(A), siendo los datos arrojados por el Dosímetro.*

*Las condiciones de exposición a ruido por parte del trabajador se encuentran en un grado de riesgo **No exposición** que corresponde a una Dosis inferiores a 75dB (A).”* (CD fol. 189).

De las pruebas reseñadas, se tiene que ninguna de ellas da cuenta de que las enfermedades padecidas por la convocante tengan un origen laboral, por el contrario, indican de manera clara que las mismas tiene un origen común, lo cual además se encuentra claramente sustentado y explicado por cada uno de los organismos que procedieron a calificar el origen de las enfermedades de la demandante, así como por la ARL que realizó el estudio de su puesto de trabajo.

En este punto, resulta oportuno indicar que si bien éste último estudio data del 15 de abril del 2015, fecha para la cual la demandante ya no prestaba sus servicios para la empresa Rustiplast, según ella misma afirmó en su escrito de demanda, y en dicho análisis se indica que cuando se realizó la medición cambiaron ciertos factores debido a la producción que realizaba la empresa, lo cierto es que en todo caso, tampoco obra un análisis que se haya llevado a cabo durante la vigencia de la relación la laboral con dicha empresa, que según la trabajadora terminó en el mes de diciembre de 2012.

Por tanto, resulta claro para la Sala que acertó el Juzgado de primera instancia al indicar que la demandante no acreditó que el origen de sus patologías son de origen laboral, pues de las pruebas referenciadas se deduce un origen común; además, las demás documentales obrantes en el proceso, como lo es la historia clínica, no aporta ningún elemento de juicio para concluir lo contrario, siendo oportuno señalar igualmente, que si bien el Juzgado de oficio decretó dictamen pericial ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá en audiencia del 8 de junio del 2017 (CD fol. 222), el mismo no pudo ser practicado, por cuanto la demandante declaró que no se encontraba en capacidad de costear el valor de los respectivos honorarios. (fol.257).

En ese orden, la actora no desplegó ninguna actividad probatoria tendiente a controvertir el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y no cumplió con la carga que le imponía el artículo 167 del CGP, norma en virtud de la cual se establece que *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”,* motivo por el cual no queda otro camino que confirmar la sentencia consultada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de marzo de 2019, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LAURA PAOLA ROMERO LONDOÑO***
DEMANDADO:	***MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.***
RADICACIÓN:	***1100131050-06-2017-00007-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE-DEMANDADA***
TEMA:	***REINTEGRO Y PAGO DE PRESTACIONES***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Laura Paola Romero Londoño instauró demanda ordinaria contra Mansarovar Energy Colombia Ltda. con el fin de que se DECLARE nulo el acuerdo de terminación del contrato celebrado entre las partes el 10 de febrero de 2016, así como que existió un despido colectivo y masivo; en consecuencia, se condene a la demandada a su reintegro o reinstalación en el cargo de Coordinador Ambiental que venía ejerciendo, al igual que al pago de los salarios dejados de recibir desde el mes de marzo de 2016.

De manera subsidiaria, solicita la indemnización moratoria, la indemnización por despido sin justa causa, la indexación y lo que resulte probado ultra y extra petita. (fols. 4 y s.s.; subsanación fols. 30 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que entre ella y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de septiembre de 2011, en virtud del cual se desempeñó en el cargo de Profesional Ambiental, teniendo como último salario la suma de $9.371.500; que el 10 de febrero de 2016 fue citada a la Oficina de Recursos Humanos de la demandada ante la Gerente María Clara Gaitán Guillen, quien le manifestó que la empresa estaba en crisis a causa de la situación que estaba atravesando el país, además, le dijo que debía firmar el acuerdo de terminación del contrato de trabajo, o por el contrario sería despedida sin

reconocimiento a indemnización alguna y que no podía comunicarse con ninguna persona hasta que no firmara; que por temor, desconocimiento y dada la coerción que ejercieron sobre ella, firmó el acuerdo de terminación del contrato de trabajo, lo cual también ocurrió con más de 120 trabajadores; que la demandada disfrazó un despido colectivo a través de terminaciones de mutuo acuerdo y nunca solicitó autorización del Ministerio de la Protección Social; que después de pasado un tiempo, la convocada consignó a su favor unos dineros, sin embargo lo pactado en el acuerdo celebrado con ésta no le fue reconocido en su totalidad.

2. Contestación de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. La demandada dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora, argumentando que el contrato de trabajo existente con la demandante terminó por mutuo acuerdo de las partes, en cuya celebración concurrió el consentimiento de la trabajadora, libre, voluntario y exento de vicios, en el que, además no se involucró ningún derecho cierto e indiscutible, por lo que hizo tránsito a cosa juzgada. De otro lado, adujo que la empresa no incurrió en despido colectivo, por cuanto no realizó despidos injustificados en los términos previstos por el artículo 67 de la Ley 50 de 1990.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y compensación. (fols. 60 y s.s.).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de marzo del 2019 en la cual el Juzgado condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor de la actora la suma de $5.029.371,54 a título de mora por el período comprendido entre el 10 febrero de 2016 y el 3 de marzo del mismo año; declaró no probada la excepción de prescripción, absolvió a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra y le condenó en costas. (CD fol. 121).

Su decisión se basó en que no se discute que la demandante se vinculó con la demandada entre el 5 de septiembre de 2011 y el 10 de febrero de 2016. Igualmente, dijo que el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo entre las partes con el reconocimiento de una bonificación que pagó la encartada, sin que se observe la concurrencia de un vicio del consentimiento por fuerza o constreñimiento, en tanto que en la demanda no se determinó tal hecho, de suerte que conforme al artículo 15 del CST el documento recoge la voluntad de las partes en el sentido de finalizar el contrato de trabajo mediante el mutuo consentimiento y el pago de la prestación señalada.

De otro lado, adujo que en el presente caso no se encuentran acreditados los presupuestos establecidos en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 para concluir que en efecto tuvo lugar un despido colectivo de trabajadores, pues conforme a las certificaciones aportadas por la convocada, se tiene que en los 6 meses anteriores a la terminación del contrato de la demandante, específicamente en noviembre de 2015 y en febrero de 2016 fueron despedidos sin justa causa 7 y 2 trabajadores que equivalen al 1,24% y al 0,31% para un total de 1,51%,

precisando que en dichas mensualidades existían 638 y 546 trabajadores respectivamente, de manera que los porcentajes anotados resultan inferiores al 7% exigido por la norma ya mencionada.

De otro lado, indicó que el contrato de trabajo terminó el 10 de febrero de 2016 y la liquidación de este se pagó el 3 de marzo de la misma anualidad, por lo que resulta procedente la indemnización moratoria dado que el trámite administrativo no constituye justificación de la mora, para lo cual consideró el salario integral acreditado en la demanda, deducido el factor prestacional.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que *"la sentencia viola los artículos 20 y 78 del CPT y de la SS, como violación de medio a través de la cual se violó la ley sustancial, los artículos 1501, 1502, 1508, 1513, 1514, 1515 y 1602, 1603, 1625 numeral 8 y 1746 del C.C., en concordancia con el artículo 61 del CST subrogado por el artículo 5º literal b de la Ley 50 de 1990, asi como los artículos 13, 23, 55, 140, 259, 260, 267, 467, 468, 469, 476 del CST, artículos 51 y 52 del CPT y de la SS, así como la preceptiva del Decreto 2651, pues usted dio por demostrado sin estarlo, de la existencia del acuerdo amigable entre las partes, acuerdo que nunca quedó demostrado que* estuviera amigablemente, porque mi presentada no estuvo de acuerdo."

Por su parte, la demandada también formuló recurso de apelación argumentando que la indemnización moratoria exige para su análisis, no solo un criterio objetivo como el transcurso del tiempo, sino también un estudio subjetivo derivado de la mala fe del empleador, la cual no se encuentra probada en el presente caso. Dijo además, que el Juzgado no hizo pornunciamiento alguno, ni soportó la imposicicón de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST en un argumento o una prueba que permitiese inferir esa mala fe.

Agregó que la sociedad siempre ha sido clara y transparente en vigencia de la relación laboral existente con la trabajadora, le expuso las condiciones que regían el contrato, así como las que regirían la terminación del mismo por mutuo acuerdo, por lo que no es entendible que se le endilgue una mala fe.

Por lo anterior, solicitó revocar la condena por concepto de indemnización moratoria, y por ende, la imposición de costas procesales. (CD fol. 121).

5. Alegatos demandada. Solicitó al Tribunal que revoque el fallo de primera instancia SOLAMENTE en lo que respecta al pago de la indemnización moratoria dado que no se encuentra acreditado que obró de mala fe en el reconocimieto y pago de las prestaciones sociales a favor de la demandante; igualmente peticionó que se confirme la decisión en lo demás.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que

consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La terminación del contrato por mutuo acuerdo celebrado entre las partes es ineficaz a causa de un vicio del consentimiento en la trabajadora? y (ii) ¿No es procedente imponer condena a título de indemnización moratoria y costas procesales en contra de la demandada?

De la existencia del contrato de trabajo entre las partes

No se discute en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de septiembre de 2011 hasta el 10 de febrero de 2016, en virtud del cual la actora se desempeñó como Profesional Ambiental, pues así lo precisó el Juzgado de primera instancia y se constata del contrato de trabajo, visible a folios 16 y s.s. y de la certificación vista a folio 21.

De la nulidad de la terminación del vínculo laboral por mutuo acuerdo entre las partes

De la interpretación del recurso de apelación formulado por la parte actora, observa la Sala que ésta insiste en que la terminación de mutuo acuerdo entre las partes se encuentra viciada de nulidad, en tanto que la misma no refleja la voluntad de la trabajadora, en específico, porque conforme a lo dicho en la demanda, ésta fue constreñida a firmar el documento de terminación del vínculo laboral, lo cual desconoce las normas citadas en la alzada.

Sobre el particular, observa la Colegiatura que en efecto el 10 de febrero de 2016, las partes suscribieron un documento que ellas denominaron *"ACUERDO DE TERMINACIÓN Y TRANSACCIÓN"*, en virtud del cual dan por terminado de mutuo acuerdo el vínculo laboral que las unió, compremetiendose la empleadora a reconocer a favor de la demandante a título de suma transaccional el equivalente a lo que sería una eventual indemnización por terminación del contrato sin justa causa, así como el 30% de dicho valor o al del salario básico mensual, si aquel resulta inferior, junto con 6 meses de permanencia en el plan de medicina prepagada, contados desde el momento de la terminación del contrato de trabajo. Además, se precisa que la empresa realizará las deducciones tributarias a que hubiere lugar (fol. 83).

Conforme a lo anterior, en liquidación del 10 de febrero de 2016 pagada el 3 de marzo de la misma anualidad, se reconoce a la demandante además de las acreencias laborales a que hubiere lugar, una suma de $32.451.418 a título de bonificación, para un total de $21.337.333 después de realizadas las deducciones corrspondientes. (fols. 84 a 85).

Frente a dicho acuerdo, ha de decir la Sala que tal y como lo concluyó el *a quo*, no se advierte que el mismo se encuentre afectado de nulidad por vicio en el consentimiento, pues ninguna prueba obrante en el proceso permite

concluir que la trabajadora fue constreñida a imponer su firma en el documento en mención.

Nótese que los medios de convicción obrantes en el proceso, que se limitan a pruebas documentales, no dan cuenta de tal vicio, y en específico de la fuerza impartida sobre la trabajadora para suscribir dicho acuerdo, siendo pertinente precisar que si bien en la demanda ella afirmó que la Gerente de Recursos Humanos de la encartada, le indicó que debía firmar el acuerdo de terminación so pena de ser despedida sin ninguna indemnización, lo cierto es que ello no se encuentra acreditado en el proceso, no cumpliendo así la demandante con la carga probatoria que le incumbía en los términos del artículo 167 del CGP.

Así las cosas, contrario a lo afirmado en la alzada, no se advierte la violación de las distintas normas citadas en ésta, porque lo que se deriva de las documentales adosadas en el proceso, es que lo plasmado por la trabajadora en el acuerdo de terminación del contrato de trabajo sí se corresponde con su voluntad.

Sobre este aspecto además, no sobra advertir que de antaño la CSJ ha indicado que el ofrecimiento de sumas de dinero a título de bonificación por parte de los empleadores a sus trabajadores a la terminación del vínculo laboral por mutuo consentimiento representa un actuar legítimo, en la medida que el empleado está en la posibilidad de rechazarlas o aceptarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste (sentencia SL3477-2018).

Conforme a lo anterior, no considera la Sala atendibles los argumentos expuestos por la parte actora en su impugnación, por manera que habrá de mantenerse incólume la decisión proferida por el Juzgado sobre este aspecto.

De la indemnización moratoria y las costas procesales impuestas a la demandada

Se duele la parte convocada en su recurso de apelación, de la condena impuesta por el Juzgado de primera instancia a título de indemnización moratoria, por cuanto a su juicio no se encuentra probado en el proceso que realizar el pago de la liquidación de prestaciones sociales a favor de la trabajadora días después de terminado el vínculo laboral, estuviere revestido de mala fe.

Sobre este aspecto cumple recordar que la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL5220-2019 ha explicado, que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, goza 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.

En ese orden, la aplicación de la indemnización moratoria por la falta de pago de los salarios y prestaciones sociales debidos a la terminación del contrato de trabajo, no es automática ni inexorable, y por ende en cada asunto el sentenciador debe determinar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada con argumentos que pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar su actuar en el terreno de la buena fe, caso en el que no procedería la sanción mencionada.

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

Descendiendo al presente caso, se tiene que en efecto se encuentra probado que la demandada no pagó a favor de la actora la liquidación del contrato de trabajo a la fecha de terminación del mismo, esto es, el 10 de febrero de 2016, pues de la documental obrante en el proceso y en particular el comprobante de transferencia bancaria visible a folio 85, se advierte que la demandada procedió a realizar el pago de los salarios y prestaciones adeudadas a la trabajadora el 3 de marzo de 2016, es decir 23 días después de haber finiquitado el vínculo laboral.

Así, se tiene que la demandada incurrió en mora en el pago de las acreencias laborales debidas, hecho que por sí solo no tiene la virtud de generar el reconocimiento y pago de la indemnización de la que se viene hablando, no obstante, ha de reparar la Sala que una vez analizada la contestación de la demanda, la parte accionada no presentó ninguna razón encaminada a justificar su tardanza y no se alega como excepción la buena fe en su actuar, pues nótese que sobre la pretensión relacionada con la indemnización moratoria solo dijo que pagó las prestaciones debidas durante la vigencia del contrato de trabajo y a su terminación, amén que el salario lo era la modalidad de integral, pero nada indica frente al hecho que como se dijo, tardó 23 días en reconocer la liquidación del contrato, la cual incluía el reconocimiento de los salarios debidos a la finalización del mismo, como se constata a folio 84.

Por tanto, no resulta procedente como lo pretende la encartada concluir la existencia de la buena fe, ya que la demandada ni siquiera se preocupó por exponer las razones por las cuales no procedió a reconocer y pagar a la trabajadora las acreencias laborales debidas a la fecha de terminación del vínculo laboral, que pudiesen ser valoradas por la Sala a efectos de determinar si las mismas resultan razonables y atendibles, a fin de exonerarla de la indemnización moratoria deprecada.

De suerte que, a pesar de la escueta argumentación dada por el Juzgado para reconocer dicha sanción, la cual se sustentó en que el trámite administrativo no resulta atendible para efectos de no acceder a la misma, lo cierto es que

ésta sí procede en el presente caso, porque la demandada no presentó ninguna justificación de su actuar, la cual no puede ser imaginada por el Juzgado, ni por la Sala de Decisión.

En ese orden, al no existir motivación por parte de la convocada ante el pago tardío de las acreencias laborales adeudadas, no puede la Sala de las pruebas aportadas constar que su actuar estuvo revestido de buena y por ende absolverla de dicha sanción.

Por lo expuesto, se concluye que el Juzgado de primera instancia acertó al reconocer a favor de la trabajadora la indemnización en comento y como quiera la demandada resultó vencida en juicio, es procedente la condena en costas que le fue impuesta, en los términos del artículo 365 del CGP.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la sentencia impugnada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de marzo del 2019 por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARIA RUPERTA MONTENEGRO DE MORENO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y OTRO***
RADICACIÓN:	***11001-31050-32-2018-00312-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a Dra. DINA PAULA ANDREA ABRIL CLAVIJO como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARIA RUPERTA MONTENEGRO DE MORENO instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la señora Margarita Suba Barrera, con el fin de que se DECLARE que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge el señor Maximiliano Moreno; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar las prestación a su favor, junto con el retroactivo pensional; asimismo, solicita se suspenda el pago de la prestación a favor de la señora Margarita Suba Barrera y se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. (fols. 4 y s.s.; subsanación fols. 16 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: el 12 de octubre de 1950 contrajo matrimonio con Maximiliano Moreno, con quien procreó una hija; que al nacer su primogénita dejó de convivir con el señor Moreno; que el 13 de octubre de 2002, su cónyuge falleció, fecha para la cual no convivía con ninguna persona; que siempre sostuvo una relación de amistad y apego con el causante; que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la entidad demandada, la cual le fue negada por ésta, aduciendo que la prestación ya había sido reconocida a favor de la señora Margarita Suba Barrera en calidad de compañera permanente; que el causante no concibió más hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 25); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la parte actora no elevó reclamación administrativa solicitando el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, por lo que el Juzgado carece de competencia para conocer de la demanda. Propuso como excepción previa falta de competencia del juez laboral por falta de agotamiento de la reclamación administrativa y de fondo las de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de intereses moratorios, inexistencia del derecho reclamado, compensación y la genérica. (fols. 46 y s.s.).

4. Contestación de la señora Margarita Sua Barrera. Mediante auto del 29 de octubre de 2018, el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por la señora Margarita Sua Barrera. (fols. 92 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de febrero de 2020, en la cual el Juzgado declaró probadas las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia del derecho reclamado; absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la demandante y le condenó en costas. (CD fol. 132).

Como sustento de su decisión indicó que, de las pruebas documentales y los testimonios recaudados en el proceso, se tiene que, si bien la demandante contrajo matrimonio con el causante hacia el año 1950, lo cierto es que su convivencia no se prolongó más allá del año 1951, además, con posterioridad, esto es, en el año 1954 Maximiliano Moreno inició convivencia con la señora Margarita Suba Barrera, con quien procreó 4 hijos e hizo vida en común hasta la fecha de su muerte.

En ese orden, concluyó que la demandante no hizo vida marital con el pensionado fallecido dentro del término señalado en la norma aplicable, tesis que, además, respaldó el Despacho en la sentencia SL1399-2018.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **parte actora** interpuso recurso de apelación argumentando que el Juzgado no otorgó ningún valor probatorio a los testimonios presentados por ella, quienes manifestaron claramente que la convivencia entre el causante y la señora Margarita Suba Barrera no tuvo lugar en los términos indicados en la contestación de la demanda.

Agregó que el señor Carlos Hipólito declaró de manera espontánea la realidad de vida entre la demandante y el causante, y si bien la accionante tuvo otros compañeros permanentes, ello no quiere decir que durante 20 años se hubiere disuelto ese vínculo de afectividad y apoyo existente con su cónyuge, quien nunca pretendió la ruptura de su matrimonio, ni efectuar petición de divorcio.

Dijo que si bien conforme a la Ley 100 de 1993, debe demostrarse convivencia por un tiempo de no menos de 2 años con anterioridad a la fecha del fallecimiento del causante, lo cierto es que esa misma norma establece que si existe un hijo o más legítimamente reconocido, como ocurre en el presente caso, se tiene derecho al reconocimiento de la prestación aquí reclamada.

Finalmente, adujo que no se analizó la prueba documental allegada por Colpensiones, pues de ella puede establecerse que la actora sí reclamó el derecho en su debido momento, el cual fue cercenado por parte del ISS hoy Colpensiones. Por tanto, solicitó el reconocimiento de la prestación en proporción al tiempo convivido.

7. Alegatos Colpensiones. Solicitó que se mantenga incólume la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad, al considerar que como quedó demostrado dentro del plenario, no se cumplen con los presupuestos fácticos ni jurídicos para acceder al reconocimiento y pago una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante con ocasión al fallecimiento del señor Maximiliano Moreno, de conformidad con la Ley 797 de 2003, ni la ley 100 de 1993, toda vez que el causante no dejó causado dicho derecho pues no cuenta con las semanas requeridas por la Ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La demandante María Ruperta Montenegro tiene derecho a la pensión que reclama por haber concebido una hija con el causante? y (ii) ¿De los testigos allegados por la parte actora se encuentra acreditado que la señora Margarita Sua Barrera no convivió con el causante, contrario a lo concluido por el Juzgado?

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, se advierte el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado el estatus de pensionado del señor MAXIMILIANO MORENO, a quien mediante Resolución N° 005622 del 19 de abril de 1997 el Instituto de Seguro Social reconoció una pensión de vejez de carácter compartida, en cuantía de $359.068 a partir del 06 de enero de 1993, como da cuenta el expediente administrativo (CD fol.130).

Igualmente, se encuentra probado que mediante Resolución N° 6464 del 02 de mayo del 2003, el Instituto de Seguro Social reconoció una pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor MORENO MAXIMILIANO, a la señora MARGARITA SUA BARRERA, en calidad de compañera permanente, a partir del 13 de octubre de 2002. (CD fol. 130).

Fallecimiento

No existe discusión respecto al hecho del fallecimiento del señor **MAXIMILIANO MORENO** (q.e.p.d.), sin embargo, se encuentra acreditado con el registro defunción que milita a folio 116, de cuyo contenido se extrae que la fecha del deceso tuvo lugar el 13 de octubre de 2002, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, en su redacción original por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en octubre del 2002. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Requisitos para la sustitución pensional

La norma precitada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, tanto para la cónyuge como para la compañera permanente, quienes debe acreditar que hicieron vida marital con el causante y hasta su muerte, y hayan convivido con el fallecido no menos de 2 años continuos con anterioridad al óbito, salvo que hayan procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

Convivencia acreditada en relación con la demandada Margarita Sua Barrero

Del recurso de apelación formulado por la parte actora, se advierte que una de sus inconformidades radica en que el Juzgado haya tenido por acreditada la convivencia entre el causante Maximiliano Moreno y la señora Margarita Sua Barrera, esto es, desde el año 1954 y hasta la fecha del óbito, que tuvo lugar el 13 de octubre de 2002, por cuanto a su juicio, ello no se deduce de las declaraciones rendidas por los testigos allegados por la parte actora, por lo que considera que dichas pruebas no fueron debidamente valoradas por el *a quo*.

Al respecto, cumple señalar que después de efectuar un recuento de las pruebas testimoniales decretadas a favor de la convocante, el Juzgado indicó que las mismas no merecen credibilidad, en la medida que presentan contradicciones que no permiten al Despacho tener certeza sobre lo que cada uno de los testigos afirmaron en el proceso, conclusión que debe ser apoyada por esta Colegiatura, después de escuchar y analizar con detenimiento lo manifestado por los señores Fanny Rozo, María Beatriz Moreno y Carlos Hipólito Ramos. (CD fol. 103).

Nótese que la señora Fanny Rozo, hija de la demandante y el señor Jorge Rozo, afirmó que su madre convivió con el causante por el término de un año, precisando que de dicha unión nació su hermana mayor Beatriz; que después convivió con su padre por el período de 20 años, quien después falleció, y finalmente, convivió con el señor Gregorio Galindo con quien procreó 3 hijas, Patricia, Yaneth y Jazmín; agregó que conoció al causante por ser el padre de su hermana, y porque visitaba a su mamá con mucha frecuencia, incluso salía con ellas a almorzar o pasear; también precisó que Maximiliano Moreno vivía solo, que tuvo otros 3 hijos, una mujer y dos varones; que el causante no convivió con la madre de sus otros hijos; que la señora Margarita Sua Barrera procreó otros hijos que no eran del causante, pero éste los reconoció como suyos, a pesar que no convivió con ella.

Adujo que el causante durante los últimos años de vida vivía solo en una casa que tenía en Engativá; finalmente, dijo que en una ocasión el causante se reunió con la demandante, su hermana, la señora Margarita y su hija pequeña, para que conocieran a la menor, precisando que su mamá y su hermana conocían de la existencia de estas dos últimas personas.

Lo anterior, se contradice con lo afirmado por la testigo María Beatriz Moreno, quien en calidad de hija de la demandante y el causante, manifestó que sus padres contrajeron matrimonio hacia el año 1950 y convivieron un año, no obstante, ellos siempre tuvieron contacto, pues su papá iba a visitar a su madre entre 4 a 5 días a la semana por varias horas durante 50 años; que su padre siempre vivió solo; que su madre tuvo como compañero permanente a Rafael Rozo, cuya vida marital duró muy poco tiempo; que su madre también tuvo otra relación sentimental con el señor Gregorio, con quien también duró muy poco tiempo; que durante los últimos 5 años de vida del causante, su tía Tránsito se trasladó para la casa de éste. Agregó que su padre reconoció 3 hijos de la señora Margarita Sua que en realidad no eran suyos.

Por su parte, Carlos Hipólito dijo en calidad de cónyuge de la señora Beatriz Moreno que cuando conoció a la familia de su esposa, la demandante vivía con sus 5 hijas; que las últimas 3 hijas de la actora fueron procreadas con el señor Gregorio Galindo; que el causante frecuentaba mucho a su hija Beatriz y también a María Ruperta; que el causante siempre vivió toda su vida con su hermana Tránsito; que hacia el año 1980 el señor Maximiliano compró unos lotes en Engativá y en uno de ellos construyó su casa; que el causante tenía muchas mujeres, incluso su muerte tuvo que ver con ese tema; que el pensionado fallecido nunca convivió con la señora Margarita Sua y que solo tuvo una hija con ella; que la demandante tuvo otra relación con el papá de Fanny Rozo, precisando que no existió convivencia, sino que solo se frecuentaban.

De las declaraciones referenciadas, se observa que mientras Fanny Rozo afirmó que el causante siempre vivió solo, la señora María Beatriz Moreno indicó que éste convivió con su hermana, la señora Tránsito, durante los últimos 5 años de vida, lo cual también se contradice con lo afirmado por Carlos Hipólito, dado que éste dijo que el causante siempre convivió con su hermana Tránsito; además, mientras Fanny Rozo indicó que la demandante convivió con Jorge Rafael Rozo durante 20 años, la señora Beatriz Moreno afirmó que esa convivencia lo fue por muy poco tiempo; ello igualmente riñe con lo indicado con Carlos Hipólito, quien aseguró que la demandante y el señor Jorge Rozo no convivieron, sino que únicamente se frecuentaban.

Sumado a ello, obra declaración extra proceso rendida el 25 de septiembre de 2003, por la señora Tránsito Rodríguez Moreno, en calidad de hermana del señor Maximiliano Moreno, que claramente contradice lo manifestado por los testigos referenciados, pues nótese que manifestó que el causante convivió en unión libre con la señora Margarita Sua Barrera bajo el mismo techo de forma constante y permanente desde febrero de 1954 hasta el 13 de octubre de 2002, fecha de su muerte, además, indicó que de esa relación la pareja procreó 4 hijos de nombres Gladys Alicia, German, Elvira Ruth y Merecedes Moreno Sua. (fol. 78).

Por tanto, son claras y ostensibles las contradicciones que presentan las declaraciones traídas por la parte demandante que no permiten otorgarles certeza por la Sala de Decisión, por lo que no puede considerarlas en el *examine* en la medida que no merecen ninguna credibilidad para esta Corporación.

En ese orden, se tiene que la conclusión del Juzgado en cuanto al tiempo de convivencia entre el causante y la señora Margarita Sua Barrera no está llamado a ser modificado, pues además de la declaración extra juicio mencionada, obran otras declaraciones rendidas ante distintos Juzgados por petición del causante, como la de la señora Elvira García de fecha 24 de julio de 1991, la del señor José Lorenzo Cruz Carvajal y la del señor Angel Rincón, en calidad de compañeros de trabajo del señor Maximiliano Moreno, que datan del 22 de abril de 1986, quienes manifestaron que les consta la

convivencia del causante y la señora Margarita Sua Barrera desde hace 35 y 33 años respectivamente, de cuya unión nacieron 4 hijos. (fols. 80 y s.s.).

Igualmente, se observa a folio 76 formulario de afiliación del causante ante el ISS, en la cual se reporta a la señora Margarita Sua Barrera como compañera permanente (fol. 76); también se advierte certificación de fecha 6 de noviembre de 2002, expedida por la ETB, en la cual se indica que la señora en mención es beneficiaria del Servicio Médico de la empresa como cónyuge del trabajador pensionado Maximiliano Moreno desde el 17 de marzo de 1976.

Por tanto, es claro para la Sala que el período de convivencia entre el pensionado fallecido y la demandada Margarita Sua Barrera definida por el Juzgado, entre el año 1954 y hasta la fecha de la muerte del causante debe mantenerse incólume, de suerte que acertó el Juzgado de primera instancia al concluir que la señora Margarita Sua Barrera es beneficiara de la pensión de sobrevivientes en su condición de compañera permanente, siendo importante advertir que sobre el porcentaje que le corresponde, la Sala se pronunciará una vez se defina el derecho que le asiste a la demandante María Ruperta Montenegro.

Derecho reclamado por la demandante.

Sobre este aspecto conviene recordar que el Juzgado de primera instancia concluyó que, si bien la demandante contrajo matrimonio con el señor Maximiliano Moreno hacia el año 1950, lo cierto es que, de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas en el proceso, se puede establecer que su convivencia no se prolongó más allá del año 1951, por manera que la actora no acreditó el tiempo de vida marital de 2 años establecido por la norma aplicable.

Frente a ello, la parte convocante no hace ningún reparo, en tanto que en su recurso de apelación no afirma que la convivencia con el causante haya sido superior al lapso definido por el *a quo*; no obstante, se aparta de su negativa en el reconocimiento de la prestación, por cuanto a su juicio considera que estaba exonerada de acreditar el tiempo de convivencia por cuanto procreó una hija con el causante.

A efectos de resolver la inconformidad planteada, ha de indicar la Sala que sobre el alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, estableció la Corte Constitucional en la sentencia SU 453 de 2019, que la acreditación de los 2 años de convivencia lo son en cualquier tiempo y no únicamente contados inmediatamente hacia atrás al momento de la muerte del causante.

Igualmente, precisó que dicho precepto permite suplir el requisito de convivencia mínimo de 2 años con anterioridad de la muerte del pensionado con el hecho de haber procreado hijos con éste, sin que ello haya sido condicionado al nacimiento de éstos dentro del término de 2 años anteriores al óbito, contrario a lo establecido de manera reiterada en criterio jurisprudencial por parte de la CSJ.

Aclarado lo anterior, se tiene en el caso objeto de estudio, que tal y como lo indicó el Juzgado de primera instancia en efecto la demandante contrajo matrimonio con el causante el 12 de octubre de 1950, como se observa de la copia del registro civil de matrimonio (fol. 12), igualmente, es claro para la Sala que la señora María Ruperta Montenegro no convivió con el causante por lo menos por el período de dos años, pues como ella misma lo confesó en su interrogatorio (CD fol. 103), una vez nació su hija en común, que lo fue el 5 de junio de 1952 (fol. 113), se separó de hecho de su cónyuge,

por lo que el término de vida marital realmente fue por algo más de un año y ocho meses, sin que aparezca acreditado dentro del plenario que hubiera existido disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

No obstante, conforme se argumenta en la alzada no observó el *a quo* que la demandante procreó una hija con el señor Maximiliano Moreno, lo cual la exoneraba de acreditar el período de convivencia exigido, conforme el criterio establecido por la Corte Constitucional, el cual acoge la Sala de Decisión no solo porque se definió a través de una sentencia de unificación, sino porque atiende lo establecido en la norma aplicable, pues nótese que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, no condiciona el nacimiento de los hijos procreados con el pensionado fallecido, a los dos años anteriores a su muerte.

Por tanto, a la luz del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional se tiene que la demandante también tiene derecho sobre la pensión de sobrevivientes que se debate, pues muy a pesar que se encuentra claramente establecido que la convocante no convivió con el señor Maximiliano Moreno por un término de 2 años a lo menos, sí demostró que procreó con este una hija, cuyo nacimiento tuvo lugar hacia el año 1952.

Pese a lo anterior conviene advertir que, el presente caso en el que se concluye que tanto la cónyuge como la compañera permanente tienen derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Maximiliano Moreno, no está regido por los mandatos que fijaron la reglas sobre pensión compartida entre el cónyuge supérstite y el o la compañera permanente, como se puede deducir de todo lo anteriormente expuesto, por manera que la proporción que le corresponde tanto a la cónyuge como a la compañera permanente, habrá de definirse teniendo en cuenta la finalidad de la sustitución pensional, que en los términos de la Corte Constitucional se encuentra ligada a la protección de la familia.

Así, en la sentencia T-190 de 1993, la Alta Corporación estableció que *"La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección"*. Igualmente indicó que *"La providencia en cita se fundó en los principios de justicia retributiva y de equidad puesto que estos constituyen la justificación para que quienes conforman la familia del trabajador fallecido puedan "mitigar el riesgo de viudez y orfandad (…)"*.

En la misma decisión se agregó que: *"El derecho a sustituir a la persona pensionada o con derecho a la pensión obedece a la (…) finalidad de impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales. El vínculo constitutivo de la familia - matrimonio o unión de hecho - es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho. (…) El factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes (…)".*

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

Además, en la sentencia C 521 del 2007, señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos".*

Bajo estos derroteros, teniendo en cuenta que al valorar el material porobatorio obrante en el proceso la Sala encuentra acreditado supuestos de hecho que legitiman el derecho tanto de la cónyuge como de la compañera del causante, atendiendo un criterio de justicia y equidad, así como la finalidad de la sustitución pensional anteriormente mencionada, se zanjará el presente conflicto concendiendole a la señora Margarita Sua Barrera, quien acreditó una convivencia con el causante y la calidad de miembro de su familia por alrededor de 48 años, el 96,59% de la prestación reclamada. En relación con la cónyuge del causante, y dado que acreditó una convivencia de alrededor de un año y ocho meses, se le ortogará el 3,41% de dicha pensión.

Por tanto, se revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar, acceder al reconocimiento de la pensión reclamada por la actora en calidad de cónyuge supérstite desde el 13 de octubre de 2002, en la proproción señalada y definir el porcentaje que realmente le asiste sobre ese derecho a la señora Margarita Sua Barrera en calidad de compañera permanente, a partir de la fecha en mención.

Excepción de prescripción

En el presente caso, como se dijo, la pensión procede desde la fecha de fallecimiento del causante que lo fue el 13 de octubre de 2002; la demandante reclamó el reconocimiento del derecho el 1º de septiembre de 2003 como se observa del expediente administrativo, la cual fue resuelta de manera definitiva mediante la Resolución 001264 del 9 de diciembre de 2005 (CD fol. 130) y radicó la demanda el 11 de mayo del 2018, como da cuenta el acta de reparto (fol. 14), por lo que es claro que transcurrió el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, encontrándose afectadas por el fenómeno de la prescripción las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 11 de mayo de 2015.

Excepción de compensación

En este punto cumple anotar que, si bien la demandada ha venido pagando la prestación desde el 13 de octubre de 2002 a favor de Margarita Sua Barrera y la entidad propuso la excepción de compensación en su escrito de contestación de la demanda, lo cierto es que la misma no tiene ningún efecto en relación con la parte actora, pues ésta no ha recibido ningún dinero por parte de la encartada.

El medio exceptivo en mención, solo tiene alcance en relación con la señora Margarita Sua Barrera, en tanto como se dijo, dicha parte sí recibió la prestación, en un porcentaje superior al que le corresponde, pues únicamente tiene derecho al 96,59% desde que falleció el causante.

De acuerdo a lo anterior, habrá de declararse probada la excepción de compensación propuesta por Colpensiones en relación con la compañera permanente del pensionado fallecido, y por tanto, se autorizará a la entidad pensional para que haga los descuentos a que hubiere lugar, sobre la proporción de la pensión que le corresponde a la señora Sua Barrera y hasta tanto recupere los dineros que en exceso fueron recibidos desde el 13 de octubre de 2002.

Cuantificación del retroactivo pensional

De conformidad con el art. 283 del CGP, se procede a establecer el valor de las mesadas pensionales adeudadas a favor de la señora María Ruperta Montenegro de Moreno, para lo cual se tiene que, al realizar las operaciones aritméticas, Colpensiones le adeuda la suma de $7.098.211,21, por las mesadas causadas entre el 11 de mayo de 2015 y el 30 de septiembre de 2020.

RETROACTIVO PENSIONAL ENTRE EL 11 DE MAYO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020					
Año	**Valor total mesada**	**Incremento**	**3,41%**	**No. mesadas**	**Subtotal**
2015	$ 2.408.131,99	3,66%	$ 82.117,30	9,666666667	$ 793.800,57
2016	$ 2.571.162,52	6,77%	$ 87.676,64	14	$ 1.227.472,99
2017	$ 2.719.004,37	5,75%	$ 92.718,05	14	$ 1.298.052,69
2018	$ 2.830.211,65	4,09%	$ 96.510,22	14	$ 1.351.143,04
2019	$ 2.920.212,38	3,18%	$ 99.579,24	14	$ 1.394.109,39
2020	$ 3.031.180,45	3,80%	$ 103.363,25	10	$ 1.033.632,53
				Total	$ 7.098.211,21

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de febrero del 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, en el sentido de DECLARAR que la señora MARIA RUPERTA MONTENEGRO DE MORENO en calidad de cónyuge supérstite tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor MAXIMILIANO MORENO, en un porcentaje igual al 3,41%, derecho que también le asiste a la señora MARGARITA SUA BARRERA en calidad de compañera, en un porcentaje igual al 96,59%, a partir del 13 de octubre de 2002.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora MARIA RUPERTA MONTENEGRO DE MORENO en calidad de cónyuge supérstite el 3,41% de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión al fallecimiento del señor MAXIMILIANO MORENO, y a favor de la señora MARGARITA SUA BARRERA en calidad de compañera el 96,59% de la prestación, a partir del 13 de octubre de 2002.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora MARIA RUPERTA MONTENEGRO DE MORENO la suma de $7.098.211,21, por las mesadas causadas entre el 11 de mayo de 2015 y el 30 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: SE DECLARA PARCIALMENTE PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN sobre las mesadas causadas a favor de la demandante con anterioridad al 11 de mayo de 2015, asimismo se **DECLARA PROBADA** la excepción de COMPENSACIÓN propuesta por Colpensiones en relación con la señora MARGARITA SUA BARRERA, en consecuencia, se autoriza a Colpensiones para que efectúe los descuentos a que hubiere lugar sobre la proporción de la pensión de sobrevivientes

que le corresponde, hasta tanto recupere los dineros pagados en exceso desde el 13 de octubre de 2002.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL (PASADO POR PONENCIA DERROTADA DEL MAGISTRADO LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR)***
DEMANDANTE:	***MANUEL JOSÉ OSTOS SAAVEDRA***
DEMANDADO:	***UGPP***
RADICACIÓN:	***11001-31050-17-2016-00564-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INDEXACIÓN PRIMERA MESADA***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MANUEL JOSÉ OSTOS SAAVEDRA instauró demanda ordinaria contra la UGPP con el fin de que se condene a la demandada a indexar la primera mesada pensional con los incrementos del IPC, año a año, en concordancia con la sentencia SU 120 de 2003, desde el 31 de mayo de 1995 (fecha de retiro definitivo del servicio) hasta el 20 de abril de 2003 (fecha del cumplimiento de status de pensionado), así como al pago del respectivo incremento de la pensión jubilación desde el 20 de abril de 2003 y hasta la verificación del pago, junto con los intereses moratorios y lo que resulte probado ultra y extra petita. (fols. 3 y s.s)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: laboró para el servicio del Estado, cotizando al ISS y al fondo CAMINOS VECINALES un total de 1,365 semanas; que cumplió los 60 años de edad el 20 de abril de 2003; que mediante Resolución 10242 del 18 de mayo de 2004, la UGPP le reconoció la pensión de jubilación con una cuantía de $328.019,33 efectiva a partir del 20 de abril de 2003; que el 8 de septiembre de 2015, eleva solicitud a la UGPP para indexar su primera mesada pensional desde el 31 de mayo de 1995 y hasta el 20 de abril de 2003; que mediante Resolución RDP 055510 del 23 de diciembre de 2015, la UGPP negó la reliquidación argumentando que ya se había aplicado el IPC de los años 1994 a 1997, por lo tanto no era pertinente actualizar nuevamente la mesada; que contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación, siendo resuelto por la entidad en Resolución RDP 013386 del 29 de marzo de 2016, confirmando el acto administrativo inicial.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 46); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la UGPP. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que al demandante le fue reconocida una pensión por aportes aplicando el IPC en debida forma, año por año desde la fecha del retiro definitivo del servicio (30 de mayo de 1995), por lo que no es pertinente actualizar su mesada pensional. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios o indexación, falta de título y causa en la parte actora, buena fe e improcedencia de costas procesales y petición individualizada y contra de los medios de prueba. (fols. 75 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de abril del 2018, en la cual el Juzgado en la cual declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas por el demandante y condenó en costas a la parte actora. (CD fol. 122).

Como sustento de su decisión indicó que no se discute la calidad de pensionado del demandante, pues está plenamente demostrado que a través de Resolución No. 10242 del 18 de mayo de 2004, proferida por la extinta CAJANAL EICE, se le reconoció una pensión de jubilación por aportes aplicando las previsiones de la Ley 71 de 1988, a partir del 20 de abril de 2003, en cuantía inicial $328.019,39.

Refirió que para el caso en concreto se tiene que CAJANAL tuvo en cuenta en la resolución de reconocimiento pensionales, los factores salariales que conformaban el IBC, de esa manera se le reconoció la asignación básica del último año y dos meses, aplicando una tasa de remplazo del 75%, por tanto, obtuvo un IBL promediando lo devengado por el trabajador entre el 1° de abril de 1994 al 30 de mayo de 1995, incluyendo asignación básica, horas extras, prima de antigüedad, promedio mensual de 270 días para el año 1994 y para el año 1995, se consideró asignación básica, horas extras y prima de antigüedad.

En ese orden, dijo el sentenciador que el valor promedio mensual tenido en cuenta por la entidad para el año de 1994, incluyó asignación básica $198.036,11, horas extras $1.460,44, prima de antigüedad $8113.75 para un promedio mensual de $207.910,30 lo cual fue actualizado para el momento de proferir la resolución, es decir, para noviembre de 2004, lo que arrojó un promedio de $435.809,73, que al ser tomada la proporción por año se tiene una suma de $280.163,40.

Agregó que el valor promedio mensual del año 1995, incluyó asignación básica $231.332, horas extras $3.102,40 y prima de antigüedad $22.980 para un promedio mensual de $257.414, lo cual, al ser actualizado para noviembre de 2004, arrojó un promedio de $440.147,97, que al ser tomada la proporción por año se obtiene un valor de $157.195,70.

En ese orden, dijo que la entidad obtuvo un promedio total de $437.359,10, valor al cual se el aplicó la tasa de reemplazo del 75%, precisando que la entidad tuvo en cuenta la indexación de la base de la primera mesada pensional, motivo por el cual absolvió de las pretensiones de la demanda.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación argumentando que el demandante se retiró antes de cumplir el status de pensionado por edad, razón por la cual se debe reconocer la indexación de la primera mesada pensional, conforme a los aumentos del IPC año por año, tal como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con la sentencia SU 120 de 2003, teniendo en cuenta el retiro de servicio que lo fue el 31 de mayo de 1995 y la fecha de retiro del servicio, esto es, el 20 de abril del año 2003.

Agregó que de acuerdo a la liquidación presentada en la demanda al demandante se le reconoció la suma de $328.019,33 tal como se evidencia de la misma resolución donde se le concedió la pensión, y en ella se estableció expresamente que para el año 1994, se tuvo en cuenta asignación básica, horas extras y primas de antigüedad, pero en el mismo año 1994, se dice que se aplicó únicamente el IPC del año 1994 al año 1995, siendo que el status de pensionado se cumplió en el 2003, sin que se aplicaran los IPC de los años siguientes, lo cual también ocurrió en el año de 1995.

Finalmente, dijo que el promedio que se tuvo para el año 1995, momento del retiro, lo fue de $437.359,10 al que se le aplicó una tasa del 75%, pero al no haber sido aplicada en debida forma la indexación hasta el año 2003, se considera que no se aplicó por parte de la entidad en debida forma el IPC, precisando que de haberlo hecho se obtendría una mesada de $616.312.

8. Alegatos demandante. Insistió en el reajuste de su pensión teniendo en cuenta el IPC que corresponde a los años 1998 y 2003, lo cual da lugar a una mesada pensional mayor a la reconocida por la encartada.

9. Alegatos demandada. Dijo que la pensión del actor fue debidamente indexada por la entidad demandada de acuerdo a las normas aplicables a su caso particular.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Hay lugar a indexar la primera mesada pensional reconocida al actor mediante Resolución No. 10242 del 18 de mayo 2004, a partir del 31 de mayo de 1995, fecha de retiro del servicio y hasta el 20 de abril 2003, fecha del cumplimiento de la edad?

Calidad de pensionado

No es tema de controversia que al señor MANUEL JOSÉ OSTOS SAAVEDRA le fue reconocida la pensión por aportes contemplada en la Ley 71 de 1988 a partir del 20 de abril de 2003, en cuantía inicial de $ 328.019,33, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y se constata con la copia de la Resolución 10242 del 18 de mayo de 2004 (fols. 23 y s.s.).

Indexación primera mesada

Sostiene el recurrente que la accionada al momento de efectuar la liquidación de la pensión no indexó el IBL desde la fecha de retiro del servicio, esto es, desde el 31 de mayo de 1995 y hasta el 20 de abril 2003, data esta en la cumplió los 60 años.

Al revisarse la Resolución de reconocimiento No. 10242 del 18 de mayo 2004, se tiene que al demandante se le reconoció la prestación bajo lo dispuesto en la Ley 71 de 1988; para la liquidación de la mesada pensional se tuvo en cuenta el promedio de lo devengado dentro de un 1 año y 2 meses anteriores a la fecha de retiro, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tomando en cuenta la asignación básica mensual, horas extras y prima de antigüedad de los años 1994 y 1995, tal como lo indicó el *a quo* y como se evidencia de la documental obrante a folios 23 y s.s.

Sobre este aspecto ha de rememorar la Sala que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señala:

> *"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Indice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"*.

De lo anterior, se colige que por expresa disposición de la norma en comento, la depreciación monetaria que afecta las pensiones fue prevista por el legislador y conjurada a través del mecanismo introducido en el aparte final de la norma en cita.

Conforme a ello y una vez verificada la mesada reconocida por la entidad en la resolución antes dicha, se tiene que la misma arrojó la suma de $ 328.019,33, indicándose que se había tomado los IPC de los años 1994, 1995, 1996 y 1997, sin precisarse que la actualización se efectuaría hasta el año 2003, lo cual sería lo correcto, teniendo en cuenta que fue la fecha de efectividad de la pensión.

Ahora bien, atendiendo la norma antes referida, se realizaron los respectivos cálculos aritméticos, indexando los salarios tanto con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hacía falta al actor para adquirir el derecho a la prestación, como con el con el promedio de lo devengado durante toda la vida laboral, como se observa en la liquidación anexa que hace parte integral de esta decisión, teniendo como resultado una mesada para el año 2003, equivalente a $391.964,82 en el primer caso, o a $274.585,75, por manera que debe tomarse el primer valor referenciado por ser el más favorable, y en efecto es superior al calculada por la entidad demandada, de manera que le asiste razón a la parte actora, en cuanto a la procedencia de su pretensión principal.

En este punto se advierte que la entidad no justifica las razones por las cuales no actualizó la mesada pensional hasta el año 2003 en los actos administrativos posteriores, pues en ellos tan solo señaló que la entidad sí había cometido un error, pero no liquida la prestación con el tiempo le hiciere falta al actor para cumplir su derecho pensional que se comprende entre el 22 de junio de 1986 y el 11 de mayo de 1986 al 30 de mayo de 1995 o con toda la vida laboral, ya que solo consideró 1 año y 2 meses comprendidos entre 1994 y 1995, y simplemente requirió al actor aportar la documentación pertinente para tomar una decisión de fondo, aspecto

sobre el cual no existe discusión, sin pronunciamiento alguno sobre las razones por las cuales no actualizó la mesada a 2003.

Prescripción

A fin de determinar a partir de cuándo deberá la entidad demandada pagar las diferencias causadas, es necesario estudiar la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

Para el efecto, se tiene que al actor se le reconoció la prestación en Resolución No. 10242 del 18 de mayo de 2004, la cual se notificó el 15 de junio de 2004 (fol. 27 v/to) y tan solo reclamó el 8 de septiembre de 2015, solicitud que fue resuelta en la Resolución RDP 055510 del 23 de diciembre de 2015 (fols. 15 y s.s.), frente a la cual se interpuso recurso de apelación, que se desató mediante acto administrativo No. RDP 013386 del 29 de marzo de 2016, notificado el 13 de abril de 2016 (fols. 17y s.s.), por consiguiente, habrá de declararse la excepción de prescripción de manera parcial respecto del reajuste de las mesadas pensionales generadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2012.

Intereses moratorios

Quedó establecido que la entidad demandada no pagó la totalidad de la pensión que correspondía al actor, por tanto, resulta evidente la mora respecto a las diferencias por concepto de mesadas pensionales insolutas, pues las mismas no dejan de tener la misma naturaleza de la pensión, resultando procedentes los intereses moratorios cuya finalidad no es otra que resarcir los perjuicios que se causen a los pensionados.

Además, siguiendo la enseñanza de la Corte Constitucional, resulta claro que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se aplica a toda clase de pensiones y no está sujeta a condiciones o requisitos distintos al incumplimiento de la respectiva obligación pensional, sin miramientos o análisis de responsabilidad, buena fe, cumplimiento o cualquier otra eventual circunstancia, por ello, no hay explicación para no hacerla extensiva a los montos pensionales dejados de cancelar, cuando es obvio que hacen parte de dichas mesadas pensionales.

Sumado a lo anterior, no puede pasarse por alto que la CSJ en sentencia SL3130-2020, revaluó su criterio respecto de la improcedencia de los intereses moratorios en relación con los reajustes o reliquidaciones pensionales, al considerar que "*… no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata de reajustes de la pensión, pues eso no es lo que se deriva de la norma, interpretada de manera racional y lógica.*"

Lo anterior, al precisar la Alta Corporación que:

> *"(…) como antaño se había dicho en la sentencia CSJ SL, 2 may. 2002, rad. 17664, la Corte debe partir de la base de que «[…] el legislador no distinguió clase, fuente u otras calidades de la pensión», ni limitó expresamente la procedencia de los intereses moratorios al hecho de que se adeudara la totalidad de la mesada y no solo una parte de ella.*
>
> *En efecto, si se observa con detenimiento el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se puede notar que el legislador no hizo diferenciación alguna a la hora de establecer los intereses moratorios, ni en función de la clase de pensión legal*

que les sirviera de base, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL1681-2020, ni teniendo en cuenta si se trataba del pago completo de la mesada pensional o tan solo de algún saldo.

Siendo ello así, lo primero que se debe consentir es que ni siquiera una interpretación literal de la norma llevaría a la conclusión que hasta ahora sostenía la Corte, en virtud de la cual los intereses moratorios solo proceden en los casos de mora en el pago completo de la mesada pensional y no como consecuencia de algún reajuste, pues eso no es lo que reza el texto de la disposición.

Para dar cuenta del anterior aserto es importante tener en cuenta que la norma consagra los intereses moratorios, en forma pura y simple, «[…] en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales […]», además de que, en términos jurídicos, la mora en el cumplimiento de una obligación, como el pago de la mesada pensional, se produce tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su pago incompleto o deficitario. En este punto la mora esta conceptualmente ligada al pago de las obligaciones, entendido este, según el artículo 1627 del Código Civil, como «la prestación de lo que se debe», de manera que, mientras no se produzca este pago, en forma adecuada, oportuna y completa, la mora sigue produciendo todas sus consecuencias materiales y reales.

(…) En esas condiciones, si los intereses moratorios tienen como finalidad reparar los perjuicios ocasionados al pensionado por la mora en el pago de su respectiva pensión, es imperioso reconocer que deben tener procedencia tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva."

Así las cosas, se ordena reconocer los mismos, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 9º de la Ley 797 de 2003 y 4º de la ley 700 de 2001, los cuales establecen que las entidades tienen un plazo de 4 meses para reconocer la prestación, contados a partir del momento en que se eleva la solicitud para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.

En ese orden de ideas, se tiene que el accionante solicitó la reliquidación pensional el 8 de septiembre de 2015 (fol. 15), por lo que la entidad tenía hasta el 8 de enero de 2016, para reconocer la prestación de manera correcta, situación que no hizo, en tal sentido los intereses moratorios correrán desde el 9 de enero de 2016 sobre los montos o diferencias de cada una de las mesadas causadas y dejadas de cancelar, y hasta que se haga efectivo su reconocimiento y pago, para lo cual la accionada deberá aplicar la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificado por la Superintendencia Financiera.

Conforme a lo anterior y sin más consideraciones, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para en su lugar ordenar el reajuste de las mesadas pensionales reconocidas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de abril de 2018, para en su lugar DECLARAR que la mesada pensional del actor para el 20 de abril de 2003, corresponde a la suma $391.964,82 y no a la señalada en la Resolución No. 10242 del 18 de mayo de 2004.

SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP a reajustar las mesadas pensionales del actor a partir 8 de septiembre de 2012, teniendo como mesada pensional para el año 2012, la suma $599.234,16.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción sobre el reajuste de las mesadas pensionales con anterioridad al 8 de septiembre de 2012.

CUARTO: CONDENAR a la UGPP a reconocer los intereses moratorios a partir del 9 de enero de 2016, sobre cada una de las diferencias de las mesadas pensionales causadas y no pagadas hasta que se haga efectivo su pago, aplicando la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificado por la Superintendencia Financiera.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la UGPP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
Salva voto

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ YENNY RODRIGUEZ RUBIANO***
DEMANDADO:	***AGRUPACIÓN DE LOTES LAS AMÉRICAS CLUB RESIDENCIAL PH***
RADICACIÓN:	***04-2018-00577-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO – LEY 361***

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

Teniendo en cuenta que el presente proceso se encuentra entre las excepciones dispuestas por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Yenny Rodríguez Rubiano instauró demanda ordinaria contra la Agrupación de Lotes las Américas Club Residencial PH con el fin de que se condene a la demandada a mantener su reintegro al cargo que venía desempeñando al momento de su despido, con las mismas funciones, jornada laboral y forma de pago de su salario. Asimismo, solicita que *"En la eventualidad de que al momento de emitirse fallo de instancia la demandada haya desvinculado laboralmente a la demandante, la orden por impartirse ha de ser de su reintegro inmediato al cargo que venía ejerciendo al momento de su primigenia vinculación sin solución de continuidad, y, al reconocimiento y pago de los salarios, seguridad social, pensiones y, demás prestaciones sociales y salariales dejadas de cancelar en razón a su desvinculación."*

Finalmente, solicita la indemnización de que trata el artículo 36 de la Ley 361 de 1997 y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; subsanación 78 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios a favor de la demandada a través de un contrato de trabajo a término fijo, desde el 1º de agosto de 2017, siendo el término final el 1º de marzo de 2018; que desempeñó el cargo de Asistente Administrativo y percibió un salario equivalente a $1.000.000; que desde el mes de diciembre de 2017 presentó quebrantos de salud, motivo por el cual le fueron ordenadas distintas incapacidades hasta el 5 de abril de 2018, las que fueron debidamente notificadas a la parte empleadora; que el 2 de febrero de 2018, a pesar que se encontraba incapacitada, recibió por correo certificado carta mediante la cual se le comunicó que su contrato no sería

renovado, lo cual en efecto ocurrió, pues el vínculo laboral feneció el 1º de marzo de 2018.

Que el 20 de febrero de 2018 solicitó vía correo electrónico dirigido a la representante legal de la demandada, revocar la decisión de no renovar el contrato de trabajo; que el 1º de marzo de 2018 formuló acción de tutela contra la parte accionada, en la cual puso de presente que la anterior solicitud aún no había sido contestada y que había sido despedida sin la autorización previa del Ministerio del Trabajo; que mediante sentencia del 2 de abril de 2018, el Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, amparó sus derechos fundamentales y ordenó su reintegro sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando antes de su vinculación, así como el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema Integral de Seguridad dejados de pagar y las que se causen hasta que subsista el vínculo contractual, finalmente, ordenó a la demanda mantenerla en su cargo hasta que la Justicia Ordinaria Laboral resuelva de fondo lo solicitado en la acción constitucional.

Que el 12 de junio de 2018 la demandada dio cumplimiento al fallo de tutela y procedió a reintegrarla, pero modificó sus condiciones laborales, pues estableció un horario de trabajo distinto al inicialmente pactado, ya que debía laborar de martes a viernes de 11:00 a.m. a 8:00 p.m. con una hora de almuerzo, así como de sábado a domingo de 9:00 a.m. a 12:00 m. y de 2:00 p.m. a 7:00 p.m.; que en carta del 27 de julio de 2018, comunicó a la parte empleadora que el cambio de su jornada de trabajo no era producto de un acuerdo de voluntades, además que no estaba en condiciones de prestar el servicio los fines de semanas, ya que es madre cabeza de familia de cuatro hijos, por tanto, solicitó restablecer su horario y que el pago de su salario se continuara efectuando de manera quincenal; que lo anterior fue negado por la demandada bajo el falso argumento de haber sido aprobado por ella; que desde que fue reintegrada la demandada ha incurrido en conductas de acoso laboral, lo cual le ha generado afectación a su estado físico y mental, y es por ello que requirió atención por Medicina Física y Rehabilitación, Psiquiatría, Nutrición y Dietética, y Clínica del dolor.

2. Contestación de la AGRUPACIÓN DE LOTES LAS AMÉRICAS CLUB RESIDENCIAL PH. Dio contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante nunca se desvinculó y se reincorporó a su cargo el 12 de junio de 2018, dado que la última de sus incapacidades vencía el día anterior.

Agregó que, a pesar del fallo de tutela la accionante siempre estuvo vinculada al Sistema de Seguridad Social Integral; además, precisó que los cambios en su horario de trabajo se ajustan a lo establecido en el contrato suscrito por las partes. Propuso como excepciones de fondo las de ausencia de fundamento factico para demandar o ausencia de controversia por el principio de efectividad, falta o ausencia de derecho para demandar y solicitar horarios o pagos, ausencia manifiesta para demandar, falta de causa para pedir, basada en la doctrina de la sustanciación, nadie puede ser escuchado alegando su propia torpeza, ejecución de actos contrarios al principio de eficacia, pago efectivo de salarios, prestaciones y seguridad social y caducidad de las acciones por vencimiento del lapso fijado en la tutela para presentar la demanda y solicitudes ante el juez laboral, atendiendo la temporalidad de las medidas tomadas en la misma. (fols. 93 y s.s.; subsanación fols. 203 y s.s.).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de mayo del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra y condenó en costas a la demandante. (CD fol. 210).

Su decisión se basó en que no media discusión en cuanto a la existencia de la relación laboral, pues la demandada aceptó que suscribió con la actora un contrato a término fijo desde el 1º de agosto de 2017 hasta el 1º de marzo de 2018, lo cual se corrobora de la documental allegada al proceso

Agregó que para el momento en que la empresa dio por terminado el contrato de trabajo, esto es, el 1º de marzo de 2018, a la demandante no se le había determinado ninguna incapacidad permanente parcial de origen profesional o común, tampoco se encontraba calificada, de manera que no puede considerarse como una persona en estado de debilidad manifiesta, precisando que ninguna prueba acredita que hubiere sido calificada por lo menos con el 15% de pérdida de capacidad laboral, para tenerla como una persona con limitación moderada.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que *"No comparto la motivación de la decisión en razón a que en efecto documentalmente está probada la incapacidad que venía sufriendo la demandante y aparece el reporte de su EPS, en consecuencia, más que existiera una calificación de la Junta Regional laboral frente a la pérdida de capacidad laboral, es evidente que ella venía soportando una deficiencia en su salud, ese en últimas termina siendo el objeto real por el cual la demandada sin autorización previa termina despidiendo a la demandante, en consecuencia, y con el objeto de que en segunda instancia se revoque la decisión en este momento impugnada, ruego darle trámite positivo a la apelación."* (CD fol. 210).

5. Alegatos demandada. Manifestó que en el presente caso no hubo desvinculación de la trabajadora ni solución de continuidad en la relación laboral, impidiendo esta circunstancia la aplicación de la sanción pedida. Agregó que no hubo espacio o lapso alguno en que la trabajadora no devengara su salario y prestaciones, ni siquiera entre la carta de despido y su reintegro, de tal manera que el despido aducido en la demanda no tuvo lugar. Agregó que la accionante ha incurrido en omisiones y faltas en el desarrollo de sus obligaciones, de suerte que ahora no puede presentarse como la cumplidora del objeto del contrato.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Si a la fecha de terminación del vínculo laboral la actora se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, si la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

De la relación laboral

No existe discusión en esta instancia en cuanto a que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término fijo, el cual estuvo vigente entre el 1º de agosto de 2017 y el 1º de marzo de 2018, en virtud del que la demandante se desempeñó como asistente administrativo, pues así lo definió el Juzgado de primera instancia, y ello no fue reprochado a través del recurso de apelación.

Ahora bien, se tiene que la actora fue reintegrada al cargo que venía desempeñando a la fecha de terminación del vínculo, por virtud del amparo transitorio concedido a través del fallo de tutela proferido el 2 de abril de 2018, por el Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías (fols. 186 y s.s.).

Finalmente, se observa que conforme a lo manifestado por la testigo Pilar Montenegro Mota (CD fol. 207), la demandante en la actualidad ya no presta sus servicios a favor de la encartada, pues presentó renuncia el 30 de enero de 2019.

De la estabilidad laboral reforzada

En cuanto al problema jurídico relacionado con establecer si la empresa actúo de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de la terminación del vínculo laboral, la Sala decisión debe recordar que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues dicha finalización corresponde al 1º de marzo de 2018. Lo anterior, como quiera que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación.

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

De esta manera, resulta claro para esta Colegiatura que la garantía de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solo se aplica a las personas que acrediten tener una limitación moderada, severa o profunda o tengan la calidad de discapacitados, sino también a quienes su situación de salud les impida desarrollar su potencial laboral y acceder a un nuevo puesto de trabajo, es decir, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta y ello amenace el derecho a su mínimo vital y el de su núcleo familiar. En otras palabras, la protección laboral reforzada se erige como un mecanismo para evitar la discriminación laboral por razón del estado de salud de un trabajador.

Frente a este tema resulta oportuno destacar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el pasado 11 de abril de 2018, profirió la sentencia SL1360 de 2018, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, recogiendo el razonamiento que dicha corporación traía frente al tema de la estabilidad laboral, específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estableciendo como criterio decisional la postura de que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, permitiendo deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador por su empleador el de que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado deficitario de salud, a menos que el empleador demuestre en juicio objetivamente la ocurrencia real de una justa causa que permita desvirtuarla.

Adicionalmente clarifica la Sala de Casación Laboral que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio, resultando necesario que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable, en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa; por lo que la invocación de una justa causa legal, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la justa causa, so pena de que se declare la ineficacia del despido.

En uno de sus apartes principales, ultima la Corte:

> *«a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.*
> *b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*
> *c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas».*

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019 estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que

conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

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

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

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

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la parte demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar una causa legal y objetiva para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Al revisar las pruebas allegadas al expediente la Sala evidencia que la demandante fue incapacitada desde el 15 de diciembre de 2017 al 6 de marzo de 2018, como se observa de las documentales vistas a folios 20 a 24 y 121 y s.s., a causa de un Transtorno Interno de la Rodilla no Especificado (fol 122), circunstancia que fue de conocimiento de la parte empleadora, pues esta allegó con la contestación de la demanda, entre otras cosas, las distintas incapacidades que presentó la convocante antes de terminar el vínculo el 1º de marzo de 2018.

Por tanto, al momento de la terminación del vínculo que lo fue en la última fecha anotada, la accionante presentaba un estado de salud que le impedía ejecutar su labor, en tanto a dicha data se encontraba incapacitada a causa de la afectación que presentaba su rodilla, circunstancia que, se reitera, era de conocimiento de la empleadora.

Así las cosas, procede la Sala a verificar si la terminación del vínculo laboral obedeció a una causa legal y objetiva, para lo cual ha de destacarse lo que al respecto ha indicado la CSJ en la sentencia SL2586-2020, sobre esa forma de terminación en tratándose de contratos de trabajo a término fijo:

"La causa objetiva o principio de razón objetiva es un aspecto que debe buscarse en los hechos, en la realidad. Por tanto, la causa objetiva no necesariamente coincide con las causas jurídicas de terminación de los contratos de trabajo. Por ejemplo, la decisión unilateral del empleador, aunque es una causal de terminación de los contratos (lit. h, art. 61 CST), no necesariamente es una causa objetiva. De esta forma, causa objetiva y causal legal de terminación de los contratos no siempre coinciden, de manera que habrá causas legales de terminación en los que el componente subjetivo se encuentran presente.

En los contratos a término fijo, si bien la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo laboral (lit. c, art. 61 CST), esto no significa que por ello sea objetivo. Y no lo es, porque es eminentemente subjetivo cuando quiera que las partes tienen la facultad de terminarlo o prorrogarlo; dicho de otro modo, la terminación del contrato esta permeada por la voluntad unilateral del empresario o del trabajador de no prorrogarlo. Tan es así que, de no existir el preaviso o la decisión unilateral de no seguir con el vínculo, el contrato a término fijo se prorroga indefinidamente. Es decir, la terminación del contrato por vencimiento del plazo no es un suceso natural que ocurra por sí solo; antes, media la expresa voluntad de alguna o de ambas partes, en caso contrario, continua en vigencia el vínculo laboral.

(…)

Por lo anterior, es deber del interprete judicial buscar una solución respetuosa de los derechos de los trabajadores en el contexto de los contratos a término fijo, pues esta modalidad no es una coraza compacta y hermética que impida la vigencia de los derechos fundamentales en su interior. Tampoco dota al empleador de un poder omnímodo en la empresa ni una licencia para inobservar los derechos fundamentales en el trabajo.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no establece un privilegio exclusivo para los trabajadores con contrato a término indefinido. Por el contrario, su texto alude que ninguna persona «podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad», de modo que la garantía se despliega a todas las modalidades contractuales. En idéntico sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU-049-2017 refirió que la estabilidad laboral reforzada «aplica a todas las alternativas productivas», premisa que se reiteró en sentencia T-118- 2019 al señalarse que la garantía engloba a «cualquier modalidad de contrato».

Adicionalmente, la protección de las personas con discapacidad la garantizan normas de alta jerarquía y amplio espectro, como los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución Política y hoy en día la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que, sin duda, están llamados a operar en todas las formas contractuales. Lo contrario implicaría establecer distinciones donde la Constitución y ley no las hacen, peor aún, conllevaría a afirmar que los derechos fundamentales en el trabajo son una conquista exclusiva de los empleados tradicionales y no de los trabajadores en general.

Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. ***Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato****.*

En tal sentido, como dueño de la actividad empresarial, ***el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada"*** *(negrillas fuera de texto)*

Analizado el caso concreto se tiene en primer lugar que la demandada en su contestación indica que la demandante nunca fue realmente desvinculada de su cargo, pues una vez terminó su última incapacidad ésta se reincorporó para el cumplimiento de sus funciones, de manera que a su favor se continuaron pagando salarios, incapacidades y parafiscales.

Al respecto, se tiene que contrario a lo afirmado por la demandada, en el presente caso se encuentra plenamente acreditado que el vínculo laboral sí fue terminado específicamente para el día 1º de marzo de 2018, pues a folio 25 obra carta de la convocada dirigida a la actora de fecha 24 de enero de 2018, cuando ésta se encontraba aun en incapacidad, en la cual se le informó que *"Nos permitimos comunicarle que, según consta en su contrato de trabajo, la fecha de terminación es el próximo primero (1ro) de marzo de 2018, el cual no será prorrogado ni renovado. Le agradecemos de antemano la colaboración prestada hasta la fecha término de contrato."*

A lo anterior, se suma que mediante comunicación de fecha 20 de febrero de 2018, la actora solicitó ante la demandada la revocatoria de la comunicación mencionada en el párrafo precedente (fols. 30 y s.s.), frente a lo cual la encartada mediante misiva visible a folio 25 le informó que su condición de salud no es la razón por la cual el contrato se termina, pues el mismo llegó a su término y la *"ley permite, con el cumplimiento de las normas, dar por terminado el negocio jurídico existente entre la copropiedad y usted como en efecto acaeció"*.

Asimismo, nótese que la empleadora procedió a reconocer a favor de la demandante la liquidación del contrato de trabajo con fecha de terminación 1º de marzo de 2018, tal y como dan cuenta las documentales visibles a folios 164 y 170.

Por tanto, es claro que el 1º de marzo de 2018 terminó por vencimiento del plazo pactado el contrato existente entre las partes, esto es, por una causa de terminación legal, de acuerdo a lo previsto en el literal c del art.61 del CST; sin embargo, no puede concluirse que dicho finiquito fue objetivo, según los términos definidos por la jurisprudencia anteriormente citada, ya que en el presente caso la parte demandada no acreditó que para la fecha de terminación ya no existían las causas que dieron origen y materia al trabajo, , en otras palabras, que se hubieran extinguido o agotado las actividades para las cuales fue contratada la trabajadora como Asistente Administrativa, conforme lo estatuido en numeral 2 del art. 47 del CST y el precedente fijado por nuestra máxima corporación de justicia Constitucional, en las sentencias T-765 de 2015, T-521 de 2016 y T-151 de 2017 y por nuestra alta corporación de justicia Ordinaria en la sentencia SL 2586 de 2020.

En estas condiciones, resulta claro que en el presente caso opera la protección de que trata la Ley 361 de 1997, en la medida que la demandada no demostró contar con la autorización del Ministerio del Trabajo para no prorrogar el contrato de trabajo, siendo entonces ineficaz la terminación del mismo, pues la finalidad de tramitar dicho permiso no es otro que corroborar la situación fáctica que describe la causa legal de despido y así garantizar el derecho al trabajo de la persona que presenta limitaciones físicas o psíquicas para desempeñar su trabajo habitual, como lo precisó nuestra Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-531 de 2000.

La consecuencia de la ineficacia no es otra que el restablecimiento o reanudación del contrato, sin embargo, en el caso analizado ya se materializó el reintegro de la accionante en la medida que el mismo ya tuvo lugar desde el 2 de abril de 2018, como la propia trabajadora lo indicó en el hecho 14 de su demanda, lo cual se sustentó en la orden de tutela proferida por el Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, quien impartió la orden de manera transitoria hasta que la justicia ordinaria resolviera de fondo la controversia (fols. 186 y s.s.).

En este punto, cumple aclarar que la Sala no impondrá condena por los salarios y prestaciones debidas desde el 1º de marzo de 2018, en la media que la demandante en sus pretensiones simplemente solicitó mantener el reintegro laboral en el cargo para el cual fue contratada por la demandada antes de ser injustamente despedida en la fecha en mención, con las mismas funciones, jornada laboral y forma de pago de su salario, siendo claro que no reclama las acreencias laborales, lo cual entiende la Sala, se debe a que ya le fueron reconocidas.

Ahora, aunque la demandante actualmente se encuentra desvinculada de la convocada como refirió la testigo Pilar Montenegro Mota (CD fol. 207) quien declaró como administradora de otras etapas del conjunto distintas a la etapa para la cual trabajó la actora, y en la demanda se solicitó que *"En la eventualidad de que al momento de emitirse fallo de instancia la demandada haya desvinculado laboralmente a la demandante, la orden por impartirse ha de ser de su reintegro inmediato al cargo que venía ejerciendo al momento de su primigenia vinculación sin solución de continuidad, y, al reconocimiento y pago de los salarios, seguridad social, pensiones y, demás prestaciones sociales y salariales dejadas de cancelar en razón a su desvinculación"*, lo cierto es que no es procedente ordenar una nueva reinstalación de la accionante, en la medida que la testigo ya referida, indicó que la convocante renunció el 30 de enero de 2019, siendo claro que el contrato no terminó en esta última data por voluntad del empleador.

En ese orden, únicamente habrá de condenarse a la demanda a que reconozca y pague a favor de la demandante 180 días de salario a título de indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la cual equivale a $6.000.000, teniendo como base el salario de $1.000.000 pactado en el contrato de trabajo (fol. 56).

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 15 de mayo del 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, DECLARAR la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo efectuada por la Agrupación de Lotes las Américas Club Residencial PH a la señora Luz Yenny Rodríguez Rubiano, entendiéndose reanudado o reestablecido el vínculo laboral desde el 1 de marzo de 2018 hasta el 30 de enero de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la Agrupación de Lotes las Américas Club Residencial PH a reconocer y pagar a favor de la señora Luz Yenny Rodríguez Rubiano, identificada con la cédula de ciudadanía número $52.875.192, la suma de $6.000.000, a título de indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, debidamente indexada al momento del pago. por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia,

TERCERO. - ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la demandada.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JESÚS GUSTAVO GUERRERO TORO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y AFP PORVENIR***
RADICACIÓN:	***11001-31050-18-2018-00382-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA MINISTERIO DE HACIENDA***
TEMA:	***DEVOLUCIÓN SALDOS-BONO PENSIONAL***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIÉRREZ ORTIZ como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JESÚS GUSTAVO GUERRERO TORO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE que el demandante tiene derecho a la devolución de sus aportes, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993; en consecuencia, se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a Colpensiones a emitir su bono pensional a favor de la AFP Porvenir S.A., asimismo, se condene a la AFP en mención a reconocer y pagar a su favor la devolución de saldos, junto con la indexación de las sumas adeudadas, la cual debe ser asumida por todas las entidades convocadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s; subsanación fol.43).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: prestó sus servicios para distintas empresas privadas, quienes efectuaron los aportes a pensión con

destino al ISS hoy Colpensiones; que con posterioridad se afilió a la AFP *"Colfondos"*; que de manera paralela trabajó al servicio del Magisterio, motivo por el cual mediante Resolución 1247 del 30 de marzo de 2013, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión de jubilación con base en los aportes efectuados por las entidades del Estado con las cuales laboró como docente oficial; que solicitó a Colpensiones el traslado de sus aportes hacia la AFP Porvenir, lo cual le fue negado por dicha entidad; que peticionó a la AFP Porvenir la devolución de sus aportes, no obstante la administradora en mención mediante oficio 0100222084943600 manifestó la imposibilidad de solicitar el bono pensional, por cuanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no autorizó la emisión del mismo; que solicitó ante el ente ministerial en mención la emisión del bono pensional, lo cual le fue negado por la entidad, argumentando que se encontraba pensionado por parte del Magisterio.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 46 a 48); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el demandante se trasladó de régimen pensional, motivo por el cual la entidad efectuó el traslado de sus aportes y el respectivo bono pensional a favor de la AFP Porvenir. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fols. 56 y s.s.).

4. Contestación de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el actor no se encuentra válidamente afiliado al RAIS, por tratarse de una persona excluida al Sistema de Seguridad Social Integral de que trata la Ley 100 de 1993, conforme a su artículo 279. Agregó que en caso de considerarse válida esa afiliación, el actor estaría pretendiendo dos asignaciones provenientes del tesoro público (pensión de jubilación del Magisterio a cargo de la Nación y bono pensional financiado con recursos públicos), lo cual contraría el artículo 128 de la CP. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación a cargo de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reconocimiento del respectivo beneficio pensional a cargo del ISS y no de la Nación-Ministerio de Hacienda, y la genérica. (fols. 67 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PORVENIR. Dio contestación con oposición a las pretensiones de la demanda excepto la relacionada con el reconocimiento del bono pensional, argumentando que ya pagó la totalidad de los saldos existentes en la cuenta individual del demandante, esto es, aportes pensionales y rendimientos financieros por un valor de $87.658.786. Agregó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene una restricción sobre el bono pensional del actor y por ello no pudo incluirlo en la devolución de saldos, no siendo la responsable de su emisión, redención y pago, pues este trámite es de

competencia exclusiva y excluyente del Ministerio o del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, petición antes de tiempo, bono pensional no emitible. (fols. 97 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de noviembre de 2019, en la cual el Juzgado condenó a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público a trasladar el bono pensional del demandante a la AFP Porvenir, por el período cotizado por Colpensiones; ordenó a la AFP Porvenir a recibir el valor del bono pensional del demandante, y realizar nuevamente el estudio pensional de este, a fin de determinar si tiene derecho o no a una pensión de vejez, o si por el contrario a la devolución de saldos; absolvió a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las demás pretensiones; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas al ente ministerial. (CD fol. 180).

Como sustento de su decisión indicó que no existe discusión en cuanto a que el demandante se encuentra pensionado por el fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 1º de julio de 2010 por los tiempos de servicios prestados al Ministerio de Defensa Nacional entre el 16 de noviembre de 1981 y el 16 de diciembre de 1987 y a la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 10 de septiembre de 1981 hasta el 30 de noviembre de 1981, así como desde el 23 de mayo de 1994 hasta el 30 de junio de 2010.

De otro lado, adujo que conforme a la historia laboral expedida por Colpensiones obrante en el expediente el demandante prestó sus servicios para diferentes entidades de naturaleza privada, quienes efectuaron cotizaciones a su favor entre el 1º de febrero de 1982 hasta el 31 de diciembre de 2000, para un total de 629,43 semanas, además, con posterioridad solicitó su traslado al RAIS encontrándose actualmente afiliado a la AFP Porvenir.

Adujo que la CSJ en sentencia 40.848 ya había señalado que no existen razones atendibles para concluir que la pensión de jubilación reconocida a un docente del Magisterio es incompatible con la pensión de vejez que pueda obtener ante el ISS o las administradoras de fondos de pensiones cuando ha realizado cotizaciones de carácter privado. Así, precisó que como la pensión legal reconocida al demandante no implicó la consideración de semanas cotizadas en virtud de los servicios prestados a las personas jurídicas privadas, sumado a que se encontraba obligado a cotizar al Sistema General de Pensiones, tiene derecho a la devolución de saldos por esos tiempos, con la inclusión del bono pensional, precisando que en sentencia 41.001 del 17 de julio de 2017, la CSJ indicó que el mismo no presenta incompatibilidad con la pensión de jubilación del docente.

Finalmente, adujo que no debe hacerse ningún pronunciamiento en relación con Colpensiones, en cuanto que el actor ya no se encuentra afiliado a dicha entidad, y precisó que en el presente caso no se encuentra configurada la excepción de prescripción.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** interpuso recurso de apelación

argumentando que no es cierto que la entidad haya indicado que los tiempos cotizados por el actor a Colpensiones estuvieren financiando la pensión que le fue reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, precisando que su negativa surge más bien de la financiación de los bonos pensionales, pues aunque se liquidan con base en el historial de aportes que el afiliado al RAIS haya efectuado al entonces ISS, no por ello se financian con el valor de los mismos, máxime que todavía se encuentran depositados ante la entidad que se cotizaron, que para el caso corresponde a Colpensiones.

Agregó que el bono pensional conforme al artículo 121 de la Ley 100 de 1993 se reconoce con cargo a los recursos públicos de la Nación, emitiéndose por tanto un título de deuda pública; asimismo, señaló que debe considerarse el principio de sostenibilidad del sistema, en tanto que al actor se le reconoció una pensión por su labor como docente oficial y al tiempo pretende un bono pensional que es mucho más oneroso que los aportes efectuados por él en su momento ante Colpensiones, por tanto, se debe ordenar a esta entidad que proceda a trasladarlos a la AFP Porvenir para que le sean reconocidos al accionante.

Finalmente, dijo que este Tribunal ha proferido decisiones en las cuales se reconoce la incompatibilidad de la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio y el bono pensional, además, indicó que la sentencia de la CSJ citada por el Juzgado (41001) hace referencia a otra situación, en la que se reconoce la procedibilidad de una pensión de vejez del RPMP y en este caso se pretende es el reconocimiento de un bono pensional.

8. Alegatos Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Solicitó revocar la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, pues el señor Jesús Gustavo Guerrero Toro es beneficiario de una pensión otorgada por el FOMAG, situación que a su juicio imposibilita el reconocimiento de un Bono Pensional Tipo A, beneficio pensional que es reconocido con cargo a los recursos públicos de la Nación, además de ser incompatible con el reconocimiento pensional reconocido por el FOMAG. Agregó que el accionante tendría derecho a que el ISS (hoy Colpensiones) le traslade a la AFP Porvenir los aportes que en su momento fueron realizados a dicho instituto, para que la AFP en mención los integre a la devolución de saldos o pensión que le otorgaría a éste, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 11 del Decreto 3995 de 2008.

9. Alegatos Colpensiones. Manifestó que las pretensiones se dirigen a obtener la devolución de saldos por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., así como la emisión de un bono pensional, de lo cual no es competente Colpensiones, por lo que se ha configurado una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de dicha entidad.

10. Alegatos AFP Porvenir. Indicó en relación con el bono pensional que ello es del resorte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad que no permite que el mismo se emita y se pague, para que se vea reflejado en la cuenta de ahorro individual del demandante y se incluya en la respectiva devolución de saldos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Y se conocerá en consulta en su favor en lo que le haya sido desfavorable por no haber apelado de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establece:r ¿El bono pensional reconocido por el Juzgado a favor del actor es incompatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio?

De la calidad de pensionado

Se encuentra probado dentro del proceso que mediante Resolución 1247 del 30 de marzo de 2012, la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a favor del señor Jesús Gustavo Guerrero Toro, una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 1º de julio de 2008, en cuantía inicial de $1.818.044, la cual tiene como origen los tiempos de servicios prestados por el actor al Ministerio de Defensa Nacional entre el 16 de noviembre de 1981 y el 16 de diciembre de 1987, a la Secretaría de Educación de Bogotá (temporal) entre el 10 de septiembre de 1981 y el 30 de noviembre de 1981 y a la Secretaría de Bogotá (tiempo completo) entre el 23 de mayo de 1994 y el 30 de junio de 2010 (fols. 136 y s.s.).

Ahora bien, conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones, se observa que el actor se afilió al RPMPD administrado por el entonces ISS el 1° de febrero de 1982, dentro del cual realizó sus aportes a través de distintos empleadores de naturaleza privada hasta el 31 de diciembre de 2000, completando un total de 629,43 semanas de cotización (fol. 29).

El 7 de febrero de 1996, el demandante suscribió formulario de vinculación al RAIS a través de la AFP Porvenir, a la cual se encuentra actualmente afiliado. (fol. 108).

De la incompatibilidad alegada entre el bono pensional y la pensión de jubilación reconocida al demandante

En punto al problema jurídico relacionado con la incompatibilidad del bono pensional y la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha de recordar la Sala lo que al respecto ha indicado de manera reiterada y pacífica la CSJ, entre otras en la sentencia SL2655 de 2018, según la cual el docente oficial al estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le resulta válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión

de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

También indicó la Alta Corporación al rememorar la sentencia del 6 de diciembre del 2011, radicado 40848, que en virtud del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tienen la posibilidad de que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación, caso este en el cual, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

En ese orden, resalta la Corte que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que, al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Igualmente, indicó la CSJ que los reglamentos del ISS -a lo que hay que sumarle lo establecido en la Ley 100 de 1993- no restringen la posibilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, antes bien, de su contenido lo que se colige es que son afiliados forzosos al Sistema, de manera que sus empleadores se encuentran obligados a vincularlos y a sufragar los correspondientes aportes, hasta tanto permanezca vigente la relación laboral.

También precisó la CSJ, específicamente en la sentencia SL2649-2020, en lo que se refiere a la incompatibilidad que en el presente caso alega la parte recurrente por infracción del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, decisión en la que además se dilucida un caso análogo al que concita la atención de la Sala, *"que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor".*

Por tanto, concluyó que es posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, cuando las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo fueron realizadas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, en todo caso, son diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

Lo anterior, fue igualmente señalado por la CSJ en la sentencia SL451-2013, en la que adoctrinó:

> *"En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una*

eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional."

En ese orden, encuentra la Sala que independientemente del precedente que haya sido tomado por el Juzgado para reconocer el bono pensional a favor del actor, en las decisiones citadas con anterioridad (SL SL2649-2020 y SL451-2013), en las que se dilucidaron casos similares al aquí planteado, pues los demandantes pretendieron el reconocimiento del bono pensional que les fue negado por sus condiciones de pensionados del FOMAG, la CSJ sí ha definido de manera clara la compatibilidad del mismo y la pensión de jubilación adquirida como docente del Magisterio, siendo preciso advertir que la Sala no encuentra ninguna razón atendible para apartarse de dicho precedente, por lo que considera que acertó el fallador de primera instancia al ordenar el Ministerio demandado el reconocimiento del bono pensional a favor del actor, sobre todo porque el mismo resulta procedente por cotizaciones realizadas al entonces ISS antes de trasladarse al RAIS, a través de empleadores de naturaleza privada que claramente no fueron consideradas para el reconocimiento de su pensión de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción ha de destacarse que tal y como lo indicó la CSJ, entre otras, en la sentencia SL4879-2019, la devolución de saldos abarca las cotizaciones o aportaciones que hizo el afiliado a su cuenta de ahorro individual, con el fin de estructurar el capital para financiar su pensión de vejez, así como el bono pensional, lo cual se encuentra orgánicamente vinculado con la calidad de pensionado que precipita la imprescriptibilidad de la acción, por tanto carece de vocación de prosperidad de dicho medio exceptivo.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se fijan como agencias en derecho la suma de $877.803, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***MARIA DEL CARMEN GARZÓN AGUILERA***
DEMANDADO: ***AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN: ***11001-31050-20-2018-00180-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio de 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARIA DEL CARMEN GARZÓN AGUILERA instauró demanda ordinaria contra la AFP PORVENIR con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a su favor en calidad de madre del afiliado fallecido Álvaro Ernesto Garzón Garzón, desde el 15 de abril de 2017, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: el 18 de noviembre de 1978 contrajo matrimonio con el señor José Álvaro Garzón Garzón, de cuya unión nacieron 4 hijos, entre ellos, Álvaro Ernesto Garzón Garzón; que su hijo prestó servicios a favor de la empresa Antea Group entre el 4 de abril de 2011 y el 15 de abril de 2017, fecha ésta en que falleció a causa de una enfermedad laboral llamada Istoplasmosis; que dependía económicamente de su hijo fallecido quien le reconocía la suma de $600.000; que el 13 de octubre de 2017 solicitó ante la ARL Sura el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada por dicha entidad.

2. Contestación de la AFP PORVENIR. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la enfermedad que padeció el causante es de origen profesional, razón por la cual la pensión de sobrevivientes fue reconocida por la ARL Sura a la compañera permanente del afiliado fallecido, quien acreditó su condición legal de beneficiaria de la prestación. Agregó que Porvenir reconoció a favor de la compañera permanente del causante la devolución de saldos por valor de $35.565.608. Finalmente, dijo que la demandante jamás ha elevado solicitud de reconocimiento pensional ante Porvenir

S.A. Propuso como excepción previa falta de integración del litis consorcio necesario y como excepciones de fondo las de falta de causa en las pretensiones de la demanda, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 54 y s.s.).

3. Contestación de SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. ARL SURA en calidad de litis consorcio necesario. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la pensión de sobrevivientes reclamada fue reconocida a la señora Juliana Elizabeth Márquez Bejarano en calidad de compañera permanente del causante, persona que tiene el mejor derecho que los progenitores, según el orden de beneficiarios de dicha prestación. Agregó que la demandante no ha demostrado dependencia económica en relación con su hijo. Propuso como excepciones de fondo las de reconocimiento de pensión de sobrevivientes a compañera permanente, inexistencia de dependencia económica, indeterminación del apoyo económico-inexistencia de prueba, cumplimiento de ARL Sura de todas sus obligaciones, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 117 y s.s.).

4. Contestación de Juliana Márquez Bejarano en calidad de litis consorcio necesario. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que fue compañera permanente del señor Álvaro Ernesto Garzón Garzón por un período de 2 años, razón por la cual considera que es la única titular del derecho a la pensión de sobrevivientes, de conformidad con el artículo 13 literal a) de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones previas falta de legitimación en la causa por activa, falta de legitimación en la causa por pasiva, cosa juzgada, y como excepciones de fondo las de desconocimiento del titular del derecho en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, exclusión pensión de sobrevivientes de origen común y de origen laboral e incumplimiento de los requisitos pensión de sobrevivientes. (fols. 223 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de mayo de 2019, en la cual el Juzgado absolvió a la ARL Suramericana de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora e impuso condena en costas en contra de ésta. (CD fol. 326).

Como sustento de su decisión indicó que la norma aplicable al presente caso lo es la Ley 797 de 2003, conforme a la fecha de fallecimiento del causante; además, precisó que de acuerdo a dicha normatividad y a la sentencia C-111 de 2006 la dependencia de los padres frente a su hijo fallecido no debe ser total y absoluta.

Señaló que en el presente caso la demandante tiene cónyuge, quien es pensionado y asume la mayoría de los gastos del hogar, según se determinó en la investigación administrativa realizada por la ARL Sura. Igualmente, precisó que de la testimonial recaudada en el proceso no se puede establecer dependencia económica, pues no dio cuenta del valor recibido por la demandante por parte de su hijo, como tampoco de su periodicidad, y si la contribución era significativa para su manutención.

Agregó que no existen otras pruebas diferentes al dicho de la accionante, que permitan establecer que en efecto esta recibía de su hijo la suma de $600.000, la cual además fue modificada por la actora en su interrogatorio, en tanto en él señaló que lo que le aportaba el causante ascendía a $300.000.

Así, indicó que no se demostró una dependencia regular y periódica cierta, amén que la sociedad conyugal implica que los ingresos de la pareja constituyen el soporte para el sostenimiento de cada uno de los integrantes y al encontrarse probado que el esposo de la actora está pensionado, la conclusión es que ésta depende de aquel por mandato legal.

Finalmente, dijo que llama la atención el reconocimiento de la pensión a favor de la compañera permanente del causante, pues el lazo de la convivencia no puede ser inferior a 5 años antes del fallecimiento, no obstante, precisó que no se debe hacer ningún pronunciamiento al respecto, en tanto no se formuló demanda de reconvención ni se peticionó dejar sin efecto dicho reconocimiento pensional.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** formuló recurso de apelación indicando que la sentencia C-111 de 2006, declaró inexequible el aparte del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 que exigía la dependencia económica absoluta de los padres respecto de sus hijos. Agregó que debe hacerse una exégesis de las pruebas documentales contentivas de la investigación que la entidad consultora realizó sobre el núcleo familiar. Igualmente, dijo que deben tenerse en cuenta las pruebas testimoniales y las demás documentales, donde se evidencian las condiciones de discapacidad y situación económica de la actora, pues obra certificación expedida por el Estado que da cuenta de una artrosis y una discapacidad acumulada por hipertensión y diabetes. (C.D. fol. 326).

7. Alegatos ARL Sura. Manifestó que comparte el análisis y la decisión del despacho de primera instancia con respecto a la inexistencia de dependencia económica de la demandante frente a su hijo, y por ello, solicita la confirmación del fallo, en tanto que ciertamente la decisión responde y se sustenta en los requisitos fijados por las Altas Cortes al momento de revisar y analizar lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para el reconocimiento de pensión sobreviviente a los padres.

8. Alegatos Juliana Elizabeth Marquez Bejarano. Solicitó confirmar lo señalado por el *a quo*, habida consideración que la persona a la que le corresponde la prestación económica derivada del fallecimiento del señor ÁLVARO ERNESTO GARZÓN GARZÓN es solamente a la señora JULIANA ELIZABETH MARQUEZ BEJARANO por haber sido su compañera permanente, lo cual encuentra asidero en la reciente decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia SL1730-2020.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿La señora María del Carmen Garzón tiene derecho al reconocimiento y pago de la

pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión a la muerte de su hijo Álvaro Ernesto Garzón Garzón?

Fallecimiento

En el presente caso, no está en discusión que el señor Álvaro Ernesto Garzón Garzón falleció el 15 de abril de 2017, como da cuenta el registro civil de defunción (fol. 13); igualmente, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes con el simple hecho del deceso por causa de origen laboral, tal y como lo estableció la ARL Sura en comunicación de fecha 9 de octubre de 2017, en la cual además reconoció la pensión de sobrevivientes aquí reclamada a favor de la señora Juliana Elizabeth Márquez Bejarano, en calidad de compañera permanente del causante (fols. 60 y s.s.).

Normatividad aplicable

Tampoco está en controversia que la normatividad aplicable para el presente caso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el artículo 11 de la Ley 776 de 2002, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en abril de 2017. (Criterio exp9uesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Parentesco

Igualmente, no media controversia en que la demandante María del Carmen Garzón es la madre del causante, conforme se extrae de su registro civil de nacimiento (fol. 12).

De los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

El literal d) del art. 47 de la L. 100/93 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, establece que, **a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho,** serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los padres, sí dependían económicamente del causante.

Respecto de la norma en comento ha de rememorar la Sala que la Corte Constitucional en sentencia **C-111 de 2006**, declaró **inexequible** la frase que exigía la demostración por parte de los padres de una **dependencia económica *"total y absoluta",*** al considerar que dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que sirven de fundamento para legitimar el cobro de la pensión de sobrevivientes, en tanto que la norma se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtienen por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas.

Caso concreto

En la alzada la demandante insiste en señalar que, de conformidad con las pruebas documentales y testimoniales recaudadas en el proceso, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que reclama, con ocasión al fallecimiento de su hijo Álvaro Ernesto Garzón.

Al respecto, sea lo primero reiterar que de conformidad con la documental adosada al expediente, la pensión de sobrevivientes reclamada fue reconocida por parte de la ARL Sura a favor de la señora Juliana Elizabeth Márquez Bejarano en calidad de compañera permanente del causante, por tanto, contrario a lo afirmado por el Juzgado de primera instancia, en el *examine* sí debe verificarse si ésta en efecto tiene derecho a dicha prestación, no solo porque así lo planteó en su escrito de contestación de la demanda cuando adujo que es la única beneficiaria de la misma, sino porque la demandante en calidad de madre únicamente puede aspirar al reconocimiento pensional, siempre que no exista compañera permanente del afiliado fallecido con derecho sobre la pensión.

En ese orden, en aras de establecer el derecho que radica en cabeza de la señora Juliana Elizabeth Márquez Bejarano, se debe precisar que el literal a) del art. 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, establece que tendrá derecho a la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el o la cónyuge o compañero (a) permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad. Y señala que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del **pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta el fallecimiento y haber convivido no menos de 5 años con anterioridad a su muerte.

Frente a lo anterior, la CSJ ante la nueva composición de la Sala modificó su criterio en la sentencia SL 1730-2020 en la que señaló:

> *"…que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el* ***literal a)*** *del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite* ***del afiliado al sistema que fallece****, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación*
>
> *En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de*

1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado."

Por tanto, ante el anterior cambio de criterio de la CSJ y haciendo suyos esta Sala los pronunciamientos en la sentencia precitada, se tiene que ante la muerte de un afiliado al sistema los únicos requisitos exigibles para acceder a la pensión de sobreviviente de manera vitalicia son que la cónyuge o compañera permanente cuente con más de 30 años y que ostente tal calidad.

Siendo claro, que para acreditar ser la compañera permanente como lo dejó sentado la CSJ no es dable exigirle la convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que debemos acudir a la noción constitucional de familia, establecida en la sentencia C 521 del 2007, entendida como "*Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos".*

En el *examine*, se tiene que la señora Juliana Elizabeth Márquez, nació el 29 de diciembre de 1984, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía (Cd fol. 65), luego para la muerte del señor Garzón Garzón (q.e.p.d.), contaba con 32 años cumplidos.

Igualmente, tanto de la investigación administrativa llevada a cabo por Prosip Consultores y Ajustadores S.A.S. (fols. 167 y s.s.), en la que participó la demandante, así como de las declaraciones rendidas por Alba Viviana Gualdrón y Eduardo Bermúdez (Cd. folio 311), quienes comparecieron como amigos del causante y la señora Márquez, se puede concluir que la litis consorcio necesaria convivía con éste en calidad de compañera permanente a la fecha de su fallecimiento y desde el año 2014, motivo por el cual no existe duda que la señora Juliana es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes aquí reclamada, tal y como lo definió en su oportunidad la ARL Sura, por manera que al existir una persona con mejor derecho a la prestación, es claro que la demandante no es merecedora de la misma en calidad de madre del causante, pues se reitera, conforme a la norma aplicable al caso, los padres únicamente serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a

falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, siempre que acrediten dependencia económica en los términos ya anotados.

Virtud de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de mayo del 2019 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

	ORDINARIO LABORAL
PROCESO:	
DEMANDANTE:	***TAMMY KAREEN TOVAR BOCANEGRA***
DEMANDADO:	***NUBIA CÁRDENAS SPA S.A.S.***
RADICACIÓN:	***110013105006-2017-00311-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. TAMMY KAREEN TOVAR BOCANEGRA instauró demanda ordinaria contra NUBIA CÁRDENAS SPA S.A.S. con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, desde el 13 de enero de 2013 hasta el 21 de abril de 2017; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer las sumas correspondientes por concepto de primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral, así como a la suma de $5.808.000 por concepto de los salarios adeudados por la disminución arbitraria del mismo, la indemnización moratoria, la sanción por falta de consignación de cesantías al respectivo fondo, los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por haber sido despedida en situación de incapacidad y tratamiento psiquiátrico, sin previo aval del Ministerio del Trabajo, la indemnización por despido sin justa causa, la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 4 y s.s.; subsanación fols. 83 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios para la demandada entre el 10 de enero de 2013 y el 21 de abril de 2017, en el cargo de Esteticista; que entre los años 2013 y 2015 su salario mensual ascendía a la suma de $1.255.000 más comisiones, no obstante, a partir del año 2016, su empleadora de manera unilateral y sin su consentimiento disminuyó su salario a la suma de $892.300 más comisiones; que prestó sus servicios de

manera personal, desempeñando actividades que son propias del giro ordinario de la accionada, quien ocultó la existencia de la relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios; que el 16 de abril de 2017 fue víctima de malos tratos por parte de la señora Nubia Maritza Cárdenas, que le generó una alteración en su estado de ánimo, y por ello consumió unas pastillas para dormir que afectaron su salud; que nunca se le realizó examen médico ocupacional de ingreso y retiro, ni tampoco exámenes periódicos; que el 11 de abril de 2017, la señora Nubia Maritza Cárdenas le dio por terminado el contrato de trabajo de manera verbal, frente a lo cual solicitó la entrega de la respectiva carta, que en efecto le fue remitida el 21 de abril de 2017, sin previa citación a descargos; que fue víctima de acoso laboral, le disminuyeron su salario de manera arbitraria en el año 2016 y nunca le fueron reconocidas las prestaciones sociales, las vacaciones y los aportes al Sistema General de Pensiones.

2. Contestación de la empresa NUBIA CÁRDENAS SPA S.A.S. La demandada contestó a través de *curador ad litem* indicando que no encuentra fundamentos de hecho o de derecho para oponerse a las pretensiones de la parte actora, ni causal alguna de nulidad, por lo que se atiene a lo que se logre probar dentro del proceso. No propuso ninguna excepción. (fols. 123 y s.s.).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de noviembre del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas a la demandante. (CD fol. 141)

Su decisión se basó en que en la demanda se indicó en el hecho 1º que la demandante se vinculó con la sociedad demandada entre el 10 de enero de 2013 y el 21 de abril de 2017, no obstante, en la pretensión 1ª se solicitó el reconocimiento de un contrato de trabajo entre el 13 de enero de 2013 y el 21 de abril de 2017, y en el interrogatorio de parte se indicó por la actora que ingresó a laborar entre enero y febrero de 2013 hasta marzo de 2017.

Igualmente, destacó que en los hechos 23 a 26 de la demanda se indicó que la señora Maritza Cárdenas de manera verbal terminó el contrato de trabajo el 11 de abril de 2017, pero que la respectiva carta le fue entregada hasta el 21 de abril de la misma anualidad, sin embargo, a folio 60 obra carta de terminación del vínculo suscrita por la representante de la demandada, que establece la finalización del mismo desde el 11 de abril de 2017 y reconoce como extremo inicial, el 14 de enero de la misma anualidad.

En ese orden, concluyó que la indefinición y contradicción de los extremos de la relación laboral alegada en la demanda no se esclareció en el juicio, en tanto que la documental obrante en el proceso no cobija la temporalidad aducida por la actora y destacó que de conformidad con las nóminas adosadas se tiene que la demandante laboró por períodos discontinuos, pues solo se advierte prestación de servicios en el año 2014, por 24 días de marzo, 24 días de agosto y 29 días de diciembre; asimismo, para el año 2015 solo prestó servicios 24 días de febrero, 11 días de marzo, 21 días de mayo, 5 días de agosto, 26 días de septiembre, 24 días de octubre, 21 días de noviembre y 17 días de diciembre; para el año 2016 laboró 30 días de febrero, 29 días de mayo, 4 días de julio y 30 días de agosto.

Por tanto, dijo que no se demuestra la temporalidad de la relación laboral, de manera que resultan imprósperas las pretensiones de la demanda, ya que no se mostró la fecha de inicio y la de terminación de la relación pedida en la demanda.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la relación laboral que unió a las partes se rigió por un contrato de trabajo, simulado por un supuesto contrato de prestación de servicios. Dijo que, si se observa la documental obrante a folio 33 a 50, se puede concluir que en todos los desprendibles de pago siempre se identificaba a la demandante como una esteticista, a quien además se reseñaba como empleada y se hacía referencia al salario.

Agregó que en el interrogatorio de la actora dio unos lapsos de tiempo en los cuales se desarrolló el contrato de trabajo y la parte accionada ni siquiera se hizo parte en el proceso para controvertir dicha prueba; igualmente, adujo que la demanda se acompañó con los comprobantes de pago que la actora tenía en su poder, precisando que no se contaba con todos ellos y como la demandada no se hizo parte en el proceso, nunca se tuvo acceso a esa documental de manera plena.

Conforme a lo anterior, solicitó que se revoque la sentencia impugnada y se accedan a las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos demandante. Manifestó que aun cuando la demandada no se presentó dentro del presente proceso y no se allegó prueba documental que acreditará la celebración de un contrato de prestación de servicios, el Juzgado absolvió a la parte demandada, haciendo caso omiso de la presunción del Art. 24 del C.S.T., la cual no logró ser desvirtuada por Nubia Cardenas SPA S.A.S. Agregó que dentro de la ejecución del contrato de trabajo, la parte demandada actuó de mala fe, despidiéndola de forma arbitraria, pues le entregó una carta 10 días después, haciendo alusión a hechos y normas confusas. Finalmente, dijo que por agresiones, presiones y explotación por parte de la demandada, sufrió accidente laboral, por lo cual tuvo que asistir a citas psicológicas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 13 de enero de 2013 y el 21 de abril de 2017?, en caso positivo, ¿Es procedente el reconocimiento de las acreencias laborales reclamadas en la demanda?

Existencia de contrato de trabajo dentro de los extremos aducidos en la demanda

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió o no una relación de trabajo durante el período comprendido entre el 13 de enero de 2013 y el 21 de abril de 2017, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la CSJ, entre la que se encuentra la sentencia SL9801-2015 ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del CST, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990, establece que *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019 dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

En el presente caso, se encuentra probado de la documentales obrantes en el proceso, a folios 34 a 51, que en efecto la demandante prestó sus servicios en calidad de esteticista a favor de Nubia Cárdenas SPA, en la medida que los medios convicción en mención dan cuenta de los pagos a título de salario que se le hicieron a la demandante por su labor desempeñada en dicho cargo, quien además era identificada como empleada.

Igualmente, se observa a folio 60 carta de terminación del contrato de trabajo existente con la demandante a partir del 11 de abril de 2017, la cual se encuentra suscrita por la señora Nubia Cárdenas en calidad de Representante legal de la demandada, de suerte que en efecto ha operado a favor de la actora la presunción de que trata el artículo 24 del CST, la cual además, no se encuentra desvirtuada en el *examine*, ya que ninguna prueba da cuenta que esa prestación de servicios lo fuera de manera autónoma e independiente, ni tampoco obra ningún medio de convicción proveniente de la encartada tendiente a derruirla, pues nótese que ésta compareció al proceso a través de *curador ad litem*.

No obstante, ha de reslatar la Colegiatura que en todo caso no es posible declarar la existencia del contrato de trabajo reclamado en la demanda, en la medida que no se encuentra demostrado en el expediente que la actora en

efecto hubiera prestado sus servicios de manera continua e ininterrumpida desde el 13 de enero de 2013 hasta el 21 de abril de 2017.

De las nóminas visibles a folios 34 a 51 y la carta de terminación del contrato obrante a folio 60, se tiene que la trabajadora prestó sus servicios tal y como lo resaltó el Juzgado de primera instancia, a saber: (i) año 2014, marzo 24 días, agosto 24 días y diciembre 24 días; (ii) año 2015, febrero 24 días, marzo 21 días, mayo 21,5 días, agosto 26 días, septiembre 23 días más 4 turnos, octubre 24 días, noviembre 24 días y diciembre 17 días; (iii) año 2016, enero 17 días, febrero 30 días, mayo 29 días, junio 30 días y agosto 30 días; (iv) año 2017 entre el 14 de enero de 2017 y el 11 de abril de la misma anualidad.

De lo anterior, es claro que contrario a lo referido en la demanda y en el recurso de apelación, no se encuentra acreditado que la actora hubiese laborado para la encartada durante el interregno que señalado en el libelo genitor, es decir, desde el 13 de enero de 2013 hasta el 21 de abril de 2017, no pudiendo la Sala tener ello por demostrado a través del interrogatorio de parte rendido por la demandante, ya que si bien en dicha diligencia indicó que prestó sus servicios a favor de la encartada entre febrero y marzo de 2013, siendo terminado su vínculo en marzo de 2017 (CD. fol. 141), lo cierto es que esa manifestación no resulta atendible en la medida que del interrogatorio de parte debe considerarse lo desafavorable a la parte, en tanto que con el mismo se busca la confesión.

En este punto es necesario precisar que, tampoco fue posible declarar confesa a la demandada ante la inasistencia de su representante legal a la audiencia de conciliación, en tanto fue notificada a través de *curador ad litem*, quien adelantó el proceso en su nombre y a quien no está facultado para recibir ni disponer de los derechos en litigio, ni está facultado para confesar, tal y como lo dispone el artículo 56 del C.G.P.

Conforme a lo anterior, cumple advertir que de los medios de convicción oportunamente incorporados no se tiene probado el contrato de trabajo aducido dentro de los extremos señalados en la demanda, lo cual además, era carga probatoria de la parte accionante conforme a los términos del artículo 167 del CPT y de la SS.

Sobre este aspecto la CSJ, entre otras, en la sentencia SL2536-2018, indicó que si bien los extremos laborales no se encuentran explícitamente enunciados en el artículo 23 del CST, como elemento constitutivo de la relación de trabajo, su determinación es inherente a la misma vigencia de la prestación del servicio, pues solo a través de su conocimiento es posible establecer el interregno por el que se prolongó la relación laboral y el quantum de las obligaciones correlativas que le incumben al empleador, por el mismo periodo. Por tanto, su carga probatoria le concierne al trabajador, en virtud del principio general de que quien pretende un derecho debe acreditar los hechos en que se funda, según el artículo 167 del CGP, aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica del artículo del 145 del CPT y de la S.S.

Asi las cosas, no es procedente acceder al reconocimiento del contrato aducido, en la demanda, ni tampoco a las acreencias laborales reclamadas, en la medida que

éstas fueron solicitadas como consencuencia de la declaración de un único vinculo laboral.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de noviembre del 2019, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
Salva voto

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CARLOS CARVAJAL ORTEGÓN***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y AFP PORVENIR***
RADICACIÓN:	***11001-31050-05-2018-00073-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA MINISTERIO DE HACIENDA***
TEMA:	***DEVOLUCIÓN SALDOS-BONO PENSIONAL***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CARLOS CARVAJAL ORTEGÓN instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE que el demandante tiene derecho a la devolución de sus aportes, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993; en consecuencia, se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a Colpensiones a emitir su bono pensional a favor de la AFP Porvenir S.A., asimismo, se condene a la AFP en mención a reconocer y pagar a su favor la devolución de saldos, junto con la indexación de las sumas adeudadas, la cual debe ser asumida por todas las entidades convocadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: prestó sus servicios para distintas empresas privadas, quienes efectuaron los aportes a pensión con destino al ISS hoy Colpensiones; que con posterioridad se afilió a la AFP *"Colfondos"*; que de manera paralela trabajó al servicio del Magisterio, motivo por el cual mediante Resolución 00130 del 26 de enero de 2009, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión de jubilación con base en los aportes efectuados a las entidades del Estado con las cuales laboró como docente oficial; que mediante Resolución 31629 del 28 de diciembre de 2004, Cajanal reconoció a su favor pensión de gracia; que solicitó a Colpensiones el traslado de sus aportes hacia la AFP Porvenir, lo cual le fue negado por dicha entidad; que peticionó a la AFP Porvenir la devolución de sus aportes, no obstante, la administradora en mención mediante oficio 0207412022003100 manifestó la imposibilidad de solicitar el bono pensional, por cuanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no autorizó la emisión del mismo; que solicitó ante el ente ministerial en

mención la emisión del bono pensional, lo cual le fue negado por la entidad, argumentando que se encontraba pensionado por parte del Magisterio.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 43); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el demandante se encuentra filiado a la AFP Porvenir y, por tanto, esta sociedad es quien debe efectuar la solicitud del bono pensional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Agregó que el demandante es beneficiario de una pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por manera que no puede acceder al bono pensional, en la medida que estaría percibiendo más de una asignación proveniente del tesoro público. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fols. 16 y s.s.).

4. Contestación de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el actor no se encuentra válidamente afiliado al RAIS, por tratarse de una persona excluida al Sistema de Seguridad Social Integral de que trata la Ley 100 de 1993, conforme a su artículo 279. Agregó que en caso de considerarse válida esa afiliación, el actor estaría pretendiendo dos asignaciones provenientes del tesoro público (pensión de jubilación del Magisterio a cargo de la Nación y bono pensional financiado con recursos públicos), lo cual contraría el artículo 128 de la CP. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación a cargo de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reconocimiento del respectivo beneficio pensional a cargo del ISS y no de la Nación-Ministerio de Hacienda, y la genérica. (fols. 86 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PORVENIR. Dio contestación con oposición a las pretensiones de la demanda excepto la relacionada con el reconocimiento del bono pensional, argumentando que ya pagó la totalidad de los saldos existentes en la cuenta individual del demandante, esto es, aportes pensionales y rendimientos financieros por un valor de $38.685.080. Agregó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene una restricción sobre el bono pensional del actor y por ello no pudo incluirlo en la devolución de saldos, no siendo la responsable de su emisión, redención y pago, pues este trámite es de competencia exclusiva y excluyente del Ministerio o del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Propuso las excepciones de fondo de compensación, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, hecho de un tercero, buena fe y la genérica. (fols. 185 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de enero del 2020, en la cual el Juzgado condenó a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir el bono pensional tipo A, a favor del actor, teniendo en cuenta la historia laboral de aportes de carácter privado reportada por Colpensiones dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; condenó a la AFP Porvenir a realizar un nuevo estudio del derecho pensional del demandante una vez se haya emitido su bono pensional, a fin de establecer si le asiste el derecho a la pensión de vejez o si debe pagar el saldo insoluto de la devolución de saldos, autorizando a la sociedad en mención que en caso de proceder la pensión de vejez, descuente lo pagado por devolución de saldos;

condenó en costas a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito y absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones de la demanda. (CD fol. 176).

Como sustento de su decisión indicó que se encuentra demostrado que al actor le fue reconocida una pensión de gracia desde el año 2004, y posteriormente una pensión de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales de Magisterio, además, presentó vinculaciones al sector privado, en virtud de las cuales cotizó al ISS hoy Colpensiones un total de 514 semanas.

Dijo que conforme al artículo 66 de la Ley 100 de 1993, el bono pensional debe ser incluido en la devolución de saldos, si hubiere lugar al mismo. Agregó que no se comparte la tesis del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, relacionada con la incompatibilidad que a su juicio se presenta con las prestaciones que le fueron reconocidas al demandante en calidad de docente oficial y el bono pensional, bajo el argumento que éste constituye un título de deuda pública, por cuanto la CSJ ya tiene establecido de vieja data que las cotizaciones al ISS hoy Colpensiones no provienen del tesoro público, pues tienen la condición de parafiscales, y los bienes que las conforman se destinan a la finalidad establecida en la ley, no siendo la entidad de seguridad social su propietaria, sino una simple administradora, que no puede disponer de ello.

Así, adujo que las cotizaciones que se consideran para la liquidación del bono pensional no tienen naturaleza pública y por tanto no hay duda que el actor tiene derecho al mismo, en tanto no se configura la incompatibilidad alegada.

Finalmente, dijo en relación con Colpensiones que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva ante la falta de afiliación del actor a dicha entidad.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** interpuso recurso de apelación argumentando que el bono pensional es un título de deuda pública, de manera que los afiliados al FOMAG no pueden acceder al mismo, en la medida que recibirían más de una asignación preveniente del tesoro público (Bono pensional y pensión de jubilación) lo cual contraría el principio establecido en el artículo 128 de la CP.

Agregó que el bono pensional conforme al artículo 121 de la Ley 100 de 1993 se reconoce con cargo a los recursos de la Nación. Igualmente, Señaló que no puede aducirse como válida la afiliación del actor al RAIS para que pueda acceder al bono pensional, pues ello contraría la exclusión que establece el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en relación con los afiliados al FOMAG.

Finalmente, dijo que revocarse o reducirse la condena en costas, para evitar un perjuicio mayor a la situación financiera de la entidad.

8. Alegatos Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Solicitó revocar la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, pues el señor Carlos Carvajal Ortegón es beneficiario de una pensión otorgada por el FOMAG, situación que a su juicio imposibilita el reconocimiento de un Bono Pensional Tipo A, beneficio pensional que es reconocido con cargo a los recursos públicos de la Nación, además de ser incompatible con el reconocimiento pensional efectuado por el FOMAG. Agregó que el accionante tendría derecho a que el ISS (hoy Colpensiones) le traslade a la AFP Porvenir los aportes que en su momento fueron realizados a dicho instituto, para que la AFP en mención los integre a la devolución de saldos o pensión que le otorgaría a éste, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 11 del Decreto 3995 de 2008.

9. Alegatos Colpensiones. Indicó que la demandada estaba a la espera de que la AFP PORVENIR S.A., quien es la legitimada para realizar la solicitud del bono pensional, procediera a ello. Que como lo indicó el Juez de primera instancia debe POVENIR efectuar la reclamación del bono pensional, al igual que ordenar al MINISTERIO DE HACIENDA - OFICINA DE BONO PENSIONALES la expedición del mismo y de ser viable por parte de COLPENSIONES, llevar a cabo el respectivo estudio toda vez que este es compatible con la pensión de jubilación.

10. Alegatos Porvenir. Sostuvo que tal y como lo manifestó acertadamente el juez de primera instancia, en el caso analizado, si bien para la época en que el demandante trabajó para la Flota Mercante no existía cobertura del I.S.S., si existía la obligación de aprovisionamiento por parte de los empleadores, por ende, existe la obligación de efectuar el pago del cálculo actuarial pretendido a fin de que pueda acceder a las prestaciones a que haya lugar por parte del Sistema General de Pensiones a través de PORVENIR S.A., como administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentra actualmente afiliado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Y se conocerá en consulta en su favor en lo que le haya sido desfavorable por no haber apelado de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿El bono pensional reconocido por el Juzgado a favor del actor es incompatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio? y (ii) ¿La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe ser absuelta de las costas procesales, o debe disminuirse a su favor el valor de las agencias en derecho definidas por el Juzgado?

De la calidad de pensionado

Se encuentra probado dentro del proceso que mediante Resolución 31629 del 28 de diciembre de 2004, Cajanal reconoció a favor del actor una pensión gracia (fols. 32 y s.s.).

Igualmente, mediante Resolución 0130 del 26 de enero de 2009, la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a favor del señor Carlos Carvajal Ortegón, una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 23 de julio del 2008, en cuantía inicial de $1.939.211, la cual tiene como origen los tiempos de servicios prestados por el actor a la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 13 de mayo de 1976 (fols. 34 y s.s.).

Ahora bien, conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones, se observa que el actor se afilió al RPMPD administrado por el entonces ISS el 1° de marzo de 1988, dentro del cual realizó sus aportes a través de distintos empleadores de naturaleza privada hasta el 31 de octubre de 1999, completando un total de 514,43 semanas de cotización (fols. 66 y s.s.).

El 30 de septiembre de 1999, el demandante suscribió formulario de vinculación al RAIS a través de la AFP Porvenir, a la cual se encuentra actualmente afiliado. (fol. 118).

De la incompatibilidad alegada entre el bono pensional y la pensión de jubilación reconocida al demandante

En punto al problema jurídico relacionado con la incompatibilidad del bono pensional y la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha de recordar la Sala lo que al respecto ha indicado de manera reiterada y pacífica la CSJ, entre otras en la sentencia SL2655 de 2018, según la cual el docente oficial al estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le resulta válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

También indicó la Alta Corporación al rememorar la sentencia del 6 de diciembre del 2011, radicado 40848, que en virtud del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tienen la posibilidad de que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación, caso este en el cual, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

En ese orden, resalta la Corte que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que, al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Igualmente, indicó la CSJ que los reglamentos del ISS -a lo que hay que sumarle lo establecido en la Ley 100 de 1993- no restringen la posibilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, antes bien, de su contenido lo que se colige es que son afiliados forzosos al Sistema, de manera que sus empleadores se encuentran obligados a vincularlos y a sufragar los correspondientes aportes, hasta tanto permanezca vigente la relación laboral, por manera que no le asiste razón al Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuando indica que la afiliación del actor al RAIS no resulta válida.

También precisó la CSJ, específicamente en la sentencia SL2649-2020, en lo que se refiere a la incompatibilidad que en el presente caso alega la parte recurrente por infracción del artículo 121 de la Ley 100 de 1993 *"que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor".*

Por tanto, concluyó que es posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, cuando las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo fueron realizadas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, en todo caso, son diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

Lo anterior, fue igualmente señalado por la CSJ en la sentencia SL451-2013, en la que adoctrinó:

> *"En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.*
>
> *En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.*
>
> *En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional."*

En ese orden, encuentra la Sala que en las decisiones citadas con anterioridad (SL SL2649-2020 y SL451-2013), en las que se dilucidaron casos similares al aquí planteado, pues los demandantes pretendieron el reconocimiento del bono pensional que les fue negado por sus condiciones de pensionados del FOMAG, la CSJ ha definido de manera clara la compatibilidad del mismo y la pensión de jubilación adquirida como docente del Magisterio, siendo preciso advertir que la Sala no encuentra ninguna razón atendible para apartarse de dicho precedente, por lo que considera que acertó el fallador de primera instancia al ordenar el Ministerio demandado el reconocimiento del bono pensional a favor del actor, sobre todo porque el mismo resulta procedente por cotizaciones realizadas al entonces ISS antes de trasladarse al RAIS, a través de empleadores de naturaleza privada que claramente no fueron consideradas para el reconocimiento de su pensión de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción ha de destacarse que tal y como lo indicó la CSJ, entre otras, en la sentencia SL4879-2019, la devolución de saldos abarca las cotizaciones o aportaciones que hizo el afiliado a su cuenta de ahorro individual, con el fin de estructurar el capital para financiar su pensión de vejez, así como el bono pensional, lo cual se encuentra orgánicamente vinculado con la calidad de pensionado que precipita la imprescriptibilidad de la acción, por tanto carece de vocación de prosperidad de dicho medio exceptivo.

Costas procesales a cargo del Ministerio

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderada en el recurso de apelación y menos aun cuando, se opuso categóricamente al reconocimiento del bono

pensinal a favor del actor, como se puede observar de la contestación de la demanda. (fols. 86 y s.s.).

En cuanto al valor de las agencias en derecho, precisa la Sala que este no es el momento procesal para debatirlo, pues para ello se establecieron los recursos de reposición y apelación contra del auto que aprueba la liquidación de costas, conforme al artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de enero de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se fijan como agencias en derecho la suma de $877.803, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ANÍBAL USCATEGUI CUELLAR***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y OTROS***
RADICACIÓN:	***1100131050-17-2017-00115-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y PORVENIR***
TEMA:	***INEFICACIA DE TRASLADO***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio de 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma MEJÍA Y ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Aníbal Uscátegui Cuellar instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP COLFONDOS y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia de su afiliación al RAIS por falta de información veraz en el cambio de régimen pensional. Como consecuencia, condenar a las AFPS Colfondos y Old Mutual a trasladar todos su aportes y rendimientos con destino a COLPENSIONES; asimismo, se condene a esta última entidad activar su afiliación al RPMPD, e igualmente, a recibir y aceptar el traslado de sus aportes, pudiendo el demandante solicitar ante dicha administradora el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, además, se condene a lo probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.; subsanación fols. 48 y s.s.; reforma fols. 198 y s.s.)

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 30 de octubre de 1960; que estando afiliado a Cajanal se trasladó a la AFP Colfondos hacia el año 1994; que en Cajanal cotizó un total de 400 semanas, equivalentes a 9 años; que el asesor de la AFP Colfondos le indicó a la fecha de su traslado que en el RAIS tendría muchas

ventajas, ya que su pensión sería mejor que la que obtendría en el RPMPD y podría pensionarse a la edad que deseara, sin ninguna otra explicación; que nunca fue ilustrado en relación con las desventajas del nuevo régimen pensional, ni tampoco sobre las características de cada régimen pensional; que actualmente se encuentra afiliado a la AFP Old Mutual.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 53); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que el demandante no puede regresar al RPMPD en cualquier tiempo, pues le faltan menos de 10 años para cumplir el requisito mínimo de edad y al 1º de abril de 1994 no acreditaba 750 semanas de cotización. Finalmente, señaló que en el presente caso no ha tenido lugar el vicio del consentimiento alegado (error) y en todo caso, la nulidad no se alegó dentro del término establecido en el artículo 1750 del C.C. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica. (fols. 64 y s.s.; contestación reforma fols. 208 y s.s.).

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no se allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Adujo que el actor no acredita que en el presente caso tuvo lugar el dolo como vicio del consentimiento, y tampoco se configura la fuerza y el error. Finalmente, precisó que la obligación de información y buen consejo no se encontraba vigente para el momento del traslado de régimen pensional, que el actor no es beneficiario del régimen de transición y que, en caso de existir nulidad, la misma ya se encontraría saneada. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe y compensación. (fols. 113 y s.s.; contestación reforma fols. 260 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PORVENIR. Dio respuesta con oposición a las pretensiones relacionadas con la nulidad del traslado argumentando que la afiliación del actor no contiene ningún vicio del consentimiento. Sostuvo que el demandante recibió toda la asesoría e información, no ejerció su derecho de traslado al RPMPD cuando aún se encontraba en la posibilidad para hacerlo, ni tampoco hizo uso del derecho al retracto. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fols. 331 y s.s.; contestación reforma fols. 329 y s.s.).

6. Contestación de la AFP COLFONDOS. Dio respuesta con oposición a las pretensiones relacionadas con la nulidad o ineficacia de traslado, argumentando que no se aportan elementos de juicio que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, amén que la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Agregó que la parte demandante no manifestó sus inconformidades ni retornó al RPMPD dentro del plazo que las disposiciones legales dispusieron para el efecto. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la parte actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., falta de legitimación en la causa por

pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho frente a Colfondos, inviabilidad del traslado de régimen pensional, compensación y pago, prescripción, inexistencia de perjuicios, mala fe del demandante, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, inaplicabilidad legal y la genérica (fols. 163 y s.s.; contestación reforma 216 y s.s.).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de marzo del 2019 en la que el Juzgado declaró no probadas las excepciones propuestas, así como la ineficacia de la vinculación del demandante a las AFPs OLD Mutual, Porvenir y Colfondos; también declaró que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPMPD, por lo que Colpensiones tiene la obligación de validar su vinculación sin solución de continuidad; ordenó a OLD Mutual trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con ocasión de la vinculación del actor tales como cotizaciones, sumas adicionales, frutos e intereses, rendimientos, así como tramitar con las demás administradoras de fondos de pensiones el traslado de fondos a que hubiere lugar, en caso de que no lo hubiesen efectuado; ordenó a Colpensiones recibir el traslado de fondos que realice OLD Mutual y convalidarlos en la historia laboral del demandante y condenó en costas a la demandada. (C.D. fol. 380).

Como sustento de su decisión refirió que al 1º de abril de 1994 el demandante no contaba con 15 años de servicios cotizados, por manera que a la fecha de su traslado no tenía una expectativa de alcanzar una pensión con base en las normas del régimen de transición, además, no encaja en las previsiones establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para recuperar el RPMPD por vía del traslado.

De otro lado, adujo que de los formularios de afiliación allegados al proceso se advierte una información general del demandante, pero no hace referencia a las características del RAIS, siendo claro que se omitió documentarlo acerca de las condiciones económicas, comparativas y actuariales de los dos regímenes pensionales y sus diferencias, como obligación establecida a las administradoras de fondos de pensiones desde el Decreto 663 de 1994.

Por tanto, dijo que al no encontrarse demostrado el cumplimiento del deber de información por parte de las AFPs convocadas, a pesar que era su carga probatoria, el traslado se torna ineficaz, tal y como lo ha establecido la CSJ.

Finalmente, adujo que el retorno del actor debe hacerse a Colpensiones, ya que Cajanal se encuentra actualmente liquidada, por lo que no es posible su traslado a una entidad inexistente.

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada Porvenir** interpuso recurso de apelación indicando que el actor no cumplió con su carga de probar los hechos aducidos en su demanda, y aun así se trasladó la carga de la prueba de manera automática a la parte demandada. Que en el hecho 10 de la demanda se confiesa que al demandante se le brindó la información respecto del RAIS y del RPMPD. Que el actor realizó 6 traslados entre administradoras de fondos de pensiones ratificando su afiliación al RAIS, lo cual además evidencia actos con vocación de permanencia, que también se constatan al realizar aportes a este. Que de dichos traslados puede inferirse que recibió información adicional a la suministrada por Colfondos, al igual que contó con la oportunidad de resolver cualquier duda que hubiere podido tener con ocasión a su

primera afiliación al RAIS. Que, si bien la Ley 100 de 1993 contempla el deber de información, lo cierto es que solo hasta los Decretos 1748 de 2014 y 2071 de 2015, se fijaron los parámetros de proyecciones y estadísticas financieras. Que se acataron las reglas establecidas en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, relacionadas con el contenido del formulario de afiliación. Que la jurisprudencia de la CSJ, no podía aplicarse porque no contiene circunstancias fácticas análogas al caso analizado; amén que conforme a su ratio decidendi, se invierte la carga de la prueba siempre que la omisión en la información hubiere acarreado un perjuicio para el afiliado, al ser beneficiario del régimen de transición o estar cercano a pensionarse, lo cual no es el caso del demandante. Que Porvenir efectuó el traslado de todos los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a *"Protección"*, de suerte que no tiene ningún dinero en la misma para retornar.

Por su parte, **Colpensiones** formuló recurso de apelación indicando que resulta inconcebible que el demandante después de realizar 6 traslados entre administradoras de pensiones, se concluya que no recibió la información que echa de menos en la demanda. Que la CSJ al referirse sobre la inversión de la carga de la prueba resaltó las expectativas legítimas, en tanto que en los casos por ella analizados se trataba de personas que al momento del traslado perdían el régimen de transición o estaban próximas a pensionarse, lo cual no sucede con el demandante. Que, en caso de personas no beneficiarias del régimen de transición, la CSJ en sede de tutela (STL15356-2017 y STL13620-2018) al no revocar unas decisiones proferidas en contra de los demandantes por parte del Tribunal Superior de Bogotá, indicó que éstos no demostraron el supuesto vicio del consentimiento alegado, ni tampoco el supuesto de hecho de su demanda, a pesar de ser carga de prueba de los mismos. Que se modifique el numeral cuarto de la sentencia proferida, en el sentido que se condene a todas las demás demandadas a retornar los gastos de administración a Colpensiones, dado que dicha entidad también los requiere para administrar el RPMPD y no los recibió durante un período de 20 años. Que se modifique el numeral quinto de la sentencia apelada, en el sentido de establecer que Colpensiones no debe recibir al demandante, hasta tanto éste no de cumplimiento a los supuestos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, en especial, retornar el 1,5% de la cotización destinada al fondo de garantía de pensión mínima, lo cual debe determinarse a través de un cálculo de rentabilidad, a fin de evitar la descapitalización del RPMPD.

9. Alegatos OLD Mutual. Indicó que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, por cuanto el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación suscrito con la AFP Colfondos S.A., cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley y que, para el momento del traslado inicial, era aprobado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación del accionante al RAIS, lo cual también se apoya en el interrogatorio de parte rendido por el actor, quien afirmó que lo hizo de forma libre y voluntaria.

10. Alegatos demandante. Solicitó la conformación de la decisión atacada, pues se demostró que el traslado de régimen estuviera precedido de un consentimiento informado. Agregó que el juez de conocimiento al analizar las situaciones fácticas de la demanda evidenció que el sustento de la acción se cimentó en el deber de información, del cual fue privado el actor. Finalmente, dijo que se acreditó en el interrogatorio, que el fondo de pensiones al momento del traslado no le entregó la

debida información, ni tampoco en el transcurso de la afiliación se preocupó por informarle cuál era su mejor status pensional.

11. Alegatos Colpensiones. Manifestó que el competente para resolver la solicitud del demandante es el Fondo de Pensiones al cual se encuentra vinculado actualmente, situación que conlleva a indicar que para el presente asunto, la Administradora Colombiana de Pensiones carece de legitimación en la causa por pasiva, razón suficiente para no acceder a las pretensiones de la demanda. Agregó que respecto de la vinculación efectuada a Colpensiones, razones por las cuales la entidad estará atenta a lo que el Juez decida al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?(ii) ¿Existe omisión en la información respecto del traslado de régimen pensional, en caso positivo, ello da lugar a declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS?; (ii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición o estuviere cercano a pensionarse?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación al RAIS?; (iv) ¿Se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, comisiones y rendimientos de las AFPs accionadas?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante; (vi) ¿Debe ordenarse el cálculo de rentabilidad de que trata la sentencia SU 062 de 2010? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Afiliación y cotizaciones

Se encuentra acreditado dentro del proceso que el señor Aníbal Uscategui Cuellar, cotizó a Cajanal entre el 2 de septiembre de 1985 y el 30 de abril de 1987 (fol. 31), así como entre el 29 de septiembre de 1987 y el 31 de diciembre de 1994 (fol. 27); que el 06 de septiembre de 1994 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Colfondos conforme da cuenta el formulario de vinculación a la AFP (fol. 243); que el 31 de enero de 2005 se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir, el 22 de noviembre de 2007 se afilió a la AFP OLD Mutual, el 16 de julio de 2009 regresó a la AFP Horizonte hoy Porvenir, el 18 de marzo de 2010 retornó a la AFP OLD Mutual, el 16 de mayo de 2011 se trasladó nuevamente a la AFP Horizonte hoy Porvenir, lo cual se constata en el historial de afiliaciones de Asofondos (fol. 341); finalmente, el 21 de diciembre de 2011 regresó a la AFP OLD Mutual, conforme al formulario visible a folio 288.

Deber de información y carga de la prueba

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en las AFP, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

De esta manera, resulta claro que no es cierto como lo afirman las recurrentes que la parte demandante debía asumir la carga de probar lo aducido en su demanda, pues la CSJ tiene sentada una línea jurisprudencial clara sobre la materia, siendo del caso advertir que no es cierto lo aducido por Colpensiones en cuanto a que en las sentencias STL13620-2018 y STL15356-2017 la Alta Corporación indicó que en tratándose de personas no beneficiarias del régimen de transición éstas tienen la carga probatoria en este tipo de procesos, pues en dichas providencias la Corte simplemente no accedió al amparo de los derechos fundamentales invocados, porque independientemente de compartir o no las posiciones asumidas por las providencias analizadas, no encontró que las mismas hayan sido caprichosas e inconsultas.

Frente a la información que se debía brindar para esa época por parte de las AFP –año 1994-- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Actuación que no probó la AFP COLFONDOS S.A., pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita establecer que las AFP PRIVADA si le brindó una información al demandante y específicamente en qué consistió.

Ahora bien, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Colfondos sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no demostró haber realizado, no siendo suficiente la leyenda preimpresa establecida en el formulario de afiliación, lo cual además no se advierte confesado por el actor en el hecho 10 de la demanda, pues si bien en este se indicó que se le informó por parte de Colfondos que podía solicitar la devolución de sus aportes en cualquier tiempo dado que los mismos se consignaban en una cuenta de ahorro individual y no en un fondo común como en el RPMPD; lo cierto es que ello no se corresponde con una información suficiente en los términos ya anotados.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

Respecto al interrogante relacionado con demostrar **la calidad de beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima** como presupuesto para que se declare la ineficacia del traslado, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al demandante, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Traslados efectuados por el actor entre diferentes administradoras del RAIS.

En relación con el problema jurídico que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el **traslado** del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la parte demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones, la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro.

Devolución de gastos de administración, rendimientos financieros y comisiones, de los seguros de invalidez y sobreviviente

Para resolver el problema jurídico encaminado a determinar si la AFPs están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por tanto, debe decirse que tanto la AFP Porvenir, así como Colfondos y OLD Mutual están obligadas a devolver las sumas percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones, como lo indicó Colpensiones en su recurso, motivo por el cual se adicionará la sentencia de primera instancia en este sentido, dado que el Juzgado no impartió dicha orden.

Además de lo anterior, ha de decirse que, aunque el demandante ya no se encuentre afiliado a Porvenir, esta administradora debe retornar todos los dineros del actor percibidos con ocasión a su afiliación, en caso de que aun tenga en su poder alguna suma, pues en el expediente no se encuentra probado que su cuenta de ahorro individual se encuentre en cero, contrario a lo afirmado en la alzada.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación por parte de Colpensiones

Respecto del problema jurídico que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, debe señalarse que, en este caso particular, antes de trasladarse al RAIS no se encontraba afiliado a Colpensiones sino a Cajanal.

Por tanto, al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de Cajanal finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y de conformidad con el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante compete a Colpensiones, pues nótese que Cajanal debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

Ahora, sentado lo anterior es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume, de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir las AFPS PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, como se dijo, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia)

Cálculo de rentabilidad aducido por Colpensiones

Sobre este aspecto, baste con decir que en el presente caso no resulta aplicable la sentencia SU 062 de 2010, contrario a lo afirmado por Colpensiones en su alzada, pues la misma versa sobre la temática de traslado de régimen pensional y justamente define los requisitos de su procedencia en cualquier tiempo para los beneficiarios del régimen de transición, lo cual no se relaciona en nada con el caso analizado, en tanto que el tema propuesto en el *examine* resulta diferente al tratarse de una ineficacia de traslado.

Excepción de prescripción

Para resolver el otro de problema jurídico planteado, relacionado con la prescripción, se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 22 de marzo de 2019 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir, a la AFP Colfondos y a la AFP OLD Mutual a trasladar a Colpensiones lo recibido por concepto de gastos de administración y comisiones con ocasión a la afiliación del actor, lo cual deberán asumir de sus propias utilidades. Asimismo, se condena a Colpensiones a recibir dichos dineros.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***JOSÉ FRANCISCO RUBIANO***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***11001-31050-28-2017-00851-01***
ASUNTO: ***CONSULTA SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JOSÉ FRANCISCO RUBIANO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que su asignación de retiro reconocida por la Fuerza Aérea Colombia es compatible con las prestaciones que contempla el RPMPD, conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el artículo 37 de la norma en mención, la cual debe liquidarse en la forma prevista en el Decreto 1730 de 2001, junto con la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 32 y s.s).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 17 de junio de 1952, por lo que cumplió 62 años de edad, el mismo día y mes del año 2014; cotizó al RPMPD a través de empleadores privados entre el 22 de noviembre de 1988 y el 9 de febrero de 2015, por un total de 1.051 semanas; solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante la Resolución GNR 172678 del 5 de julio de 2013, por no acreditar los requisitos para el efecto, posición que se ratificó en distintas resoluciones proferidas con posterioridad; solicitó entonces la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante la Resolución GNR 333952 del 10 de noviembre de 2016, bajo el argumento de que su pensión de jubilación, concedida por el Ministerio de Defensa, resulta incompatible con la prestación reclamada, lo cual fue confirmado por las Resoluciones GNR 365104 de 2016 y DIR 11623 del 25 de julio de 2017.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 55 y s.s.); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la asignación de retiro reconocida al demandante tiene injerencia en lo pretendido en la demanda, sumado a que el artículo 128 de la CP prohíbe expresamente recibir dos asignaciones del erario. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica. (fols. 58 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de febrero de 2019, en la cual el Juzgado condenó a la demandada a reconocer y pagar al actor la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debidamente indexada; igualmente, impuso costas a la encartada (CD fol. 76 min. 09:45).

Como sustento de su decisión indicó que si bien el actor era beneficiario del régimen de transición por contar con 41 años al 1° de abril de 1994, no logró prorrogar dicho beneficio más allá del 31 de julio de 2010, pues a la entrada en vigencia del Acto legislativo 001 del 2005, no acredita 750 semanas de cotización, por manera que un eventual derecho a la pensión de vejez debe dilucidarse a la luz de la Ley 797 del 2003, cuyas condiciones no cumple, dado que aun cuando acredita 62 años de edad para el año 2014, a esa data no cuenta con 1.275 semanas, de manera que no hay duda que el demandante no cumple los requisitos para la pensión de vejez. Que el Ministerio de Defensa le reconoció una pensión a partir del 10 de diciembre de 1988, en condición de adjunto jefe de la Fuerza Aérea, y por los servicios prestados entre el 3 de junio de 1978 y el 10 de diciembre de 1988. Que los tiempos reclamados por el actor ante Colpensiones fueron cotizados con empleadores del sector privado únicamente, desde el mes de noviembre de 1988 hasta el mes de febrero de 2015, los cuales en nada influyeron en el reconocimiento de la pensión de jubilación, por lo que contrario a lo afirmado por la encartada, no existe incompatibilidad con la prestación reclamada. Que la CSJ tiene decantado que las pensiones de vejez reconocidas por el RPMPD, no se consideran provenientes del tesoro público, en tanto son aportes de trabajadores y empleadores que simplemente son administrados por la demanda, que representan un patrimonio de afectación parafiscal.

5. Alegatos Colpensiones. Indicó que no es procedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por cuanto existe una incompatibilidad legal, dado que las cotizaciones son utilizadas para financiar la prestación reconocida por la Fuerza Aérea - Ministerio de la Defensa Nacional. Así las cosas, solicitó absolver a Colpensiones de toda carga

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico que centra la atención de la Sala consisten en establecer: ¿Acertó el Juzgado de primera instancia al reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada, por considerarla compatible con la pensión de jubilación concedida al actor por el Ministerio de Defensa Nacional?

Calidad de pensionado y afiliación al RMPMD

Se encuentra probado dentro del proceso que mediante Resolución 6166 del 17 de agosto de 1989, el Ministerio de Defensa Nacional, reconoció a favor del señor José Francisco Rubiano, una pensión mensual de jubilación a partir del 1° de diciembre de 1988, en cuantía inicial de $48.183,84, quien venía prestando sus servicios en la

Fuerza Aérea desde el 3 de junio de 1968 y hasta el 1° de diciembre de 1988 (fols. 44 y s.s.).

Conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones se observa que, el actor se afilió al RPMPD el 22 de noviembre de 1988, dentro del cual realizó sus aportes a través de distintos empleadores de naturaleza privada hasta el 28 de febrero de 2015, completando un total de 1.051,71 semanas de cotización (fols. 21 y s.s.).

Compatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de jubilación

En cuanto a la compatibilidad pretendida, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2655-2018, en la cual se solicitó la compatibilidad entre una pensión del Magisterio y una pensión de vejez por parte de Colpensiones, consideró que teniendo en cuenta que los docentes se encuentran exceptuados del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 cuando laboran para entidades oficiales, si paralelamente prestan sus servicios para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Igualmente, indicó la CSJ que los reglamentos del ISS -a lo que hay que sumarle lo establecido en la Ley 100 de 1993- no restringen la posibilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, antes bien, de su contenido lo que se colige es que son afiliados forzosos al Sistema, de manera que sus empleadores se encuentran obligados a vincularlos y a sufragar los correspondientes aportes, hasta tanto permanezca vigente la relación laboral.

La tesis expuesta, resulta perfectamente aplicable al presente caso, pues conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 quedan exceptuados del Sistema General de Pensiones también los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, como ocurre en el caso del actor. En ese orden, es claro para la Sala de Decisión que las afiliaciones realizadas por el actor a Colpensiones resultan válidas, como sucede en la situación de los docentes oficiales.

Así las cosas, y considerando que se encuentra acreditado que el demandante se encontraba exceptuado del Sistema General de Pensiones consagrado la Ley 100 de 1993 por ser miembro de las Fuerzas Militares, y que además laboró para empleadores de naturaleza privada, quienes en cumplimiento de sus obligaciones legales, hicieron las respectivas cotizaciones para cubrir los riesgos de IVM a Colpensiones que se advierten de la historia laboral visible a folio 21 y s.s., las cuales no fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación concedida por el Ministerio de Defensa Nacional, como se establece claramente en la Resolución N° 6166 del 17 de agosto de 1989 expedida por dicha entidad, en la cual se observa que se tomaron tiempos diferentes a los que se cotizaron a Colpensiones lo cual se dejó sentado desde el inicio de este proveído, es claro que acertó el *a quo* al concluir que la prestación de jubilación y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida son compatibles.

Ahora bien, en cuanto a la incompatibilidad constitucional que alega Colpensiones al contestar la demanda, en tanto considera que en virtud del artículo 128 de la C.P. no es procedente percibir dos asignaciones del tesoro público, ha de decirse que conforme lo ha definido de antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL4036-2019, los dineros con los que el ISS hoy Colpensiones paga las prestaciones que concede, no tienen la calidad de asignación del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, respecto de los cuales la entidad de seguridad social es un mero administrador, además en cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario, dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

Bajo las condiciones expuestas, procede la Sala a verificar si el demandante reúne los requisitos prestablecidas para ser merecedor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que reclama.

Conforme al art. 37 de la Ley 100 de 1993 tienen derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando.

En el presente caso, tenemos que el demandante cumplió los 62 años de edad exigidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, el 17 de junio de 2014 (fol. 20) (norma que le resulta aplicable ante la pérdida del régimen de transición al no contar con 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005), y al revisar la historia laboral visible a folio 21 aparece que únicamente alcanzó a cotizar 1.051,71 semanas en toda su vida laboral, siendo claro que no reunió las 1.275 que exige dicha norma para el año 2014; además, elevó solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva el 30 de agosto de 2016 (fols. 25 y s.s.), de lo cual se deduce su incapacidad para continuar cotizando, por lo que es claro que cumple con los requisitos previstos en el art. 37 de la Ley 100, para acceder a la indemnización sustitutiva que reclama. Por tanto, acertó el Juzgado de primera instancia al reconocer la mencionada prestación.

Para su liquidación y dado que no se allega la historia laboral detallada del actor, se debe indicar que la misma equivale a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas y al resultado se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, conforme al artículo 3º del Decreto 1730 de 2001.

Igualmente, en el presente caso, deberá considerarse que el salario base debe indexarse al año 2016, fecha en que se causó la prestación, pues en dicha anualidad el actor solicitó expresamente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva. (fols. 25y ss.).

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción tal y como lo tiene adoctrinado la Corte Constitucional entre otras en la sentencia T695A del 2010 el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

Indexación de la indemnización sustitutiva

Ante la evidente devaluación monetaria, la indemnización sustitutiva debe ser indexada al momento en que se efectúe su pago, tal y como lo ordenó el Juzgado de primera instancia.

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

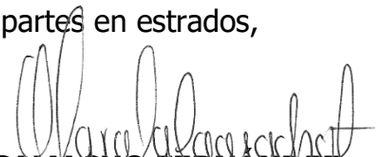
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 11 de febrero de 2019, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido ordenar a Colpensiones que, para efectos de liquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida al actor, aplique los parámetros expuestos en el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, indexando el salario base al año 2016; además, deberá reconocer la mencionada prestación debidamente actualizada al momento del pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes en estrados,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***11001-31050-23-2016-00051-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***RETROACTIVO PENSIONAL***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio de 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez concedida al señor Obdulio Valdés Rodríguez por el período comprendido entre el 16 de junio de 2012 y el 1º de julio de 2013, por valor de $25.456.718, junto con los intereses moratorios o la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s., subsanación fols. 96 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: El señor Obdulio Valdés Rodríguez prestó servicios a su favor entre el 16 de noviembre de 1983 y el 31 de enero de 1999; en diligencia de conciliación celebrada ante la Inspección de Trabajo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Bolívar, el 30 de noviembre de 1998, convino con el señor Valdés el pago de una pensión voluntaria anticipada y temporal por vejez, a partir del 1º de enero de 1999, reconocimiento que sería efectivo hasta que el ex trabajador cumpliera 60 años de edad o hasta el momento en que el ISS le concediera la pensión legal, generándose a partir de allí la obligación de pagar el mayor valor si lo hubiere; el señor Obdulio Valdés fue afiliado por la empresa al ISS, para el cubrimiento de los riegos de IVM, tanto para el momento de causación de la pensión de jubilación, como para la fecha de causación de la pensión legal de vejez; el señor Obdulio Valdés nació el 16 de junio de 1952, por lo que cumplió 60 años el mismo día y mes del año 2012, data para la cual ya contaba con la densidad de semanas exigidas por el Decreto 758 de 1990, para ser

merecedor de una pensión legal; mediante la Resolución GNR 102445 del 20 de mayo de 2013, Colpensiones reconoció al señor Obdulio Valdés Rodríguez, la prestación en cuantía de $2.066.064 del 10 de enero de 2013, cuando la fecha de efectividad de la misma lo fue el 16 de junio de 2012; durante el período comprendido entre el 16 de junio de 2012 y el 1º de julio de 2013, Electricaribe continuó efectuando el pago de la mesada pensional del señor Valdés, aun cuando ello ya era obligación de Colpensiones.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 99 a 100); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el retroactivo pensional no es procedente, en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, y la jurisprudencia de la CSJ. Propuso como excepciones de fondo propuso las de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica. (fols. 102 y s.s.).

4. Contestación del litisconsorcio necesario Obdulio Valdés Rodríguez. Mediante auto del 25 de julio de 2019, el Juzgado tuvo por notificada la demanda por conducta concluyente en relación con el señor Obdulio Valdés Rodríguez (fol. 141). Igualmente, mediante auto del 19 de septiembre de 2019, el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por parte del señor Valdés. (fol. 142).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de octubre del 2019, en la que el Juzgado condenó al señor Obdulio Valdés Rodríguez a reconocer y pagar a favor de Electricaribe S.A. E.S.P., la suma de $11.776.564, por concepto de retroactivo de la pensión de vejez por el período comprendido entre el 10 de enero de 2013 y el 30 de junio de 2013, la cual debe pagarse de manera indexada, absolvió al señor Valdés de las demás pretensiones incoadas por la demandada; absolvió a Colpensiones y condenó en costas al señor Obdulio. (C.D. fol. 166 Min. 05:02).

Como sustento de su decisión indicó que como la fecha de la última cotización efectuada por el señor Obdulio Valdés lo fue en junio de 2013, el disfrute de la prestación sólo sería procedente a partir del 1º de julio de la misma anualidad, muy a pesar de que se alega que la causación del derecho lo fue el 16 de julio de 2012. Que en todo caso, Colpensiones reconoció la pensión de vejez al señor Valdés desde el 10 de enero de 2013, lo cual no ha de modificarse por resultarle más favorables. Que la empresa demandante reconoció al señor Obdulio Valdés una pensión de jubilación el 1º de enero de 1999, la cual es compartible con la pensión de vejez, al ser reconocido con posterioridad al 17 de octubre de 1985, conforme al artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985 y el artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, figura que opera desde la fecha en que fue reconocida la pensión legal de vejez, esto es, 10 de enero de 2013. Que de las pruebas aportadas en el proceso, se tiene que Electricaribe asumió el pago de la mesada pensional a favor del señor Obdulio de manera total hasta el mes de julio de 2013, pues desde este momento asumió solo el mayor valor existente, por tanto, resulta procedente, ordenar el reintegro de los valores pagados por concepto de mesadas pensionales a favor del señor Obdulio desde el 10 de enero de 2013 hasta el 31 de julio de 2013, lo cual deberá ser asumido por el

pensionado, en tanto existe prueba de que Colpensiones reconoció a favor de éste todo el retroactivo pensional generado en virtud del reconocimiento de la pensión de vejez. Que los moratorios se encuentran establecidos para el pensionado, de manera que los mismos resultan improcedentes, pues quien reclama no tiene dicha calidad, sin embargo, habrá de reconocerse la indexación de las sumas adeudadas.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, argumentando que para efectos de realizar el estudio de una pensión compartida, es necesario remitirse a la norma especial que la establece, cual es el artículo 16 del Decreto 758 de 1990, de cuyo texto e infiere que la causación es la fecha a partir de la cual se cumplen los requisitos mínimos exigidos por el ISS para otorgar la pensión de vejez, que en el caso de señor Obdulio Valdés lo fue el 16 de junio de 2012; por ello, a partir de dicha data se debe ordenar al pensionado reintegrar el retroactivo causado, pues desde ese momento la empresa demandante ya no estaba obligada a cubrir la pensión de jubilación en su totalidad, tal y como lo hizo en el presente caso. (CD fol. 166 track 5min. 00:18).

7. Alegatos Colpensiones. Indicó que resulta acertado el análisis efectuado por el Juez en primera instancia toda vez que tal como se señaló en las consideraciones de la sentencia, ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. efectuó el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales en favor del señor OBDULIO VALDÉZ RODRÍGUEZ hasta el mes de junio del 2013, data para la cual Colpensiones ya había asumido la prestación en favor del hoy pensionado, efectuando el reconocimiento del retroactivo pensional desde el 10 de enero del 2013, fecha esta en la que se efectuó la última cotización al Sistema General de Pensiones y se estableció como la data de efectividad de la pensión de vejez a él reconocida.

8. Alegatos Electricaribe S.A. E.S.P. Solicitó confirmar íntegramente el fallo proferido en primera instancia, en el cual resultó vencida y condenada la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, pues previo análisis del *a quo*, se encontraron probados los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda que dieron origen al proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Es procedente el reconocimiento del retroactivo pensional a favor de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. desde el 16 de junio de 2012?

De la calidad de pensionado del señor Obdulio Valdés Rodríguez

Sea lo primero indicar que se encuentra acreditado dentro del proceso, que la ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P. le concedió pensión de jubilación a Obdulio Valdés Rodríguez a partir del 1º de enero de 1999 (fols. 10 y s.s.); así mismo, que el pensionado forma parte del Contrato de Transferencia de Activos que contiene el Convenio de Sustitución Patronal que opera respecto de los

trabajadores y pensionados de la Electrificadora de Bolívar, según se colige de la certificación expedida por la Responsable de Retribuciones y Compensaciones de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. el día 28 de julio de 2015 (fol. 9).

Igualmente, se probó que Colpensiones, mediante Resolución GNR 102445 del 20 de mayo de 2013, otorgó pensión de vejez al señor Obdulio Valdés Rodríguez, en cuantía inicial de $2.066.064, a partir del 10 de enero de 2013, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, por ser beneficiario del Régimen de Transición (fols. 41 y s.s.), siendo preciso advertir que en el mencionado acto administrativo se estableció cero como valor de retroactivo.

Del retroactivo pensional reclamado

En aras de resolver el problema jurídico relacionado con el reconocimiento y pago del retroactivo pensional reclamado por Electricaribe S.A. E.S.P. desde el 16 de junio de 2012, considera la Sala pertinente mencionar en primer lugar que, la prestación jubilatoria concedida al señor Obdulio Valdés Rodríguez por su empleador ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P., a partir del 1º de enero de 1999, lo fue de carácter voluntario y temporal, como se observa del Acta de Conciliación obrante a folios 10 y s.s., en la cual además se estableció que dicha prestación la percibiría mientras aquel reunía los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, aunado al hecho de que no obra prueba en el plenario de pacto expreso de compatibilidad pensional, por lo que se entiende que tal prestación es compartida.

En este orden, cumple recordar que el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, consagra claramente que las pensiones de jubilación extralegales causadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, son compartidas con las de vejez que otorga el ISS, salvo que en la respectiva convención colectiva de trabajo, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente que las pensiones en ellos reconocidas no serán compartidas con las que otorgue el ISS, o lo que es igual, existe un pacto expreso de compatibilidad.

A su turno, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad señala:

> *"Compartibilidad de las pensiones extralegales.- Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.*
>
> *Parágrafo.- Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales."* (Subraya fuera de texto)

Atendiendo la norma en cita, considera la Sala que le asiste razón a la sociedad demandante en su apelación, en la medida que su obligación de pagar íntegramente al señor Valdés Rodríguez la pensión de jubilación, cesó en el momento en que éste cumplió los requisitos mínimos para acceder a la prestación de vejez por parte de la Administradora del Régimen de Prima Media, pues a partir de este momento sólo estaba a su cargo el mayor valor, si lo hubiere.

Ahora, debe precisarse que señor Valdés cumplió los 60 años de edad el 16 de junio de 2012, al haber nacido el mismo día y mes del año 1952, como da cuenta la Resolución GNR 102445 del 20 de mayo de 2013 (fols. 41 y s.s.), fecha para la cual acreditaba 1604 semanas, como se extrae del reporte de semanas cotizadas en pensiones obrante en el expediente administrativo (CD fol. 156), superando así los condicionamientos para acceder a la prestación en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

Por tanto, hasta el 16 de junio de 2012, la parte demandante estaba llamada a cubrir la totalidad de la pensión de jubilación a su extrabajador, de manera que en principio sería acreedora de las mesadas que le debieron ser reconocidas al señor Valdés desde dicha data, por concepto de pensión de vejez, en tanto no existe duda que Electricaribe S.A. E.S.P. continuó sufragando la totalidad de la prestación mientras COLPENSIONES asumía la obligación, según se constata de los comprobantes de pago obrantes a folios 25 y s.s., de los cuales se puede colegir claramente que ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. canceló el valor total de las mesadas causadas desde 16 de junio de 2012 al señor Obdulio, que correspondía pagar a COLPENSIONES.

Sobre este aspecto vale recordar lo explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia N° 36995 de 09 de junio de 2010:

> *"(...) Ha señalado la Corte en otras oportunidades que no se trata en estos casos de una cesión de derechos como un acto jurídico por el cual un acreedor cede o transfiere voluntariamente un crédito o derecho personal, sino que lo que se presenta es un pago anticipado de la pensión de vejez a cargo del I.S.S. por parte de la entidad jubilante, que para evitarle un perjuicio al trabajador continúa sufragando el valor total de la prestación cuando ya no está a su cargo íntegramente, por haber operado la subrogación por parte del seguro social.*
>
> *En la sentencia Radicación N° 27311 del 15 de junio de 2006, señaló la Corte textualmente:*
>
> *"Conforme a la ley y a partir de la asunción del riesgo de vejez para el ISS, desaparece la obligación de la empresa jubilante de continuar cubriendo las mesadas pensionales a su extrabajador, quedando a su cuenta únicamente el mayor valor si lo hubiere entre las dos pensiones; luego, si lo hizo fue para proteger al pensionado.*
>
> *"Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas no pertenecen propiamente al afiliado, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello, lo que de plano desvirtúa la cesión de derechos y por ende la aplicación del precepto legal que la prohíbe, además que con ello no se desconoce que el accionante sea el verdadero*

beneficiario del derecho pensional, cuyas mesadas continuará recibiendo a través de la entidad que legalmente le corresponde el pago"...".

Y es que si bien, Electricaribe S.A. E.S.P. continuó realizando cotizaciones a favor del pensionado, después de que éste adquirió su estatus pensional y hasta la fecha en que efectivamente le fue reconocida por Colpensiones la pensión de vejez, que como se dijo lo fue el 10 de enero de 2013, según se constata de la Resolución GNR 102445 del 20 de mayo de 2013 (fols. 41 y s.s.), lo cierto es que Colpensiones no debió considerar dichos aportes, pues como lo resalta la parte apelante, las pensiones compartidas tienen establecida una regulación especial, de la cual es posible advertir que una vez el pensionado reúne los requisitos de la pensión de vejez, opera la subrogación del riesgo, estando entonces obligada Colpensiones a reconocer la prestación a partir de ese momento, como se adujo en precedencia.

No obstante, vale decir que la Sala se encuentra imposibilitada para imponer condena por el retroactivo pensional reclamado desde el 16 de junio de 2012, en los términos solicitados en el recurso de apelación, pues nótese que la parte convocante peticiona que dicho concepto sea asumido por el pensionado, es decir por el señor Obdulio Valdés Rodríguez, lo cual no resulta razonable para la Colegiatura, en la medida que la prestación de vejez no le fue reconocida por Colpensiones desde dicha fecha, sino como se dijo, desde el 10 de enero de 2013, luego es claro que el pensionado no está llamado a reconocer las mesadas generadas desde que causó su derecho pensional, en tanto Colpensiones no procedió a reconocerlas a su favor, siendo evidente que Valdés Rodríguez no ha recibido doble pago por su pensión de vejez entre el 16 de junio de 2012 y el 9 de enero de 2013.

Y es que si bien el pensionado solicitó la prestación de vejez el 13 de marzo de 2013 (fols. 41 y s.s.), lo cierto es que en virtud de la ley, Colpensiones era la llamada a conceder la prestación desde el 16 de junio de 2012, luego los pagos recibidos por el señor Obdulio provenientes de Electricaribe, lo fueron de buena fe, por lo que se equivoca la parte recurrente en pretender el retroactivo directamente del señor Valdés, cuando en realidad debió peticionarlo de Colpensiones; sin embargo, como ello no se plantea en el recurso de apelación, la Sala no podrá impartir condena en contra de dicha entidad.

Finalmente, considera el Tribunal pertinente advertir frente a la decisión asumida por el Juzgado de primera instancia, en el sentido de condenar al pensionado en mención a pagar a favor de la parte demandante el retroactivo pensional generado entre el 10 de enero de 2013 y el 30 de junio de la misma anualidad, que la misma independientemente de si se comparte o no, está llamada a permanecer incólume, en la medida que respecto de ella no se interpuso recurso de apelación y tampoco procede el grado jurisdiccional de consulta, ya que el señor Valdés no tiene pretensión, pues no se trata de la parte demandante y no contestó la demanda, como para entender que en dicho escrito sí formuló alguna petición.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***LUCY MORENO MOLINA***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***11001-31050-08-2017-00673-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***PENSIÓN DE INVALIDEZ***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARIA ELENA FIERRO GARCÍA como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUCY MORENO MOLINA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que ordene la modificación de la fecha de estructuración de la invalidez a la data en que se realizó la última cotización al Sistema; asimismo, en aplicación de la condición más beneficiosa, se condene a la demandada a reconocer la pensión de invalidez, junto con el pago de las mesada adicionales, la indexación, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: realizó cotizaciones al entonces ISS entre el 20 de marzo de 1973 y el 31 de marzo de 2012, para un total de 899 semanas, de las cuales 738 fueron cotizadas en vigencia del Acuerdo 049 de 1990; que padece Parkinson 2, epilepsia, y otras enfermedades que le han limitado su funcionalidad desde la edad de 15 años; dejó de cotizar en calidad de trabajadora dependiente el 1° de marzo de 1987 y reactivó sus cotizaciones como independiente, efectuando aportes hasta el 31 de marzo de 2012; el ISS mediante Resolución 038856 del 29 de agosto de 2008 le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía única de $3.110.990; no obstante, dicho valor no fue reclamado y retornó a la entidad demandada; Colpensiones profirió dictamen de

pérdida de capacidad laboral en el cual se le determinó un porcentaje del 70,93%, sin embargo, solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante la Resolución GNR 265456 de 2016, bajo el argumento que no acredita 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; formuló acción de tutela contra la demandada solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, la cual fue concedida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, y ordenó a Colpensiones reconocer a su favor la pensión de invalidez.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 178); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante no acredita 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez. Que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, la demandante tampoco reúne las semanas exigidas por la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fols. 188 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de noviembre de 2019, en la cual el Juzgado declaró que la actora tiene un porcentaje de PCL del 70,93%, por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 4 de diciembre de 2013, condenó al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de la demandante, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 4 de diciembre de 2013, sobre 13 mensualidades pensionales al año, así como la suma de $36.537.955,74 a título de retroactivo pensional causado hasta el 28 de enero de 2018, debidamente indexado; autorizó los descuentos de salud a que hubiere lugar, absolvió a la demandada de las demás pretensiones formuladas en su contra y declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 258 min. 15:20).

Como sustento de su decisión indicó que el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez por requerimiento realizado por el Juzgado, estableció como fecha de estructuración de la invalidez el 4 de diciembre de 2013, lo cual no fue controvertido por las partes, aun cuando les fue puesto en conocimiento, por tanto, el mismo se encuentra en firme, siendo del caso considerar como fecha de estructuración de la PCL de la actora, la fecha en mención. Que la norma aplicable al caso corresponde a la Ley 860 del 2003, acreditando la actora las condiciones para ser merecedora de la pensión que reclama, pues cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 70,93% y acredita un total de 68,14 semanas con anterioridad al 4 de diciembre del 2013. Que una vez realizada la liquidación de la prestación aplicando los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, su valor resulta inferior al SMLMV, por lo que ha de reajustarse a dicho monto. Que proceden 13 mesadas al año conforme a la fecha de causación y a lo estatuido en el Acto Legislativo 001 de 2005. Que no hay lugar a intereses moratorios cuando el actuar de la administradora de pensiones encuentra justificación en la norma con que debía resolver el derecho, no pudiéndose calificar como arbitrario; sin embargo, procede la indexación de las mesadas adeudadas. Que no opera la excepción de prescripción, y como quiera que la prestación ya fue reconocida por la encartada a partir del 29 de enero de 2018, ante el amparo transitorio concedido por el Tribunal en sede de tutela, se deben

pagar a favor de la actora las mesadas adeudadas entre el 4 de diciembre de 2013 y el 28 de enero de 2018.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, argumentando que la prestación debe pagarse desde el año 2013, incluyendo las mesadas causadas con posterioridad, pues Colpensiones al reconocer la prestación en cumplimiento al fallo de tutela, solo giró un valor aproximado de $4.000.000, de suerte que se adeudan las mesadas caudas desde la fecha de en mención hasta la fecha en que se haga efectivo el pago. (C.D. fol. 258 Min. 38:28).

6. Alegatos demandante. Solicita que se modifique la decisión proferida en primera instancia, para que se ordene a la demandada el pago del retroactivo pensional causado desde el 4 de diciembre de 2013, pudiendo descontar las mesadas que efectivamente le fueron reconocidas por la entidad.

7. Alegatos Colpensiones. Solicitó absolver a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Acertó el *a quo* al establecer la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la actora para el 4 de diciembre de 2013? (ii) ¿La demandante tiene derecho a la pensión de invalidez que reclama? y (iii) ¿Se equivocó la falladora de primera instancia al imponer condena a título de retroactivo pensional únicamente por las mesadas causadas hasta el 28 de enero de 2018?

De la invalidez

Se encuentra probado dentro del proceso que Colpensiones mediante dictamen del 27 de abril de 2016, determinó que la actora presenta una pérdida de capacidad laboral del 70,93%, con fecha de estructuración 14 de abril de 2016, por enfermedad de origen común (Enfermedad de Parkinson) (fols. 15 y s.s.).

Mediante sentencia del 1° de noviembre de 2017, el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá amparó los derechos fundamentales de la actora y ordenó a Colpensiones reconocer a su favor la pensión de invalidez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 14 de abril de 2016, en cuantía mensual de un SMLMV, ordenándole a su vez a la demandante que debe iniciar la acción laboral correspondiente para que se determine el valor real de la mesada pensional.

Dicha decisión fue modificada por este Tribunal mediante sentencia del 29 de enero del 2018, en el sentido de ordenarle a la demandada que reconozca la prestación, a partir de la fecha en que se profiere el fallo de tutela en segunda instancia; además se precisa que la tutela se concede como mecanismo transitorio para que en el

término de 4 meses, la demandante inicie la acción laboral correspondiente, en la cual se determine la procedencia o no del derecho reclamado a la luz de la norma que sea aplicable al asunto. (fols. 198 y s.s.).

Por orden del Juzgado de primera instancia, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, profirió nuevo dictamen el 5 de abril del 2019, en el cual determinó que la PCL de la actora se estructuró el 4 de diciembre de 2013, y resaltó que los diagnósticos que la generan son Enfermedad de Parkinson y Otras Epilepsias y Síndromes Epilépticos. (fols. 240 y s.s.).

De la fecha de estructuración

En punto al problema jurídico relacionado con la fecha de estructuración de la PCL de la demandante, debe recordar la Sala que sobre los dictámenes de calificación de invalidez ha indicado la CSJ entre otras, en la sentencia SL5601-2019, que si bien ha de resaltarse la importancia que tienen los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, por emanar de autoridades científico técnicas autorizadas por el legislador y por su deber de fundamentarse en la historia clínica, exámenes médicos y demás observaciones diagnósticas relativas al estado de salud del paciente, lo cierto es que por la diversidad de factores que confluyen a la determinación de la realidad de la salud del paciente y la evolución de su capacidad laboral, dichos dictámenes no constituyen una prueba definitiva, incuestionable o inmodificable en el marco del proceso ordinario, como tampoco pueden considerarse como una prueba de carácter ad substantiam actus, en tanto que ellos, son una prueba más del proceso que el juzgador debe valorar de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento.

En ese orden, en los términos de la Alta Corporación, el juez del trabajo tiene el poder jurisdiccional para establecer el estado de invalidez y todas sus variables asociadas, esto es, el origen de la enfermedad o accidente, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, para lo cual cuenta con amplias facultades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones.

Conforme a lo anterior, y descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que al proceso fue allegado el dictamen del 27 de abril de 2016, proferido por Colpensiones, el cual determinó que la actora presenta una pérdida de capacidad laboral del 70,93%, con fecha de estructuración **14 de abril de 2016**, por enfermedad de origen común (Enfermedad de Parkinson) (fols. 15 y s.s.).

Dicha experticia, es cuestionada por la parte actora en su escrito de demanda, en tanto considera que la fecha de estructuración de la invalidez determinada por la demandada, no tuvo en cuenta su historia clínica, la cual evidencia que ésta padece su enfermedad desde hace varios años.

Es por ello que el Juzgado de primera instancia, en auto del 30 de octubre del 2018 (fol. 230), ordenó a costa de la parte actora, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinara la fecha de estructuración de la PCL, teniendo en cuenta para el efecto dos diagnósticos, esto es, Parkinson y Epilepsia Focal.

Dicho organismo profirió dictamen el 5 de abril del 2019, en el cual estableció el 4 de diciembre de 2013, como fecha de estructuración de la invalidez de la señora Moreno Molina (fols. 241 y s.s.), el cual como se observa difiere de la fecha de estructuración determinada por Colpensiones.

Ante las diferentes fechas anteriormente establecidas, recurre la Sala de Decisión a las demás pruebas obrantes en el proceso, entre las que se destaca la historia clínica de la demandante (fols. 34 y s.s.), para concluir que acertó el Juzgado de primera instancia al darle primacía a la fecha de estructuración definida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, pues nótese que en su dictamen, dicho organismo indicó que *"…se determina como fecha de estructuración la del 4 de diciembre de 2013, en la cual se documenta por Neurología, enfermedad de parkinson, con alteración cognitiva, secuelas que sumadas a las del DX de epilepsia, le están generando una pérdida de capacidad laboral mayor del 50%, persiste a la fecha"*

Así, se advierte que la Junta Regional justifica claramente la fecha de estructuración que determinó a la convocante, lo cual se puede corroborar en la historia clínica, pues se documenta epilepsia focal desde los 20 años, y si bien no se observa la atención por Neurología del 4 de diciembre de 2013, sí se observa que desde el 15 de mayo de 2013 la actora consulta por temblor en manos, frente a lo cual el médico tratante ordena valoración por Neurología, a fin de descartar diagnóstico de Parkinson (fols. 73 a 74).

A lo anterior, se suma que la fecha de estructuración definida por Colpensiones, no se encuentra justificada por la entidad en mención en el dictamen de calificación de invalidez y en la historia clínica no se observa ningún control que le haya sido realizado a la convocante en dicha anualidad.

Conforme a lo anterior, la Sala comparte la tesis del Juzgado de modificar la fecha de estructuración de la invalidez definido por la Junta Regional, pero no porque éste se encuentre en firme como lo indicó el *a quo*, sino porque la misma se ajusta a lo que arroja la lectura de la historia clínica obrante en el proceso.

De la pensión de invalidez

En punto al problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, ha de decirse que la normatividad aplicable al presente caso, tal y como lo indicó el *a quo*, son los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 modificado este último por la Ley 860 del 2003, como quiera que es la preceptiva vigente para el momento en que se produjo la estructuración de la invalidez del demandante- 4 de diciembre de 2013-. (Sentencia H. Corte Suprema de Justicia SL 3481 del 1º de marzo del 2017)

La normatividad señalada exige como requisitos para acceder a una pensión de invalidez una pérdida de PCL igual o superior al 50% y 50 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, las cuales cumple la convocante como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues aparte que cuenta con un 70,63% de PCL, entre el 4 de diciembre de 2010 y el 4 diciembre de 2013 acredita un total de 68,14 semanas conforme a la historia laboral allegada por Colpensiones (fols. 184 y s.s.).

Por tanto, la actora tiene derecho a la pensión de invalidez, desde el 4 de diciembre de 2013, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente como lo dijo el *a quo*, en la medida que se trata del tope mínimo establecido por la ley, y ello no fue discutido en el recurso de apelación. Igualmente, se concede por 13 mesadas anuales al año, pues así lo definió el Juzgado y ello no fue objeto de alzada.

Prescripción

Como quiera que el dictamen de pérdida de capacidad laboral de Colpensiones le fue notificado a la actora el 17 de mayo de 2016 (fols. 16 y s.s.), la reclamación administrativa fue formulada el 3 de junio de 2016, como da cuenta la Resolución GNR 265456 del 8 de septiembre de 2016 (fols. 28 y s.s.) y la demanda se presentó el 14 de noviembre de 2017 (fol. 176), es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que acertó el Juzgado de primera instancia al declarar no probada la excepción de prescripción.

Del retroactivo pensional

En cuanto al problema jurídico relacionado con el valor del retroactivo adeudado, advierte la Sala que el recurrente considera que el Juzgado se equivoca al conceder las mesadas causadas solo hasta el 28 de enero de 2018, pues aunque la prestación fue reconocida por Colpensiones en cumplimiento de fallo de tutela, lo cierto es que según su dicho la entidad solo ha pagado por la misma un valor aproximado de $4.000.000, por lo que deben pagarse todas las mesadas generadas desde el 4 de diciembre de 2013.

Al respecto, se advierte que la prestación ya le fue reconocida a la actora en cumplimiento del amparo transitorio otorgado por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, que fuera modificado por este Tribunal, como se advierte a folios 198 y s.s.

Así, en cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 1° de noviembre de 2017, Colpensiones emitió la Resolución DIR 22018 del 1° de diciembre de 2017, obrante en el expediente administrativo (CD fol. 228), mediante la cual reconoció la pensión de invalidez a favor de la actora en cuantía de un SMLMV, desde el 14 de abril del 2016, y reconoció un retroactivo de $15.448.390,00.

Posteriormente, en aras de dar cumplimiento al fallo de tutela proferida por esta Corporación el 29 de enero de 2018, Colpensiones emitió un nuevo acto administrativo, esto es, la Resolución DIR 2201 del 31 de enero de 2018, mediante la cual modifica la Resolución DIR 22018 del 1° de diciembre de 2017, en el sentido de reconocer la pensión de invalidez de la convocante transitoriamente durante 4 meses, a partir del 29 de enero de 2018, para un valor total de $833.325 (fols. 218 y s.s.).

No obstante, conforme da cuenta la certificación de fecha 2 de febrero de 2018, obrante en el expediente administrativo (CD fol. 228), se tiene que a la demandante le fue pagado efectivamente el valor de $13.764.490, pues en ella se indica que esa suma fue girada al número a su número de cuenta, sin que se advierta probada alguna devolución; dicha certificación además da cuenta del pago de la mesada de enero de 2018, por valor de $781.242

Además, las certificaciones de fecha 3 de abril y 3 de julio del 2018, expedidas por la encartada, informan el giro de las mesadas correspondientes a febrero y marzo de la anualidad en mención, por un total de $2.295.709 (CD fol. 228).

Por tanto, es claro para la Sala que Colpensiones ha pagado a la actora un total de $16.841.441,00, por las mesadas pensionales correspondientes a la pensión de invalidez, de suerte que si bien, el retroactivo pensional causado entre el 4 de diciembre de 2013 y el 30 de septiembre de 2020 asciende a la suma de $64.879.717,00, al mismo habrá de descontársele el valor ya pagado ($16.841.441,00), para un total de $48.038.276,00.

Retroactivo pensional entre el 4° de diciembre del 2013 al 30 de septiembre del 2020			
Año	Valor mesada	Nº mesada	Total
2013	$ 589.500,00	1,9	$ 1.120.050,00
2014	$ 616.000,00	13	$ 8.008.000,00
2015	$ 644.350,00	13	$ 8.376.550,00
2016	$ 689.455,00	13	$ 8.962.915,00
2017	$ 737.717,00	13	$ 9.590.321,00
2018	$ 781.242,00	13	$ 10.156.146,00
2019	$ 828.116,00	13	$ 10.765.508,00
2020	$ 877.803,00	9	$ 7.900.227,00
Total retroactivo			$ 64.879.717,00
Menos valor pagado ($16.841.441,00)			$ 48.038.276,00

De lo anterior, resulta claro que se equivoca el apelante cuando afirma que a la parte actora solo se le ha reconocido un valor aproximado de $4.000.000 por mesadas pensionales.

Ahora bien, como quiera que no se encuentra probado dentro del expediente si la convocada continuó pagando las mesadas pensionales generadas desde el mes de mayo de 2018, se autorizará su descuento, siempre y cuando hayan sido efectivamente canceladas a la demandante por parte de Colpensiones.

Indexación

Advierte la Sala de Decisión, que ante la evidente devaluación monetaria se confirma la indexación de las sumas adeudadas, la cual debe calcularse desde que cada una de las mesadas se hizo exigible de manera independiente, hasta el momento en que se efectúe su pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2019, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a reconocer y pagar a favor del actor, la suma de $48.038.276,00 por concepto de

retroactivo pensional, causado entre el 4 de diciembre de 2013 y el 30 de septiembre de 2020, junto con la indexación, que debe calcularse desde que cada una de las mesadas se hizo exigible de manera independiente, hasta el momento en que se efectúe su pago. Asimismo, se autoriza el descuento de las mesadas generadas desde mayo de 2018, en caso de que las mismas hayan sido pagadas.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***ISLENIA TORRES TELLO***
DEMANDADO: ***UGPP Y OTROS***
RADICACIÓN: ***11001-31050-16-2014-00213-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ISLENIA TORRES TELLO instauró demanda ordinaria contra la UGPP, la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Colpensiones, la Alcaldía del Municipio de San Luis Tolima y Caprecom, con el fin de que se condene: (i) a Caprecom a reconocer y pagar ante Colpensiones el bono pensional o los aportes para los riesgos de IVM correspondientes al señor Lisímaco Cortés Medina, con la debida indexación o de manera subsidiaria, se condene a la entidad en mención a reconocer y pagar a su favor la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, junto con la indexación y los intereses moratorios; (ii) al Municipio de San Luis Tolima a reconocer y pagar ante Colpensiones el bono pensional o los aportes para los riesgos de IVM correspondientes al señor Lisímaco Cortés Medina, con la debida indexación, o de manera subsidiaria, se condene a la entidad en mención a reconocer y pagar a su favor la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, junto con la indexación y los intereses moratorios; (iii) declarar que el causante Lisímaco Cortés Medina laboró para la Caja Agraria 13 años y 222 días que representan 709 semanas, no obstante no fue afiliado al entonces ISS; asimismo, se declare que laboró para el Municipio de San Luis Tolima 821 días, cuyas cotizaciones se efectuaron a la Caja de Previsión Municipal, e igualmente, para el Ministerio de Comunicaciones un total de 520 días, cuyas cotizaciones se efectuaron a Caprecom, para un total de tiempo laborado 17 años y 103 días, que corresponde a 901 semanas; en consecuencia, se condene a la UGPP al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge a la luz de la Ley 100 de 1993, junto con el retroactivo pensional junto con la indexación o de manera subsidiaria, reconocer a su favor la indemnización

sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la indexación y los intereses moratorios; (iv) declarar que las demandadas no afiliaron al causante al ISS y en consecuencia, se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a ejecutar el aprovisionamiento y cálculo actuarial de los aportes para los riesgos de IVM o el bono pensional del causante por el tiempo laborado en el sector público con la debida actualización de la base salarial que devengaba en las distintas entidades, el cual deberá ser depositado a Colpensiones; (v) declarar que Colpensiones tiene la responsabilidad de reconocer y pagar las pensiones del sector público en virtud del Decreto 4937 de 2009, e igualmente, que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge del causante; (vi) condenar de manera subsidiaria a Colpensiones a afiliar post mortem al causante y reconocer a su favor la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge, junto con el retroactivo pensional y la indexación, o se le condene a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, junto con los intereses moratorios y la indexación; (vii) lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 186 y s.s.; subsanación fol. 211).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: el señor Lisímaco Cortés Medina suscribió contrato de trabajo con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, el cual estuvo vigente entre el 7 de noviembre de 1963 y el 17 de junio de 1977; que el causante también laboró para el Municipio de San Luis Tolima un total de 821 días, los cuales fueron cotizados ante la Caja de Previsión Social; que el señor Lisímaco Cortés prestó igualmente su servicios para el Ministerio de Comunicaciones entre el 20 de junio de 1949 y el 22 de noviembre de 1950, por manera que laboró para el sector público un total de 17 años, 3 meses y 21 días, equivalentes a 890 semanas que no fueron cotizadas al ISS; que el ISS hoy Colpensiones tiene registrado a un pensionado, el señor Luis Alberto Sierra, con el número de cédula de ciudadanía que le corresponde al señor Lisímaco Cortés Medina, lo cual no ha sido corregido por la entidad a pesar de diversas solicitudes efectuadas; que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin embargo, la misma no ha sido reconocida por la UGPP, Caja Agraria ni Colpensiones; que contrajo matrimonio con el causante el 11 de enero de 1970; que no tiene pensión y dependía económicamente de su cónyuge; que elevó reclamación administrativa ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, las cuales fueron resueltas de manera negativa a sus pretensiones.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 46); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el causante no realizó aportes con destino al ISS hoy Colpensiones, pues prestó sus servicios a favor de entidades del orden nacional y territorial que no hicieron aportes a la demandada, por manera que no es de su competencia el reconocimiento pensional, precisando que en relación con los tiempos laborados en la Caja Agraria y en el Ministerio de Comunicaciones, la entidad llamada a responder es la UGPP. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, prescripción, inexistencia de intereses moratorios e indexación, falta de legitimación en la causa por activa-por pasiva y la genérica. (fols. 224 y s.s.).

4. Contestación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas en su contra argumentando que los bonos pensionales creados por la Ley 100 de 1993, están destinados única y exclusivamente a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones a los afiliados al Sistema General de Pensiones. Agregó que para tener derecho al reconocimiento de un bono pensional (Tipo A o B) la persona que pretende acceder al mismo debe encontrarse afiliada a uno de los regímenes que actualmente existen dentro del Sistema General de Pensiones, esto es, al RPMPD o al RAIS, condición que no cumplió el causante Lisímaco Cortés Medina, por lo que no existe ninguna responsabilidad, que pretende la demandante, mas aun cuando su tramite se encuentra radicado en las administradoras de pensiones. Finalmente, adujo que respecto de los tiempos laborados por el causante al servicio de la Caja Agraria, el Ministerio en virtud de la liquidación de la referida institución asumió los tiempos laborados por los ex empleados de dicha entidad siempre y cuando éstos se encuentren incluidos en el cálculo actuarial elaborado por la Caja Agraria y entregado a la entidad, así en el caso del causante, se pudo establecer que se encuentra incluido en el respectivo cálculo actuarial, razón por la cual los tiempos laborados por este ante la Caja Agraria serán asumidos por la Nación, siempre y cuando la entidad responsable solicite el reconocimiento de los mismos. Propuso como excepción de fondo la de inexistencia de la obligación. (fols. 242 y s.s.).

5. Contestación de CAPRECOM. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas argumentando que no tiene competencia para resolver ninguna petición realizada por ningún trabajador del Ministerio de Telecomunicaciones o de Telecom, ni para expedir ningún acto administrativo sobre sus trabajadores o extrabajadores, dado que ello corresponde a la UGPP por disposición legal. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe. (fols. 254 y s.s.).

6. Contestación de la UGPP. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas argumentando que el causante no acreditó los requisitos establecidos en la Ley 171 de 1961, dado que su desvinculación de la Caja Agraria no fue por despido sin justa causa, ni por retiro voluntario, sino por fallecimiento del extrabajador. Agregó que la norma vigente a la fecha de la muerte del causante lo era el Decreto 1848 de 1969, el cual exigía 20 años de servicios y 55 años, en caso de los varones, requisitos que no acreditó el señor Lisímaco Cortés Medina a la fecha del óbito, por lo que no hay lugar a sustituir ningún derecho. Señaló que la Caja Agraria no estaba en la obligación de cotizar al ISS hoy Colpensiones por falta de cobertura, de manera que no puede expedir bono pensional tipo B a favor del causante, al no encontrarse afiliado a dicha entidad, precisando que, en todo caso desde el 30 de septiembre de 2004, la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, asumió el reconocimiento, liquidación y emisión de los bonos pensionales de los extrabajadores de la extinta Caja Agraria. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de indexación, falta de título y de causa en la parte actora, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales. (fols. 262 y s.s.).

7. Contestación de la Alcaldía Municipal de San Luis-Tolima. Mediante auto del 20 de abril de 2017, el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por parte de la Alcaldía Municipal de San Luis-Tolima. (fols. 400 y s.s.).

8. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de junio del 2019 en la cual el Juzgado absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la demandante, declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa e inexistencia de la obligación y condenó en costas a la parte actora. (CD fol. 368).

Como sustento de su decisión indicó que en el presente caso se encuentra acreditado que el causante estuvo vinculado a la Caja Agraria, al Municipio de San Luis Tolima y al Ministerio de Comunicaciones, para un total de tiempos a favor del sector público de 17 años, 3 meses y 21 días, hasta la fecha de su fallecimiento que lo fue el 17 de junio de 1977, cuando aun estaba vigente su relación laboral con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

Adujo que conforme a lo establecido por la CSJ, en sentencia SL19550-2017, en virtud del carácter retrospectivo de las normas de seguridad social y de los principios de universalidad e integralidad que las rigen, las disposiciones llamadas a regir los efectos de la omisión en la afiliación al Sistema de Pensiones, son las vigentes al momento en que se causa la prestación reclamada, de manera que no es procedente el reconocimiento del bono pensional o el cálculo actuarial, con miras a hacer efectivo el traslado de los dineros o de los aportes pensionales ante Colpensiones, dada la fecha del fallecimiento del causante, la cual tuvo lugar con bastante antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, norma que introdujo los bonos pensionales o los títulos pensionales pretendidos; además, los tiempos de servicios del causante ya se encuentran acreditados y es sobre ellos que debe analizarse la procedencia de las prestaciones reclamadas, sin que deba recurrirse a dichas figuras, sino a las cuotas partes pensionales que eventualmente tuvieren que sufragar las entidades demandadas.

Agregó que la norma aplicable al caso, corresponde a la que se encontraba vigente a la fecha del fallecimiento, esto es, el Decreto 1848 de 1969, cuyo artículo 68 estableció la pensión de jubilación para el empelado oficial que haya prestado servicios durante 20 años continuos o discontinuos en establecimientos o entidades señaladas en el artículo 1º del Decreto en mención y cuenten con 55 años de edad en el caso de los varones, precisando que el causante no acreditó dicho tiempo de servicios, como para que hubiere dejado causada la pensión plena que le fuere sustituida a la demandante, y tampoco cumplió con los presupuestos de la Ley 171 de 1975, dado que el vínculo laboral terminó por el hecho de la muerte, por lo que tampoco puede la actora ser beneficiaria de esta prestación en calidad de cónyuge.

En lo que se refiere a la indemnización sustitutiva, dijo que no le asiste el derecho a la convocante, por virtud de los principios de la vigencia de la ley en el tiempo y el efecto general inmediato de las normas, ya que a la fecha del fallecimiento del causante no había surgido aun dicha prestación, la cual nace con el Acuerdo 049 de 1990 para afiliados al ISS, y si bien, la Corte Constitucional ha morigerado esta posición, lo cierto es que lo ha hecho en situaciones en las cuales el fallecimiento ha tenido lugar en vigencia de la Ley 100 de 1993.

9. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **parte actora** interpuso recurso de apelación argumentando que "*…la Nación reconoció tener un cálculo dentro de sus valores a favor del señor Lisímaco Cortes Medina, dice que el no es el empleador pero que si aparece un cálculo a nombre del señor, teniendo en cuenta eso, yo presento el recurso para que el Tribunal establezca los derechos fundamentales de mi demandante y se apliquen los principios constitucionales y la progresividad del sistema pensional para que resuelva si le corresponde la pensión de*

sobrevivientes o debe de recibir la indemnización sustitutiva de la pensión… quisiera ampliar respecto a la progresividad del sistema que permite que teniendo esa cantidad de semanas que son 900 pasaditas de trabajo en las entidades públicas pues se permita mediante el Decreto 4937 del 2009 pasar esos cálculos al seguro social y sea el seguro social el que determine reconociendo una pensión de sobrevivientes como es el caso que aquí se solicita"

10. Alegatos demandante. Manifestó que mediante memorial anterior radicó ante la Corporación el oficio determinado DGD – 183-1484-2019 que expidió la GOBERNACIÓN DEL TOLIMA con fecha julio 18 de 2019, que se configura como prueba sobreviniente, y en la cual se está acreditando un tiempo laborado por el fallecido señor LISÍMACO CORTÉS MEDINA, en el sector público de 811 días o 115.85 semanas, dentro de los años 1961, 1962 y 1963, en el cargo de recaudador estanquero de la Palmita y Saldaña, tiempos que aparecieron fuera de la etapa de pruebas y aportadas por los familiares de la cónyuge sobreviviente. Es así que el causante laboró 1017 semanas soportadas en documentos expedidos por Entidades Públicas, que permiten integrar la pensión de sobrevivientes para la señora ISLENIA TORRES, con aplicación del Decreto 3041 de 1966 que aprobó el Reglamento del Seguro Social Obligatorio en su artículo 20 y 21 por ser la norma vigente al momento del fallecimiento del señor LISÍMACO CORTÉS, precisando que éste incluso tenía más de las 26 o 50 semanas que exige la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

11. Alegatos UGPP. Indicó frente a la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales que por cualquier concepto se deriven del vínculo laboral, se presenta la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por falta de competencia de la función administrativa en cabeza de la UGPP, por lo cual no es posible asumir estos pagos, lo anterior de acuerdo con el art. 156 de la Ley 1151 de 2007. Con respecto al BONO o TITULO PENSIONAL a favor del causante pensionado LISIMACO CORTES MEDINA, dijo que no es responsable del reconocimiento y pago de la prestación económica solicitada, ya que esta prestación se encuentra a cargo de COLPENSIONES, siendo dicha Entidad la encargada del estudio de la historia laboral del reclamante y de solicitar la expedición del Bono Tipo B al Emisor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se deben trasladar los tiempos de servicios laborados por el causante al sector público con destino a Colpensiones, a través de cálculo actuarial por virtud del Decreto 4937 de 2009?, (ii) ¿La demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge Lisímaco Cortés Medina?, en caso negativo, (iii) ¿Tiene derecho a una pensión sustitutiva de la pensión de sobrevivientes?

Del traslado de un cálculo actuarial con destino al ISS hoy Colpensiones

De la interpretación del recurso de apelación formulado por la demandante, entiende la Sala que ésta insiste en que se disponga el traslado de la totalidad de los tiempos públicos servidos por el causante Lisímaco Cortés Medina

representados en un cálculo actuarial con destino a Colpensiones, para que sea esta entidad quien proceda a reconocer a su favor la pensión de sobrevivientes que reclama. Lo anterior, atendiendo lo establecido en el Decreto 4937 de 2009.

Pues bien, al respecto cumple advertir que el Decreto en mención tiene como finalidad crear un mecanismo de financiación implementado por parte del Estado para que el ISS hoy Colpensiones pueda reconocer y pagar las pensiones de vejez o jubilaciones de los servidores públicos beneficiarios del régimen, cuyas pensiones no se financian con bono pensional Tipo B, de manera que lo allí previsto tiene aplicación respecto de empleadores del sector público afiliados al ISS siendo asimilados a empleadores del sector privado, cuyos servidores tengan derecho a una pensión legal del sector público por aplicación del régimen de transición, para lo cual deberán expedir un bono pensional Tipo T para la financiación de las mismas.

En ese orden, resulta claro que el Decreto 4937 de 2009 no resulta aplicable al presente caso, porque como la demandante advirtió desde la misma demanda, su cónyuge fallecido prestó sus servicios por más de 17 años a favor del sector oficial, sin ser afiliado al entonces ISS, luego es claro que sus empleadores no estaban inscritos a dicho administrador del RPMPD, además, porque dicha normativa no establece la figura del cálculo actuarial, como medio para trasladar aportes con destino al ISS hoy Colpensiones a nombre del causante por los tiempos de servicios prestados y ante la falta de afiliación a éste.

Por tanto, el traslado de ese cálculo actuarial a Colpensiones, que además se encuentra reconocido expresamente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre los períodos laborados a la Caja Agraria, no resulta procedente en el presente caso por las razones que se exponen a continuación:

Se advierte del expediente administrativo allegado por la UGPP sobre los tiempos aducidos en la demanda (CD fol. 543), que el señor Lisímaco Cortés medina prestó sus servicios como cartero en la Oficina de Correos y Telégrafos del Municipio de Villahermosa, Tolima por nombramiento que hiciere el Ministerio de comunicaciones entre el 20 de junio de 1949 al 22 de noviembre de 1950; igualmente, trabajó para el Municipio de San Luis Tolima entre el 5 de noviembre de 1959 y el 30 de febrero de 1961; finalmente, prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 7 de noviembre de 1963 y el 17 de junio de 1977.

Ahora bien, conforme al artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y los artículos 1° subrogado por el artículo 6° del Decreto número 575 de 2013 y 2° del Decreto-Ley 169 de 2008, la UGPP tiene la función de reconocimiento y administración de derechos pensionales de los servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida de entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, cuando se haya decretado o se decrete su liquidación o cese de actividades por quien la esté desarrollando, siendo preciso advertir además, que la mencionada entidad asumió dicha competencia en relación con el Ministerio de Comunicaciones a partir del 1º de junio de 2014 (Decreto 2799 de 2013), y frente a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a partir del 15 de diciembre de 2013 (Decreto 2721 de 2008, en concordancia con el Decreto 2842 de 2013).

De esta manera, como quiera que el causante como se dijo, prestó sus servicios a favor del Ministerio de Comunicaciones, así como a la Caja Agraria resulta claro

que es la UGPP la entidad llamada a reconocer a favor de la demandante el derecho pensional que eventualmente le asista por la muerte de su cónyuge Lisímaco Cortés Medina, máxime que en los términos del Decreto 1068 de 1995 *"Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente",* no existiendo duda de la eventual responsabilidad de la UGPP en el presente caso, dado que la última vinculación del actor lo fue con la Caja Agraria, cuyo reconocimiento de derechos pensionales de sus servidores se encuentran a cargo de dicha unidad, para lo cual ejercerá todas las gestiones inherentes a esa función, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, conforme a lo estatuido en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, corregido por el artículo 1 del Decreto 1193 de 2012.

Conforme a lo expuesto, es claro que desde punto de vista normativo no es procedente a través de la figura del cálculo actuarial trasladar al ISS hoy Colpensiones los tiempos laborados por el causante para efectos del reconocimiento de un eventual derecho pensional, en la medida que esa función se radicó en cabeza de la UGPP.

De la pensión de sobrevivientes reclamada

No existe discusión respecto al hecho del fallecimiento del señor LISÍMACO CORTÉS MEDINA (q.e.p.d.), sin embargo, se encuentra acreditado con el registro defunción que milita a folio 14, de cuyo contenido se extrae que la fecha del deceso tuvo lugar 20 de junio de 1977, como se indicó en el libelo incoatorio.

De la normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 1º de la Ley 33 de 1973 y 1º de la Ley 12 de 1975, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en junio de 1977. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

De los requisitos para la sustitución pensional

Las normas precitadas, establecen los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, en los siguientes términos: *"Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia"* y *"El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas."*

Conforme a lo anterior, es claro que la cónyuge supérstite tiene derecho a la prestación reclamada siempre que el causante tuviere la calidad de pensionado o hubiere causado la pensión a la fecha de fallecimiento, asi como si éste cumplió con el tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación, consagrado en la ley o en la convención colectiva.

En el presente caso, se tiene que la demandante en efecto tiene la calidad de cónyuge supértite del señor Lisímaco Cortés Medina, como se observa de la copia del registro civil de matrimonio, en el cual se advierte que la pareja contrajo matrimonio el 11 de enero de 1970 (fol. 13). No obstante, ha de resaltar la Sala que tal y como lo indicó el Juzgado de primera instancia la demandante no tiene derecho a la prestación que reclama, en la medida que el causante no tenía la calidad de pensionado cuando falleció, no dejó causado el derecho a la pensión de jubilación ni tampoco reunió el tiempo mínimo para el efecto, pues nótese que de la relación de tiempo de servicios efectuada con anterioridad, se tiene que el señor Lisímaco Cortés reunió un total de 16 años, 6 meses y 14 días al serivicio del Estado, cuando la norma vigente para la época que lo era el Decreto 1848 de 1969 artículo 68, exigía para la pensión de jubilación 20 años continuos o discontinuos al servicio del Estado.

En este punto, cabe anotar respecto de la prueba que se enuncia en los alegatos de conclusión, que en efecto la misma fue allegada ante esta Colegiatura el 21 de agosto de 2019, no obstante, no habrá de ser tenida en cuenta, en la medida que éste no es el momento procesal oportuno para realizar solicitudes probatorias, pues ello es del resorte de la demanda y su reforma, amén que las documentales aportadas no se relacionan con una prueba sobreviniente porque no versa sobre hechos posteriores a la demanda.

De la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes

Sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes indicó la Corte Constitucional en sentencia T-155 de 2018: *"(…) es admisible la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, en atención al principio de favorabilidad, cuando los efectos jurídicos del acto no se hayan consolidado al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones y las consecuencias legales sigan vigentes a la fecha."*

Por tanto, en el caso analizado en dicha decisión, concluyó la Alta Corporación que la parte actora tenía derecho a la prestación en mención, aun cuando su cónyuge había fallecido hacia el año 1984, precisando que no se consolidó efectivamente el derecho, por cuanto para esa fecha, no existía la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, y en la actualidad, el hecho que configura dicha prestación continúa produciendo efectos jurídicos, en la medida que la actora no había podido definir su derecho, debido a la desprotección jurídica a la que ha sido sometida.

Conforme a lo anterior, y al tratarse de un caso análogo al formulado por la aquí demandante, la Sala procederá a dar aplicación a la *ratio decidendi* desarrollada en dicha decisión, por tanto, aplicará retrospectivamente el art. 49 de le la ley 100 de 1993 y accederá a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes reclamada por la señora Islenia Torres Tello, en la medida que se dan los presupuestos establecidos para el efecto, cuales son, ser miembro del grupo familiar del afiliado en calidad de cónyuge, y no reunir los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes (artículo 49 de la Ley 100 de 1993), como ya se anotó.

Sobre la entidad responsable de reconocer la prestación en mención, debe decirse que lo es la UGPP, pues como se dijo a la fecha del fallecimiento del causante, éste se encontraba prestando sus servicios a favor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, cuyas funciones en relación con el reconocimiento de prestaciones pensionales fueron asumidas por la UGPP.

De suerte que habrá de condenarse a esta última entidad al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a favor de la convocante, por la muerte del señor Lisímaco Cortés Medina, para lo cual debe tener en cuenta todos los tiempos laborados por el causante anotados en esta decisión, además podrá adelantar las acciones de cobro ante las entidades subsidiariamnete responsables que se beneficiaron de los servicios del trabajador, a efectos de recuperar las sumas pagadas por los tiempos laborados y no cotizados.

En lo que se refiere al valor de la prestación, ha de decirse que la Sala se encuentra imposibilitada para proferir una condena en concreto, en la medida que no obra prueba de todos salarios devengados por el causante durante toda su vida laboral, por manera que se ordenará a la UGPP, proceder a determinar el valor de la indemnización reclamada teniendo en cuenta que la misma equivale a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas y al resultado se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, conforme al artículo 3º del Decreto 1730 de 2001.

Igualmente, en el presente caso, deberá considerarse que el salario base debe indexarse al año 1977, fecha en que se causó la prestación por tener lugar el fallecimiento del causante.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción, tal y como lo tiene adoctrinado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-695A del 2010 el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

Indexación de la indemnización sustitutiva

Ante la evidente devaluación monetaria, la indemnización sustitutiva debe ser indexada al momento en que se efectúe su pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2019, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar a la UGPP a reconocer y pagar a favor de la señora Islenia Torres Tello la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge Lisímaco Cortés Medina, la cual deberá ser liquidada sobre los tiempos de servicios indicados en la parte motiva de esta sentencia y atendiendo los parámetros expuestos en el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, indexando el salario base al año 1977, además deberá reconocerla la demandada debidamente indexada al momento del pago. Asimismo, se autoriza a la UGPP a adelantar las acciones de cobro ante las entidades subsidiariamente responsables que se beneficiaron de los servicios del trabajador, a efectos de recuperar las sumas pagadas por los tiempos laborados por el causante y no cotizados.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demás demandadas de las pretensiones formuladas por la demandante Islenia Torres Tello.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia se imponen a cargo de la UGPP y a favor de la demandante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***VICTOR JULIO BORJA TORRES***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***110013105-039-2019-00227-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE***
TEMA:	***INCREMENTO DEL 14%***

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. SANTIAGO BERNAL PALACIOS como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Víctor Julio Borja Torres instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento establecido en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 por su cónyuge a cargo, en forma retroactiva desde la fecha a partir de la cual se dio el reconocimiento de la pensión, la indexación de los incrementos adeudados y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que Colpensiones mediante la Resolución No. 01791 de 11 de Diciembre 2006 le reconoció una pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990; que contrajo matrimonio con la señora Oliva Leiva De Borja de conformidad a la partida de matrimonio; que conviven de manera permanente; que su cónyuge depende económicamente de él y no disfruta de una pensión; que solicitó el incremento deprecado a Colpensiones, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 28-29), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que los incrementos deprecados no son procedentes de acuerdo a la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fol. 31 y s.s.)

4. Fallo De Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de marzo del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró probada la excepción de prescripción y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 55)

Su decisión se basó en que acoge la postura de la Corte Suprema de Justicia, que afirma que los incrementos se encuentran vigentes y es plenamente aplicable para aquellas personas que se pensionen bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, no obstante, sostiene que dicho incremento prescribió.

5. Impugnación y límites de ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que frente a la prescripción esta debe tenerse en cuenta a partir de la reclamación administrativa 3 años hacia atrás de conformidad a las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de Corte Suprema Justicia.

6. Alegatos Colpensiones. Solicitó se confirme la sentencia apelada y consultada, por cuanto el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo, toda vez que el mismo se encuentra derogado tal como así lo manifestó la sentencia SU-140 de 2019.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si los demandantes cumplen con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser sus beneficiarios y sí los mismos se encuentran prescritos?

Vigencia de los incrementos consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dadiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se deprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad

a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario,** pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respecto de la Doctrina Constitucional

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

Caso Concreto

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor Víctor Julio Borja Torres, a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución No. 01791 de 11 de Diciembre 2006 (fol. 15), por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia, pero por lo aquí expuesto.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de marzo del 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Aclara voto)

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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