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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***ALEXANDER ARIZA RICO***
DEMANDADO: ***PORVENIR S.A. y OTROS.***
RADICACIÓN: ***110013105-005-2018-00204-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN***
TEMA: ***NULIDAD DICTAMEN- PENSION DE INVALIDEZ***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. El señor ALEXANDER ARIZA RICO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, con fecha de estructuración del 10 de julio de 2011, y como consecuencia de lo anterior, se deje sin efecto y validez el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido el 23 de agosto de 2017, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, asimismo que se declare que cumple los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, condenando a PORVENIR S.A. a reconocer la prestación a partir del 10 de julio de 2011, y los intereses moratorios.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 10 de julio de 2011 sufrió un accidente de tránsito que le generó daños en su humanidad, siendo diagnosticado de fractura de fémur izquierdo epífisis inferior y fractura de tibia izquierda GIIIB, situación que generó total desastre de su extremidad izquierda; que ha sido sometido a diferentes cirugías, por lo cual tiene una pierna más corta que la otra en casi 10 centímetros; que el 03 de junio de 2016 fue entregado a PORVENIR S.A. concepto desfavorable con diagnóstico de origen común; que fue calificado por Seguros de Vida Alfa S.A. el 18 de junio de 2016, arrojando una pérdida de capacidad laboral del 23.65 %, de origen común y con fecha de estructuración del 10 de julio de 2011; que controvirtió el dictamen, y la Junta Regional de Calificación de Invalidez lo calificó el 27 de abril de 2017 con una pérdida de capacidad laboral del 50.03 % de origen común y con fecha de estructuración del 10 de julio de 2011; que Seguros de Vida Alfa S.A. controvirtió el dictamen anterior, y fue calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien en dictamen del 23 de agosto de 2017 disminuyó la pérdida de capacidad laboral al 44.30%; que el 12 de septiembre de

2017 PORVENIR S.A. negó el reconocimiento de cualquier tipo de prestación; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez erró al tener como base un concepto de rehabilitación, cuando desde el 3 de junio de 2016 se había emitido concepto desfavorable de rehabilitación; que la única actividad u oficio del actor es la vaquería, que implica ejecutar fuerza y destreza física; que el empleador PALMERAS DEL LLANO S.A. debido a las discapacidades y el nivel de educación del demandante, afirmó que no existe un cargo al que pueda postularse en dicha empresa; que ha cotizado más de 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración datada el 10 de julio de 2011. (Fols. 87 a 98 Exp. Digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 134); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestaciones

3.1 PORVENIR S.A.. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que existe un dictamen en firme proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 23 de agosto de 2017 con el cual el demandante cuenta con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 44.30%, y en ese orden, no acredita los presupuestos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y los intereses moratorios pretendidos. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica, inexistencia de intereses moratorios e indexación, buena fe, innominada o genérica, prescripción, y compensación. (fls. 137 a 149, y 161 a 174).

3.2 SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.: Como réplica a la demanda manifestó que se opone con fundamento en que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen del 23 de agosto de 2017 calificó al actor con una pérdida de capacidad laboral del 44.30%, porcentaje con el que no le asiste derecho a la pensión de invalidez, pues se requiere el 50% de conformidad con el artículo 38 de la ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica, prescripción, y compensación. (Fols. 181 a 189)

3.3 JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el dictamen expedido por tal entidad se encuentra soportado con los requisitos y lineamientos del manual de calificación de invalidez vigente, esto es, el Decreto 1507 de 2014, además de encontrarse de acuerdo a la condición real del paciente al momento de la evaluación. Propuso como excepciones de fondo la de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum- inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez- competencia del Juez Laboral, buena fe de la parte demandada y, la genérica (fls. 223 a 244); sin embargo, mediante auto del 08 de abril de 2021 se tuvo por no contestada al no haber subsanado las deficiencias (Fol. 278 y 279)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de mayo de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que la calificación que se ajusta al Decreto 1507 de 2014 es la emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, esto es, del 50.30% de PCL; condenó a PORVENIR S.A. a cancelar la pensión de invalidez a partir del 12 de octubre de 2017 junto con los reajustes legales y sobre 13 mesadas, pensión que podrá ser revisable pasado 3 años posteriores a la ejecutoria de la sentencia; condenó a Seguros de Vida Alfa S.A. y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, sobre las mesadas reconocidas a partir del 12 de octubre de 2017, en proporción al 50% a cargo de cada una de las entidades, e, impuso costas a Seguros de Vida Alfa S.A. y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fls. 352 a 357 con Audiencia virtual, archivo No 006).

Partió el a quo planteando el problema jurídico en resolver, el cual consistió en determinar cuál de las calificaciones asignadas por la junta regional y nacional respecto de la valoración del rol laboral y rol ocupacional, del señor ALEXANDER ARIZA RICO, se encuentra acorde al anexo técnico del manual único para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional de que trata el Decreto 1507 de 2014. En consecuencia, determinar si la calificación correcta corresponde al 50.30% o al 44.30%.

Efectuó un recuento de los diferentes dictámenes practicados al afiliado, tales como el de Seguros de Vida Alfa S.A., la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, como el de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Consideró que los dictámenes emitidos por la Junta Regional como Nacional de Calificación de Invalidez calificaron la deficiencia en un 20%, aspecto que no se discute, ya que la diferencia en la calificación se presenta en el rol laboral y ocupacional.

En lo que respecta al rol laboral y ocupacional, consideró que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no tuvo en cuenta el contexto laboral ni la autosuficiencia económica, así como tampoco el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por Cafesalud, criterios con los cuales se cae la calificación del 15% indicado por esa Junta.

En lo que respecta a la contextualización del caso particular, mencionó que la Junta Nacional de Calificación no tuvo en cuenta que el actor es una persona del llano, cuya única fuente de trabajo es la agricultura y la ganadería, siendo que en el caso del demandante, ejercía como vaquero, actividad que por su situación de salud actual ya no la puede adelantar, máxime que el mismo empleador certificó que no puede realizar ninguna otra labor en la empresa, y en ese sentido, adujo el a quo que se presentó una realidad inobjetable que no tuvo en cuenta la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Precisó que la calificación que se encuentra acorde al Decreto 1507 de 2014, es el de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que determinó en el rol laboral y ocupacional un porcentaje del 20%, con el cual en la sumatoria total le da un 50,30% de PCL.

Conforme con lo anterior, constató que entre julio de 2008 y julio de 2011 cuenta con más de 50 semanas cotizadas, con lo cual, se hace merecedor a la pensión de

invalidez deprecada, y en lo que tiene que ver con el disfrute, manifestó que de conformidad con el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, existe incompatibilidad entre la pensión de invalidez y el subsidio de incapacidad, y como quiera que PORVENIR S.A. certificó que a partir del 11 de octubre de 2017 dejó de reconocer incapacidades, el disfrute lo será desde esa fecha, bajo 13 mesadas pensionales.

Sobre los intereses moratorios indicó que no están a cargo de PORVENIR S.A., ya que tal entidad reconoce o niega la prestación dependiendo del porcentaje que establecen las entidades calificadoras, y en el caso concreto, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez había determinado un porcentaje inferior al 50%, en ese sentido, a quien deberá condenarse por intereses moratorios es a Seguros Alfa S.A. y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, dado que fueron tales entidades quienes incurrieron en falencias en la calificación del actor, máxime que no existe un argumento serio en la apelación realizada por Seguros Alfa S.A. en el trámite administrativo de calificación de invalidez.

Finalmente precisó que el estado de invalidez es revisable, por lo que en el caso del actor puede ser revisable una vez transcurran 3 años desde la ejecutoria de la sentencia.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, se presentó apelación por las siguientes partes procesales:

5.1 PORVENIR S.A.: Manifestó que por mandato legal la entidad cumple con acatar el valor o porcentaje que determine las entidades que emiten los dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral; que el actor tuvo la oportunidad de controvertir y esgrimir los argumentos en las etapas de la calificación de invalidez, siendo la última la emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en su orden jerárquico; que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como última instancia de manera clara determina que la PCL es inferior al 50%, dictamen que es realizado por un grupo interdisciplinario, el cual no puede desconocerse; que tal dictamen tiene un análisis integral y contiene la situación clínica del demandante; que el dictamen está absolutamente fundamentado, y no se puede desdibujar su criterio; que el actor se encuentra apto para desarrollar ocupaciones diferentes al oficio de vaquero; que de conformidad con el artículo 38 de la ley 100 de 1993, no se encuentra acreditado su invalidez.

5.2 SEGUROS ALFA S.A.: Sustenta la alzada, esgrimiendo que al no contar el actor con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, no hay lugar a endilgarle ninguna responsabilidad tendiente a la suma adicional o a la afectación de la póliza; que se deben revocar los intereses moratorios, ya que se desconoce la norma que los impone; que se insiste en que debe tenerse en cuenta la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez contiene una sobre calificación, y no se evidencia soporte idóneo de la calificación de la deficiencia; que la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez fueron creadas para respaldar los dictámenes y los mismos son apegados a la ley; que desde ningún punto de vista hay lugar a los intereses moratorios y costas procesales.

5.3 JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ: Solicita que se revoque la decisión de instancia, con fundamento en que el Juez en la sentencia actuó como perito al decir que no existe autosuficiencia económica, y se contradice

con la sentencia, al considerar que el actor venía recibiendo subsidio de incapacidad, es decir, en realidad si tenía autosuficiencia económica; que existe una discrepancia conceptual, dado que el hecho de que exista un concepto desfavorable no significa que la persona no pueda seguir laborando o que allí se genere la invalidez, sino que ello significa que allí terminó el proceso de rehabilitación; que el a quo utiliza aspectos subjetivos en su decisión, y no objetivos, como si lo hace la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; que el actor si tenía autosuficiencia económica al estar recibiendo subsidio de incapacidad; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez solo se pronuncia sobre los aspectos que fueron controvertidos, por lo que es una calificación objetiva y no subjetiva como la que estableció el a quo; que si bien es cierto la Corte ha establecido que los dictámenes de las juntas pueden ser revisables ante la jurisdicción laboral, debe estar sustentado en criterios técnicos, lo que adolece la decisión de instancia; finalmente, que no es procedente la condena por intereses moratorios dado que tales intereses son accesorios a la pensión reconocida, y por ende están a cargo de la entidad que reconocen la prestación, y que la única condena procedente serían los perjuicios, pero aquellos no fueron solicitados, y por ello, el Juez se extralimitó al imponer una condena no permitida en la ley.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Alfa S.A.: En la oportunidad legal solicita que se revoque la decisión de instancia, en tanto que no se acredita los presupuestos para acceder a la prestación económica.

6.2 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque la sentencia de primer grado, mencionado que Porvenir S.A. no está legitimado para objetar o controvertir el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

6.3 Demandante.: Aduce que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, dado que en efecto le asiste derecho al demandante a la pensión de invalidez, ello porque no fue objeto de discusión el porcentaje asignado a la pérdida de capacidad laboral, y porque existe certeza sobre la idoneidad del Juez para valorar la calificación de PCL.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes 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.

Los **problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala, consisten en dilucidar:

(i) ¿Hay lugar a acoger el dictamen médico pericial de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta que determinó una PCL del 50,30 %, con fecha de estructuración del 10 de julio de 2011 o por el contrario se debe acoger el Dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que disminuyó la pérdida de capacidad laboral al 44.30%? En caso de acogerse el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta (ii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez y los intereses moratorios?

DICTAMEN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-PENSIÓN DE INVALIDEZ

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que Seguros Alfa S.A. a través de dictamen No 2826360 del 18 de junio de 2016, calificó al señor ALEXANDER ARIZA RICO con una PCL del 23.65 %, con fecha de estructuración del 10 de julio de 2011 (Fols. 46 a 49); que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, a través de dictamen No 6226 del 27 de abril de 2017, calificó al afiliado con una PCL del 50.30 % con fecha de estructuración del 10 de julio de 2011 (Fols. 51 a 53); que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió dictamen No 97612801-11265 del 23 de agosto de 2017, en la que modificó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, asignándole una PCL del 44.30% con fecha de estructuración del 10 de julio de 2011 (Fols. 54 a 60); que el 12 de septiembre de 2012 PORVENIR S.A. le comunica al actor que por contar con una PCL inferior al 50% no habrá lugar al reconocimiento de ningún tipo de prestación (Fol. 45), siendo el punto neural del debate establecer si hay lugar a acoger el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, pues mientras el a quo consideró que aquel dictamen refleja el estado de salud del actor, la parte recurrente asiente que debe acogerse el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que determinó una PCL inferior al 50%, y por esa vía, no tendría derecho a la pensión de invalidez y demás condenas impuestas por el a quo.

En primer término, cumple acotar que inveteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2005, rad. 24223, replicada en providencia SL18016 del 6 de diciembre de 2016, adoctrina que pese a que los falladores de instancia gozan de libertad para valorar las pruebas conforme el artículo 61 del C.P.T y S.S, cuando "*lo hacen respecto de un medio probatorio, como el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, será de perentoria observancia adoptarlo,…*", (…) "*sin perjuicio de lo que puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso.*"

Así mismo, ha delineado que el juzgador puede apartarse de la calificación de invalidez proveniente de las juntas, "*«…porque exhiba una equivocación grave o porque los razonamientos del perito encierren una infracción legal...» (CSJ SL3090-2014),* empero, "*debe apoyarse en otras pruebas que le ofrezcan una mejor convicción, pero no tasar arbitraria e inconsultamente el estado de invalidez*".

De igual manera, debe tenerse en cuenta las previsiones legales contenidas en el Artículo 241 del C.P.C, hoy 232 del C.G.P, según las cuales el juez: *"apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, y las demás pruebas que obren en el proceso".*

Con los anteriores basamentos jurídicos y jurisprudenciales, estima la Sala que, la conclusión del cognoscente de instancia se considera acertada, puesto que ciertamente el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta (Fls. 51 a 53), en el que se asigna un porcentaje de un 50.30 % de PCL, con fecha de estructuración del 10 de julio de 2011, ofrece mayor precisión respecto de la situación de Salud del actor, pues nótese que la diferencia que presenta con el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fols. 54 a 60), lo es del 6%, en la que se describe la misma deficiencia "por alteración de miembros

inferiores" con un 20%, y otras áreas ocupacionales en un 6.8%, presentándose la diferencia porcentual en lo concerniente al rol laboral y sus sub divisiones de restricciones de rol laboral, y restricciones autosuficiencia económica, ello en la medida en que, mientras la Junta Regional de Calificación del Meta les asignó el 20 y 2.5, la Junta Nacional les asignó el 15 y 1.5, respectivamente.

En ese orden, lo primero que viene a propósito colegir, es que es desafortunada la alzada que propone la apoderada judicial de Seguros Alfa S.A. al esgrimir que existe una sobre-calificación, y que no se evidencia soporte idóneo de la calificación de la deficiencia, pues repitió el mismo argumento con el cual controvirtió el dictamen de la Junta Regional de Calificación del Meta, a pesar que, de los dictámenes allegados se tiene que la deficiencia es calificada en similares términos en ambos dictámenes, esto es, "deficiencia por alteración de miembros inferiores", "fractura de la epífisis inferior del fémur", "homologación a amputación de miembro inferior por encima de la rodilla", lo que generó un 20%, situación que ni siquiera fue objeto de disenso por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues se itera, la única diferencia se presenta en la ponderación de los ítems calificables en el título II del MUCI, aspectos que se desentrañarán a continuación.

En lo que refiere a la "restricción del rol laboral", establece el MUCI en el título II, una tabla que va de "0" hasta el "25", luego, como la Junta Nacional determinó el 15, esta encasilla en el numeral 4 que establece como título "cambio de rol laboral o de puesto de trabajo", y hace alusión cuando "*La persona se encuentra en un estado en el cual, como consecuencia de la deficiencia (s) y luego de la Mejoría Medica Máxima o terminado el proceso de rehabilitación integral o en todo caso antes de los 540 días calendario de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, puede realizar su labor habitual, con limitaciones y restricciones graves en y para";* mientras que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta le asignó el 20, el cual corresponde al numeral 5 que establece como título "cambio de rol laboral o de puesto de trabajo con actividades recortadas", y hace relación cuando *"La persona se encuentra en un estado en el cual, como consecuencia de la deficiencia (s) y luego de la Mejoría Medica Máxima (MMM) o terminado el proceso de rehabilitación integral o en todo caso antes de los 540 días calendario de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, puede realizar su labor habitual, con limitaciones y restricciones completas en y para".*

En el caso concreto del actor, debe decirse que la labor habitual ejercida antes del accidente ocurrido el 10 de julio de 2011 era la de "vaquero" tal como aparece reportado en los diferentes dictámenes y también en la certificación laboral que milita a folio 40, con lo cual, de entrada es equivocado encasillar al actor en el numeral 4, pues a pesar de que esté en condiciones de desempeñarse en diferentes trabajos con restricciones, es la misma Junta Nacional de Calificación de Invalidez que determina que "no puede desempeñarse en su oficio habitual que es vaquero", lo que connota que encuadrarlo en la casilla 4° es equivocado, ya que esta hace alusión a "*limitaciones y restricciones graves",* siendo que en el sub examine, por la accidente sufrido, su diagnóstico y su deficiencia, es poco probable o nula la posibilidad de desempeñarse como "vaquero", y por lo tanto, encuadra en el numeral 5° como lo hizo la Junta Regional de calificación de invalidez, dado que tiene "*limitaciones y restricciones completas",* en el cargo habitual producto de la deficiencia calificada.

No sobra decir, que las actividades ejercidas son relacionadas con la cría del ganado, montar a caballo, enlazar, y "enchivar" u ordeñar el ganado, actividades que por su

situación de salud resulta poco probable que las pueda volver a realizar, pues "marcha en cojera con muletas", y además en la valoración del fisioterapeuta del 14 de agosto de 2017 se detalla que: *"dificultad para subir y bajar escaleras, no corre, no se acuclilla, no se arrodilla, alteración del patrón de marcha normal, en donde el paciente solo apoya el peso en la extremidad derecha para sus desplazamientos, necesitando muletas"* (Fol. 203)

Aquí, es oportuno señalar que le asiste entera razón al a quo al establecer que se debe ponderar el contexto laboral del calificado, pues se trata de una persona que su única labor consistía en trabajos de campo o como vaquero, y al cual, luego del accidente y el diagnóstico, le es imposible volver a ejercer esa actividad, a pesar de que pueda desempeñarse en otros roles laborales, consideraciones que tienen asidero en las definiciones que trae el mismo MUCI, dado que una de las características para calificar el rol laboral tiene que ver precisamente con identificar y valorar las restricciones generadas por una deficiencia, "sobre la capacidad productiva de una persona para ejecutar las actividades de un trabajo o empleo", lo que significa que tal rol laboral se verifica es dependiendo la deficiencia calificada, traduciéndose en el caso concreto en las restricciones que generó la "deficiencia por alteración de miembros inferiores", "fractura de la epífisis inferior del fémur", "homologación a amputación de miembro inferior por encima de la rodilla", en relación con su desempeño como "vaquero", o por decirlo de otra manera, tal deficiencia le generó en el actor limitación y restricción completa, a pesar de que pueda ejercer otras actividades que no representan las mismas funciones como vaquero.

Así las cosas, el rol laboral debe verse desde el "desempeño en un determinado contexto laboral" como lo establece el MUCI, como bien lo determinó el a quo, y no como lo menciona el apoderado de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, esto es, porque el actor puede desempeñarse en otras actividades o por no estar limitado para el desempeño de otros trabajos, por lo que no puede asumirse como acertada la calificación que sobre este ítem realizó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues es más que evidente que las actividades de vaquero no las podrá volver a desarrollar, siendo esa su única ocupación laboral en los últimos 10 años anteriores al accidente, máxime que la misma empresa certificó que "el conocimiento educativo y condición física y medica del citado funcionario no es compatible con los perfiles requeridos para los demás cargos existentes en la empresa" (Fol. 37), lo que connota aún más el acierto del juez primigenio en acoger el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta.

El otro de los aspecto en controversia tiene que ver con la calificación de la autosuficiencia económica, el cual, según el MUCI, *"Hace referencia fundamentalmente a la autosuficiencia y nivel económico que puede tener una persona en relación directa con la repercusión o impacto económico negativo generado por una deficiencia. Incluye la capacidad de la persona para cumplir con el mínimo vital de la persona y su familia",* y su calificación oscila entre "0" y "2.5", siendo que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez lo calificó con 1.5, el cual se detalla en "precariamente autosuficiente", que "*Se refiere a las personas que presentan un rol laboral adaptado y que como consecuencia de una deficiencia (s), ven sus ingresos económicos afectados de forma moderada";* mientras que la Junta Regional de Calificación del Meta, le asignó el 2.5, el cual refiere en "económicamente dependientes" el cual "*Se refiere a las personas que presentan un rol laboral en*

condiciones especiales o sin posibilidad del mismo con restricciones completas como consecuencia de una deficiencia (s)" .

De lo que viene dicho, en efecto, la deficiencia calificada generó restricción laboral completa en la labor habitual de vaquero, lo que trajo como consecuencia que a partir del 10 de julio de 2011 no volviera a reintegrarse a sus funciones y de contera se vieron afectados sus ingresos, pues el hecho de que reciba lo correspondiente por incapacidades no hace a la persona sea autosuficiente económicamente, es decir, que pueda obtener por sí misma los recursos necesarios para su digna subsistencia, dado que aquellas ni siquiera suplen el 100% del salario que devengaría el trabajador en condiciones normales, aunado a que, no podría pensarse que perciba tal emolumento de manera definitiva como para considerar que las incapacidades pongan a la persona en la característica de ser autosuficiente económicamente en los términos del MUCI, razón por la cual es equivocada la alzada que propone el apoderado judicial de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en este tópico.

Finalmente, acota la Sala que es equivocada la alzada de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al referir que el a quo tuvo en cuenta aspectos subjetivos, y que de no acoger el dictamen de la Junta Nacional debía referir criterios técnicos, pues es cierto que para apartarse de un dictamen el Juzgador se debe contar con elementos probatorios que le "*ofrezcan una mejor convicción, pero no tasar arbitraria e inconsultamente el estado de invalidez",* lo que efectivamente hizo el juez de primer grado, dado que no está modificando el porcentaje de PCL e inventándose uno nuevo, sino que encontró al igual que esta Sala que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que determinó el 50.30 % de PCL refleja con precisión el estado de salud del actor, y además se aviene a los criterios que establece el MUCI, razón por la que, de ninguna manera la valoración que hizo el a quo puede calificarse como subjetiva, dado que lo que hizo fue darle sustento probatorio a la calificación de invalidez que arrojó más del 50% de PCL.

En ese orden, atendiendo a que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, aplicó correctamente el MUCI, se confirmará la decisión de instancia sobre este aspecto.

Pensión de invalidez por riesgo común – densidad mínima de cotizaciones

Establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, que tendrá derecho a la pensión de invalidez quien haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, y como quiera que la fecha de estructuración fue el 10 de julio de 2011, una vez revisada la historia laboral de cotizaciones al sistema general de pensiones (fol. 7 a 13 pruebas), se tiene que acredita más de las 50 semanas exigidas por la norma en cita, pues tiene 158 semanas, aunado a que, tal punto no es objeto de disenso por las partes.

En cuanto al quantum pensional, la decisión del a quo se encuentra ajustada a derecho, pues de conformidad con el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, "*En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual",* y por ello, se reconoció la prestación en cuantía de UN (1) SMLMV.

Respecto al disfrute de la pensión de invalidez, cumple resaltar la Sala que el inciso final del artículo 40 de la ley 100 de 1993 dispone que la fecha de estructuración

corresponde al momento desde el cuál procede el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez: *"La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado".* Por su parte, el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, prevé: *"(…) En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez".*

Del mismo modo el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por disposición del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, establece que: "*Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio"*

Así las cosas, de la simple lectura de las normas citadas refulge la incompatibilidad de la pensión de invalidez con el subsidio o auxilio por incapacidad temporal, puesto que esta prestación económica del Sistema General de Pensiones se consagró en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, desarrollada por el artículo 28 del Decreto 806 de 1998, con la finalidad de suplir los ingresos salariales que no puede percibir el afiliado cotizante en razón de la afectación de su estado de salud para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

Empero, también es claro que la única finalidad de los artículos 3 del Decreto 917 de 1999 y 10 del Acuerdo 049 de 1990 es que un mismo afiliado no perciba simultáneamente dos prestaciones económicas del sistema de seguridad social integral, por la obvia razón de que ello constituiría un pago doble por el mismo riesgo, la afectación a la salud, lo que iría en desmedro de mandatos constitucionales como la estabilidad financiera del sistema.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T 140 de 2016, ha delineado como proceder en eventos como en el que concita la atención de la Sala, es decir, cuando se han reconocido incapacidades con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, a saber:

> *"Con todo, se debe tener en cuenta que si la pensión de invalidez es reconocida, **esta será pagada desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, (…) por lo que los pagos por incapacidades posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad **podrán ser descontados del retroactivo generado en favor del trabajador en caso de reconocerse la pensión de invalidez puesto que una y otra prestación (incapacidad y pensión) son incompatibles** toda vez que ambas reconocen la imposibilidad de la persona de prestar sus servicios, la primera temporalmente y la segunda de forma definitiva, pero ambas derivadas de una misma contingencia que es la afectación en la salud del individuo.*
>
> *Ante este panorama normativo, se tiene que la pensión de invalidez sería incompatible con el pago de incapacidades por enfermedad temporal, habiendo lugar a solo una de estas prestaciones por la afectación del estado de salud del actor, lo que significa que no habría lugar al pago de incapacidades en los periodos que llegaren a ser cubiertos por la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común ya que de lo contrario se estaría obligando a la parte accionada a hacer dos*

pagos por un mismo hecho, esto es, la pérdida de la capacidad laboral del afiliado". (Negrilla fuera del texto)

Igualmente, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1562-2019, también ha determinado la incompatibilidad entre las dos prestaciones, de la cual se trasunta el parte respectivo:

"*De modo que, como bien lo dedujo el Tribunal, de cara a la incompatibilidad establecida en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, cuando, como en el presente asunto, el retroactivo pensional cobija periodos que también han sido cubiertos por subsidios por incapacidades temporales, la prohibición de que trata el citado decreto, a lo sumo, conduciría a la imposibilidad de que se disfruten o perciban, a la vez, la mesada pensional y el subsidio por la incapacidad, pero no a la imposibilidad del reconocimiento del derecho pensional.*"

De suerte que, como el artículo 40 de la ley 100 de 1993 dispone el pago de la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de la **PCL sin condiciones adicionales**, el correcto entendimiento de la incompatibilidad contenida en los artículos 3 del Decreto 917 de 1999 y 10 del Acuerdo 049 de 1990 impone interpretar que debe procederse a reconocer la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración, con el descuento de lo reconocido por incapacidades, dado su incompatibilidad.

Descendiendo al caso *sub judice*, se tiene que PORVENIR S.A. dejó de reconocer incapacidades a partir del 11 de octubre de 2017 (Fol. 42), y a partir del día siguiente determinó el disfrute pensional el a quo.

De forma que, tal como se desprende de las anteriores disposiciones normativas y jurisprudenciales, lo correcto por parte del a quo, era haber otorgado el retroactivo pensional desde el 10 de julio de 2011 en adelante hasta la fecha de la sentencia, y proceder a descontar del valor total del retroactivo lo que se le haya otorgado por incapacidades durante ese interregno de tiempo; no obstante, como el Juzgador de instancia consideró que el pago de la pensión de invalidez debe comenzar a disfrutarse luego de la última incapacidad reconocida (12 de octubre de 2017), habrá de dejarse incólume tal decisión, pues no fue objeto de disenso por la parte activa de la litis.

Ello así, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena correspondiente a las mesadas causadas entre el 12 de octubre de 2017 al 31 de octubre de 2021, se obtiene la suma de $44.098.725, y a partir del 01 de noviembre de 2021 PORVENIR S.A. deberá cancelar una mesada pensional de $908.526, la cual se incrementará anualmente conforme con el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y sobre 13 mesadas pensionales, según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	**IPC**	**# mesadas**	**Valor pensión (mínimo)**	**Total Retroactivo (mínimo)**
2017	4,09%	3,63333333	$ 737.717	$ 2.680.372
2018	3,18%	13	$ 781.242	$ 10.156.146
2019	3,80%	13	$ 828.116	$ 10.765.508
2020	1,61%	13	$ 877.803	$ 11.411.439
2021		10	$ 908.526	$ 9.085.260
			TOTAL	**$ 44.098.725**

Se autoriza a COLPENSIONES para que se realice los descuentos al subsistema general en salud, ya que dicha obligación opera por ministerio de la ley, incluso no se requiere de autorización judicial en ese sentido (SL969-2021).

INTERESES MORATORIOS

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a que se refiere el artículo 9° de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013).

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

> *"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:*
>
> > *Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.*
>
> *Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".*

Descendiendo al caso objeto de estudio, lo primero que viene a propósito colegir es que no es acertada la decisión del a quo en impartir condena por este rubro a cargo de Seguros Alfa S.A. y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ello en la medida en que tal condena solo es procedente a cargo de la AFP obligada al reconocimiento pensional, y no a cargo de las entidades que emiten el dictamen de pérdida de capacidad laboral, pues independientemente de si el dictamen es acogido o no en

sede judicial, no existe disposición legal que consagre que tales entidades deban responder por intereses moratorios, además que, tales entidades no fungen como administradoras de pensiones, ni tampoco son llamadas al proceso para asumir o no un derecho de carácter prestacional, sino que asumen su defensa estrictamente en lo que tiene que ver con el dictamen de pérdida de capacidad laboral, cuya consecuencia puede ser favorable o desfavorable, esto es, que se acoge o no la experticia realizado por esas entidad, pero en modo alguno puede extendérseles una condena como la que fulminó el a quo por intereses moratorios. Así las cosas, frente a los intereses moratorios se revocará la decisión de instancia, y se verificará si hay lugar a imponer intereses a cargo de PORVENIR S.A.

De lo que se expuso en líneas anteriores, da cuenta la Sala que la negativa de PORVENIR S.A. en el reconocimiento pensional fue con apego a la ley, esto es, que una vez emitido el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el actor no contaba con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y en ese orden, mal podría haber procedido a reconocer una prestación sin el lleno de los requisitos, ya que solo con esta decisión judicial se está acogiendo el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta que determinó una PCL superior al 50% con el cual se hace merecedor de la pensión de invalidez deprecada.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que "*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*", en lo que al punto concluye:

> *"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".*

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria parcial en lo relacionado con los intereses moratorios, y la modificación en lo tocante con el retroactivo pensional, impartiéndose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia para ninguna de las apelantes, por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación en lo concerniente a los intereses moratorios.

Las de primera se confirman, pues a pesar de absolverse de la pretensión de intereses moratorios, lo cierto es que en lo relacionado con el estado de invalidez del actor, ejercieron férrea oposición, sin que se hayan acogido sus argumentos.

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.: REVOCAR el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida el 05 de mayo de 2021 por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a Seguros de Vida Alfa S.A. y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, a los intereses moratorios, para en su lugar, **ABSOLVER** a tales entidades de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme las consideraciones vertidas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida el 05 de mayo de 2021 por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

> ***"SEGUNDO: CONDENAR*** *a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar al señor ALEXANDER ARIZA RICO, el valor de* ***$44.098.725,*** *por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas desde el 12 de octubre de 2017 hasta el 31 de octubre de 2021. A partir del 01 de noviembre de 2021, se seguirá reconociendo la pensión en cuantía de* ***$908.526,*** *con 13 mesadas pensionales, y en lo sucesivo con los reajustes de ley a que alude el artículo 14 de la ley 100 de 1993. Autorizando a PORVENIR S.A. a que realice los descuentos al sistema general de seguridad social en salud.*
>
> ***Parágrafo: ORDENAR*** *a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a favor del demandante la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo pensional aquí ordenado, y las que se sigan causando hasta el momento del pago efectivo de la obligación, indexación que debe efectuarse desde la causación de cada mesada pensional, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia"*

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

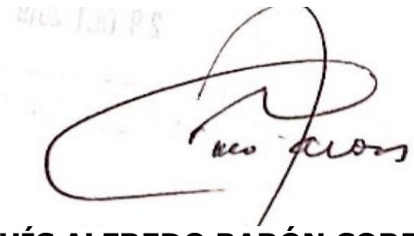
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: ***ESPECIAL FUERO SINDICAL***
DEMANDANTE: ***GELBER DAVID MARTIN MEDINA***
DEMANDADO: ***SIDAUTO S.A.***
RADICACIÓN: ***110013105-004-2021-00100-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***REINTEGRO.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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, 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. El señor GELBER DAVID MARTIN MEDINA instauró demanda especial de fuero sindical contra la SOCIEDAD IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA AUTOMOTORA SIDAUTO S.A. con el fin que se declare que el contrato de trabajo terminó sin justa causa el 01 de enero de 2021, el reintegro al cargo que venía desempeñando, el pago de salario y acreencias laborales dejadas de pagar desde el 01 de enero de 2020, los aportes pensionales, la indexación, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ingresó a laborar el 08 de septiembre de 1998, ocupando el cargo de conductor; que el 02 de enero del 2021 le fue terminado el contrato de trabajo sin ningún tipo de causa justa; que en el año 2013 se constituyó el sindicato RENOSIDAUTO del cual es fundador y desempeña el cargo de vicepresidente; que se intentó por parte de SIDAUTO S.A. disolver y cancelar el sindicato, pero le fue negada las pretensiones a través de sentencia del 08 de noviembre de 2013 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito, confirmada por el Tribunal Superior Sala Laboral el 29 de noviembre de 2013; que el 19 de marzo de 2020 fue desvinculado de sus actividades sin ningún tipo de justificación, dejando de pagarle los salarios y primas; que el 15 de septiembre de 2020 recibió citación a descargos por ausentarse de su puesto de trabajo, y de la cual recibió sanción con suspensión de 8 días; que el 28 de septiembre de 2020, reiterada el 05 de octubre del mismo año, le informa al empleador sobre la disposición para que le entreguen un vehículo para manejar; que el 7 de octubre de 2020 le comunican que no es posible asignarle un vehículo y además se niega darle trámite al recurso de inconformidad que planteó frente a la sanción impuesta; que el 27 de noviembre de 2020 le fue enviada comunicación de terminación del contrato de trabajo, señalando que se habían desvinculado varios vehículos, sin embargo, para esas fechas

contrataron nuevas personas para desempeñar el cargo de conductor; que el 5, 11 y 23 de febrero de 2021 le fue enviada comunicación señalando el pago por consignación de sus acreencias laborales ante los Juzgado 6, 1 y 8 Municipal de Pequeñas Causas; que no le fue presentada la liquidación final de prestaciones para su respectiva revisión; que al momento del despido se encontraba afiliado al sindicato RENOSIDAUTO encontrándose a paz y salvo con las cuotas sindicales; que la empresa demandada procedió a despedirlo sin autorización judicial.

2. Contestaciones

2.1 SIDAUTOS S.A.

Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el contrato de trabajo finalizó el 1 de enero de 2021 por la expiración del plazo fijo pactado de conformidad con el artículo 411 del CST; que la terminación del contrato por expiración del plazo no es un despido, y, por lo tanto, no tenía que acudir a solicitar levantamiento del fuero sindical. Enfiló como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, prescripción, buena fe, cosa juzgada, y la genérica.

2.2 Sindicato de Trabajadores Renovación Sidauto "RENOSIDAUTO"

Fue notificado en debida forma al correo electrónico renosidauto@hotmail.com (Fol. 143 a 145 archivo No 6 Exp. Digital), pero no compareció al diligenciamiento.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de agosto de 2021, mediante la cual el Juzgado negó las pretensiones que fueron incoadas por el demandante, gravando en costas al demandante. (Archivos 21 Con audiencia virtual).

Preliminarmente definió que el problema jurídico consiste en establecer sí se debe reintegrar al trabajador por estar amparado de fuero sindical, así como también, establecer si debía solicitar el empleador autorización para finalizar el contrato de trabajo que unió a las partes.

En ese sentido, hizo referencia a que el actor tuvo varias vinculaciones con el trabajador, pero para efectos de resolver la controversia solo es procedente referirse a su última vinculación, esto es, la que corre del 01 de enero de 2006 hasta el 01 de enero de 2021, la cual estuvo regida por un contrato de trabajo a término fijo cuya duración inicial fue de un año; que el empleador le comunicó el 27 de noviembre de 2020 que el contrato no se prorrogaría, razón por la que lo que aconteció fue la finalización del vínculo laboral acorde a lo dispuesto en el literal C) del artículo 61 del CST, es decir, por expiración del plazo pactado.

Consideró que la terminación del contrato no lo fue por despido sino por un modo legal y objetivo de terminación por expiración del plazo pactado, y en ese horizonte, no se está frente a las tres eventualidades que requieren autorización del juez del trabajo de que trata el artículo 405 del CST, esto es, por despido, por desmejora o por traslado, lo que conduce a que en el asunto bajo examen no es obligatorio acudir al juez del trabajo para poner fin al contrato de trabajo.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por la apoderada judicial de la parte demandante, quien manifiesta que si bien el empleador le comunicó que el contrato laboral expiraría el 01 de enero de 2021 por vencimiento del plazo pactado, debía haber solicitado permiso ante el juez del trabajo aduciendo precisamente que ya no había la misma cantidad de trabajo o que se estaban cerrando los contratos con el Distrito; que el trabajador esta arropado con fuero sindical y no se permite que se termine el contrato de trabajo sin autorización del juez del trabajo; que debe tenerse en cuenta que desde enero de 2020 se encuentra cesante; que la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada ha establecido que se prohíbe el despido a trabajadores cubiertos por fuero sindical sin autorización del juez del trabajo.

5. 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La negativa en el levantamiento del fuero sindical y la autorización para terminar el contrato de trabajo emitida por el a quo se encuentra o no ajustada a derecho?, para lo cual se abordará sí (ii) ¿Para finalizar un contrato a término fijo por expiración del plazo pactado se requiere autorización previa del Juez del trabajo?

FUERO SINDICAL

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: **i)** que la última relación laboral entre las partes se extiende desde el 02 de enero de 2006 hasta el 01 de enero de 2021 (Fol. 10 a 11 copia del contrato de trabajo y folio 1 liquidación del contrato- archivo pruebas), bajo un contrato de trabajo a término fijo, ostentando el cargo de conductor; **ii)** que ostenta la calidad de Vicepresidente de Sindicato de Trabajadores/as Renovación Sidauto "RENOSIDAUTOS" (Fol. 107 Archivo No 06 Expediente digital); **iii)** que el 27 de noviembre de 2020 le fue comunicado que el contrato de trabajo tiene vigencia hasta el 01 de enero de 2021, sin posibilidad de ser renovado (Fols. 1 a 2 – terminación contrato – archivo pruebas).

Importa memorar que el artículo 39 de la Constitución Política consagra la garantía fundamental del fuero sindical como una paladina expresión de la libertad de asociación establecida en el artículo 38 superior, de la cual gozan los representantes de los sindicatos para el cumplimiento de su gestión, protección especial que también ha sido reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

De otra parte, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo"*.

En ese orden, el derecho al fuero sindical, para quienes se encuentran amparados por esta garantía en términos del artículo 406 del C.S.T., entraña una serie de

obligaciones correlativas para el empleador como abstenerse de despedir o desmejorar de cualquier manera la situación del trabajador, salvo que medie una justa causa previamente calificada y autorizada por el juez laboral.

Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades, esta normativa es producto del desarrollo de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, según las cuales los países miembros de esta, se comprometen a adoptar medidas específicas de protección contra todo acto dirigido a perjudicar a los representantes sindicales, en razón de su gestión sindical, incluido el despido y el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo. Lo anterior no significa, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, a saber, **en la sentencia T-220 del 20 de marzo de 2012**: *"…que no sea posible despedir al empleado, sino que en el evento en el que el empleador despida al trabajador* ***deberá demostrar la existencia de una justa causa para hacerlo, y el juez deberá constatar la existencia o inexistencia de la misma con el fin de autorizar el despido****"*.

Es menester para la Sala detenerse en las previsiones legales contenidas en el artículo 406 del C.S.T., relativo a los trabajadores amparados por fuero sindical, entre los que se encuentra el literal c): *"Los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes"*.

De todo lo expuesto hasta aquí, se puede establecer de manera cristalina que el señor GELBER DAVID MARTIN MEDIDA ostenta la calidad de Vicepresidente de Sindicato de Trabajadores/as Renovación Sidauto "RENOSIDAUTOS" (Fol. 107 Archivo No 06 Expediente digital), y que el 27 de noviembre de 2020 le fue comunicado que el contrato de trabajo tiene vigencia hasta el 01 de enero de 2021, sin posibilidad de ser renovado (Fols. 1 a 2 – terminación contrato – archivo pruebas), aspectos que se tendrán en cuenta al momento de fallar de fondo la presente causa.

FUERO SINDICAL Y CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO

Pues bien, el artículo 61 del C.S.T., consagra las causas legales para la terminación del contrato de trabajo, y en el literal c) del numeral 1°, prevé:

> *"...1. El contrato de trabajo termina:*
>
> *c). Por expiración del plazo fijo pactado".*

Así mismo, el artículo 411 de la precitada norma preceptúa cuando el empleador no requiere del aval judicial para la terminación del contrato de trabajo, así:

> *"La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente, no requiere previa calificación judicial de la causa en ningún caso."*

Lo primero que viene a propósito mencionar, es que esta Sala se acoge a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en este tópico, la cual se afinca en criterio pacífico en este tema, como se observa en la sentencia del 25 de marzo de 2009 con radicado No. 34142, en la que expone:

> *"Lo anterior no obsta para precisar que, en tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, pues si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes.*
>
> *En efecto, todas las garantías que se derivan del fuero sindical, deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por período fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical."*

Criterio reiterado en sede de tutela por la misma corporación como en las sentencias STL3726-2015, STL19630-2017 y STL5945-2018, entre otras.

Ahora bien, el artículo 46 del CST consagra para la terminación del contrato de trabajo a término fijo que, el empleador deberá dar aviso escrito al trabajador de su intención de no prorrogar el contrato con una antelación igual o mayor a 30 días.

En el caso objeto de autos, se encuentra que el demandante se vinculó a la empresa SIDAUTO S.A. el día 02 de enero de 2006 mediante contrato a término fijo por la duración de 1 año, desarrollando la actividad de "conductor" (fols. 10 y 11 contrato archivo pruebas), mismo que se prorrogó por silenció de las partes, siendo la última prórroga la que corre del 02 de enero de 2020 hasta el 01 de enero de 2021.

Por otro lado, a folios 1 y 2 del archivo pruebas – contratos, se da cuenta que el empleador le presentó al trabajador el aviso escrito datado el 27 de noviembre de 2020, en el cual la empresa SIDAUTO S.A manifiesta al señor GELBER MARTIN MEDINA la intención de no prorrogarle el contrato de trabajo, el cual se dará por finalizado el 01 de enero de 2021 y de igual manera el día 29 de diciembre de 2020 le reitera que no se prorrogará el contrato más allá del 01 de enero de 2021 (Fol. 4 del archivo pruebas- terminación), por lo que encuentra esta Sala que efectivamente el empleador dio aviso con antelación superior a los 30 días de la no prórroga del contrato al señor MARTÍN MEDINA.

Ahora bien, la apoderada judicial del demandante considera que debe necesariamente acudirse al juez del trabajo a solicitar autorización para terminar el contrato de trabajo, y que, por haberse omitido el agotamiento de aquel trámite, opera el reintegro deprecado.

Advierte esta Sala, una vez realizada la valoración conjunta de los medios probatorios apilados al proceso, que el empleador efectivamente siguió los procedimientos señalados para la desvinculación del actor, toda vez que, como lo ha predicado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, el fuero sindical es una medida de protección constitucional, que busca la protección de libre asociación, la cual en el caso de contratos a término fijo no puede extenderse más allá de la expiración del plazo pactado por las partes para su duración.

Por lo anterior, la Sala no halla razón a los reproches objeto de alzada, por cuanto no puede asumirse la extinción de un contrato laboral a término fijo como un despido unilateral pues, por el contrario, tiene fundamento en lo establecido en el literal c) del artículo 61 del CST, esto es, por expiración del plazo fijo o pactado.

Ahora, no puede pasar por alto la Sala que si bien es cierto, la Corte Constitucional ha equiparado el fuero sindical a la estabilidad laboral reforzada de que gozan las madres y padres cabeza de familia, las mujeres en estado de embarazo y las personas en estado de discapacidad, lo cierto es que la protección del reintegro es procedente, siempre y cuando, como se expresa en la sentencia T-632 de 2016, *"tal despido se ocasiona con motivo de su condición"*, aspecto diametralmente diferente al que concita la atención en esta oportunidad por la Sala, pues la terminación del contrato de trabajo del actor devino por expiración del plazo fijo o pactado (Artículo 61, literal c del CST), el cual no es equiparable al despido; así mismo no se encuentra demostrado en el plenario que la terminación del contrato de trabajo haya acaecido por su actividad sindical o por persecución sindical, y en todo caso, aquí resulta pertinente traer a colación la sentencia T- 116 de 2009 en la que se analizó un caso concreto en torno de la viabilidad del fuero sindical en los contratos a término fijo, en donde se dejó dicho que: *"En relación con la inaplicación de la garantía del fuero sindical a los contratos de trabajo a término fijo, no sobra advertir que el Tribunal en las sentencias impugnadas hizo expresa mención a la jurisprudencia sobre la materia, en particular a la de tutela de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual esa apreciación "es de índole jurídica y además se aviene con la jurisprudencia de esta Sala, al considerar de vieja data que el reintegro en los contratos a término fijo no es posible, ya que éstos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo período con el lleno de las formalidades de ley"".*

De igual modo, no puede sostenerse que la terminación del contrato por expiración del plazo pactado afecte el derecho de asociación sindical, o que de allí se desprenda persecución sindical, pues volviendo nuevamente al criterio vigente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral: *"el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto de los trabajadores aforados, cuando previamente y dentro de los términos previstos en la ley, ha informado de su intención de no prorrogarlo, sin que esa circunstancia implique violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas" (*Radicado No. 34142 de 2009).

Del mismo modo, frente a las consideraciones expuestas en la sentencia C-263 de 2019, cumple acotar que la Corte Constitucional se declaró inhibida para estudiar el cargo de constitucionalidad propuesta contra el artículo 411 del CST, precisamente porque los demandantes confundieron los contratos a término fijo con los contratos ocasionales o transitorios y los de obra y labor; no obstante, las consideraciones expuestas en tal providencia, a juicio de esta Sala no constituyen precedente vinculante, pues la Corte se declaró inhibida, y también porque la línea jurisprudencial del máximo órgano de esta jurisdicción no ha tenido modificación, en punto a que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical, tal como se dejó ampliamente ilustrado en líneas

anteriores, y es que, al interior de la misma Corte Constitucional en sede de tutela se ha avalado tal posición, tal como acontece en la sentencia T- 116 de 2009, atrás referenciada.

Del mismo modo, se puede consultar la sentencia T- 1334 de 2001, en los siguientes términos: "*Para el caso de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo, los artículos 410 y 411 ibídem se ocupan de señalar cuando existe justa causa para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero y en qué eventos expresamente puede despedirse al trabajador cobijado por el fuero sindical sin que sea necesaria la calificación judicial previa, vr. gr., cuando el contrato es a término fijo o para la realización de determinada labor".*

Lo propio se extracta de la sentencia T- 162 de 2009: *"Aparte de lo expuesto, se advierte igualmente, que la Sala Laboral del Tribunal Superiores de Bogotá en fallos de fechas 25 y 28 de abril de 2008, al abordar casos similares a los que aquí se debaten donde obraba como demandada la Federación, dispuso igualmente revocar las sentencias de primera instancia que había resuelto ordenar el reintegro del trabajador aforado. En dichas oportunidades se argumentó que el empleador dispone de los elementos legales para dar por terminados los contratos de trabajo a término fijo celebrados con trabajadores que gozan de garantía foral, por cuanto este modo de terminación del contrato de trabajo no está previsto ni contenido en los eventos que taxativamente contempla el artículo 405 del CST, como aquellos en los cuales debe solicitarse el permiso del Juez del trabajo".*

De igual manera, la sentencia T- 592 de 2009, rememora lo adoctrinado en la sentencia T-1334 de 2001 y T-162 de 2009, y en lo pertinente concluye: *"Queda así claro que la jurisprudencia precitada sostiene que, cuando el contrato laboral a término fijo celebrado con trabajador aforado concluye por vencimiento del plazo, no es necesaria la calificación judicial previa".*

Así las cosas, se despacha de manera desfavorable la alzada enderezada sobre este tópico.

En lo atinente a la sentencia C-016 de 1998, si bien es cierto, la Corte Constitucional hace referencia a la renovación de los contratos a término fijo, "*siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación",* en el sub examine, Jair Hernández Bonces, testigo de la parte demandante, como la señora Andrea Maldonado, testigo de la demandada y gerente, respectivamente, dieron cuenta que la terminación del contrato se efectuó por disminución o reducción de las rutas luego de entrar a regir el SITP, de hecho el testigo manifestó frente a la reducción del personal que tal circunstancia se presentó *"en Sidauto y en todas las empresas",* asimismo, la gerente dio cuenta que desde que ella ingresó en el 2011 contaban con 35 rutas, y para el año 2021 tan solo estaban operando 3 rutas provisionales, pasando en ese orden de un aproximado de 950 trabajadores en 2011 a 91 en el año 2021; incluso el mismo demandante en el interrogatorio manifestó que la "flota" se ha reducido debido a la implementación del SITP, lo que lleva a la Sala a concluir que la terminación del contrato del actor, no es arbitraria ni mucho menos constituya un tema de retaliación sindical.

Por lo expuesto, sin que haya más puntos que resolver, se confirmará la sentencia venida en apelación.

COSTAS

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante GELBER DAVID MARTIN MEDINA, y a favor de la demandante SIDAUTO S.A., por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021, por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones que motivan este proveído.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de GELBER DAVID MARTIN MEDINA, y a favor de la parte demandada SIDAUTO S.A.. Las costas de primera instancia se confirman.

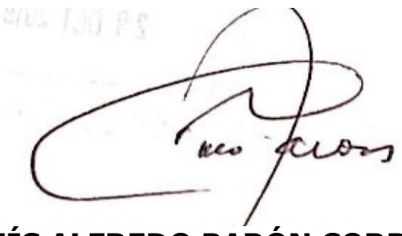
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

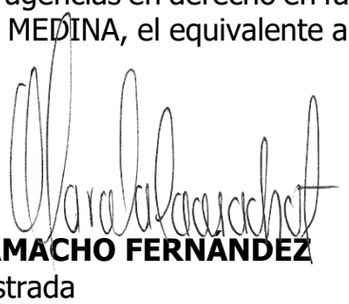


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto)

-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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de SIDAUTO S.A. y a cargo de GELBER DAVID MARTIN MEDINA, el equivalente a 1/5 del SMMLV, esto es, la suma de $ 181.705.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MANUEL RAMON VIDAL MARTINEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***110013105-031-2021-00039-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA:	***COMPATIBILIDAD INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor MANUEL RAMÓN VIDAL MARTÍNEZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se afilió a COLPENSIONES, desde el 07 de marzo de 1985, y cotizó hasta el 31 de agosto de 2017; que el 09 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES la indemnización sustitutiva, siendo respondida negativamente mediante Resolución SUB217278 del 13 de agosto de 2019, con fundamento en que cuenta con pensión de jubilación reconocida por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, resuelto el de reposición a través de resolución SUB217278 del 13 de agosto de 2019, con el cual se confirmó la negativa al reconocimiento de la indemnización sustitutiva por existir incompatibilidad con la pensión de jubilación reconocida.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 1 a 2 Archivo No 010 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

- COLPENSIONES.: Arguye que no le asiste derecho al demandante a la indemnización sustitutiva, dado que tal prestación es incompatible con la pensión de jubilación reconocida a cargo del FOMAG; que se debe tener en cuenta el artículo 128 de la Constitución Nacional referente a que no se pueden percibir dos asignaciones del erario público. Como medios enervantes de las pretensiones propuso las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, y la innominada o genérica (Fols. 1 a 106 Archivo No 007 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por el monto de $57.808.435; absolvió de las demás pretensiones, y gravó en costas a COLPENSIONES (Archivo 017 y 018 Exp. Digital).

Su decisión se basó en que existe compatibilidad entre la indemnización sustitutiva y la pensión de jubilación que reconoció el FOMAG al actor, pues la pensión reconocida por el magisterio es por el tiempo laborado como docente desde el 27 de enero de 1985 hasta el 5 de mayo de 2012; en suma apreció que no existe incompatibilidad entre las dos prestaciones, la financiación es distinta, y por ende, no opera la restricción del artículo 128 de la Constitución Política, ello así, COLPENSIONES, está obligado a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva por el tiempo cotizado al ISS, ya que acredita los presupuestos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, prestación que se concreta en la suma de $57.808.435, actualizada hasta 2021. Asimismo, consideró que son improcedentes los intereses moratorios, al no estar frente a mesadas pensionales, en su lugar, ordenó la indexación, siempre y cuando el cumplimiento de la sentencia sea con posterioridad al año 2021; finalmente, gravó en costas a COLPENSIONES.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la parte demandante, quien manifestó que debe ordenarse la indexación en la parte resolutiva de la sentencia, ya que luego presenta inconvenientes al momento de solicitar el cumplimiento a cargo de COLPENSIONES; igualmente, aduce que debe modificarse en un mayor valor la indemnización sustitutiva en la que se tenga en cuenta los años de 1991, y 1995 a 1998, ello en la medida en que COLPENSIONES no los tiene en cuenta por ser extemporáneos.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya existe incompatibilidad entre la prestación que pretende sea reconocida por Colpensiones y la pensión de jubilación otorgada por el FOMAG, con lo que, las resoluciones expedidas por aquella entidad negando la prestación se encuentran ajustadas a derecho.

6.2 Demandante.: Peticiona que se confirme la decisión de instancia, dado que no se presenta la incompatibilidad alegada por Colpensiones, tal como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte procesal 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 mismo, se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en lo que haya sido desfavorable a COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 *ejusdem*.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se debe condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, por las cotizaciones realizadas por el actor al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, entre el periodo del 07 de marzo de 1985 al 22 de agosto del 2017, a pesar de que le fue reconocida pensión de jubilación por parte del FOMAG? En caso positivo (ii) ¿El valor liquidado por el a quo se encuentra ajustado a derecho y procede la indexación?

PENSION DE JUBILACIÓN MAGISTERIO E INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que el demandante nació el 05 de mayo de 1957 (fol. 13 Archivo No 001); (ii) Que estuvo afiliado al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 07 de marzo de 1985, realizando aportes en calidad de trabajador del sector privado hasta el 22 de agosto del 2017 (fols. 2 a 10 historia laboral - expediente administrativo); (iii) Que mediante resolución No 0385 del 25 de julio de 2012 le fue concedida por parte del FOMAG la pensión de jubilación a partir del 06 de mayo de 2012 (fols. 43 a 45 Archivo No 001); (iv) Que solicitó la indemnización sustitutiva ante COLPENSIONES el 09 de mayo de 2019, pero la misma le fue negada a través de resolución SUB217278 del 13 de agosto de 2019, confirmada a través de resolución SUB266399 del 27 de septiembre de 2019, mediante la cual se desató el recurso de reposición, bajo el argumento de existir incompatibilidad con la pensión de jubilación que viene percibiendo (Fols. 29 a 42). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por parte de COLPENSIONES, por el tiempo cotizado en tal entidad, pese a que al actor le fue concedida pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG.

Previo a entrar en la solución de la controversia planteada, es importante señalar que, si bien los docentes oficiales están excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud de lo previsto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, tal calidad no les impide prestar sus servicios a instituciones de naturaleza privada y en virtud a ello, financiar una posible pensión de vejez en el marco de la Ley 100 de 1993, ya sea en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así se infiere del contenido del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que se permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio

que además reciban remuneraciones del sector privado, a que acumulen cotizaciones como docentes oficiales con cotizaciones del sector privado para que sean administradas en dicho fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993.

Precepto reglamentario de la Ley 100 de 1993, a partir del cual solo se puede educir, según lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si los docentes oficiales vinculados a la entidad que administra las pensiones de ese sector, paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden válidamente afiliarse a una administradora de pensiones del RAIS o del RPM y cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen especial accederán a las prestaciones propias del mismo (Sentencia del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848).

Ahora, si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, de la aplicación de dicha normativa, lo cierto es que de conformidad con el mandato previsto en el artículo 17 de la misma Ley, la calidad de exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no exime al empleador privado de la obligación de realizar las cotizaciones al sistema cuando contrata como trabajador a quien pertenece al régimen pensional de los docentes oficiales, como sucedió en el evento bajo examen, en el que las distintas entidades del sector privado le aportaron al sistema general en pensiones al demandante desde el 07 de marzo de 1985 hasta el 22 de agosto de 2017, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Colofón de lo dicho, los argumentos esbozados por COLPENSIONES en los actos administrativos denegatorios de la prestación reclamada no están llamados a prosperar, pues de manera cristalina se concluye que la pensión de jubilación que viene percibiendo el actor a cargo del FOMAG no es incompatible con las prestaciones a las que pueda tener derecho a cargo del sistema general de pensiones, pues una y otra son diferentes, máxime que las aportaciones realizadas al ISS son eminentemente por empleadores del sector privado, el cual en nada incidieron en el tiempo de servicios que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación como docente del sector público.

Indemnización sustitutiva

Bajo ese contexto, se observa que el actor al estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, le es perfectamente aplicable el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el cual señala:

> *"**ART. 37. 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, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado"*

Por manera que, al haber acreditado la edad de 62 años el 05 de mayo de 2019, por haber nacido el mismo día y mes del año de 1957 (Fol. 13 Archivo 001), fecha para la cual cuenta con 1.234,29 semanas cotizadas, es decir, inferior a las 1300 requeridas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, con lo que se constata que cumple los requisitos para hacerse acreedor a la indemnización sustitutiva, misma que es el equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. Una vez se obtiene el resultado de esta operación aritmética, se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, según lo dispuesto en la aducida norma.

Ahora bien, respecto de la fórmula para determinar el valor de esta prestación económica, es procedente remitirnos a lo indicado en el Decreto 1730 de 2011, que textualmente señala en su artículo 3° lo siguiente:

> *"**ARTICULO 3º-Cuantía de la indemnización.***
>
> *Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:*
>
> *I = SBC x SC x PPC*
>
> *Donde:*
>
> *SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.*
>
> *SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*
>
> *PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*
>
> *En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.*
>
> *A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993."*

Es por ello que, una vez efectuadas las operaciones matemáticas de rigor, se obtiene un total por concepto de indemnización sustitutiva el valor de **$61.264.978,42**, esto es, superior al valor que encontró la a quo, que lo fue de **$57.808.435,** y como la sentencia fue apelada en este aspecto habrá de modificarse, precisando que el a quo no tuvo en cuenta en la liquidación los ciclos cotizados en los años de 1995, 1996, 1997, y 1998, a pesar de que aparece realizado el pago respectivo por el "Colegio Hispanoamericano", es decir, son dineros que fueron recibidos por COLPENSIONES y que deben hacer parte del cálculo de la indemnización sustitutiva, a pesar de que estén con la novedad de "no registra la relación laboral en afiliación para este pago", pues aquellos periodos se refutan como válidos para efectos pensionales (SL4455-2020).

Asimismo, en esta clase de prestaciones, de conformidad con el Decreto 1730 de 2011, artículo 3°, se debe hacer "*actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE",* razón por la cual, el IPC final que se tiene en cuenta es el de diciembre del año inmediatamente anterior al reconocimiento, en el sub examine, el de diciembre de 2020, como se hizo por esta Judicatura.

Conforme a lo expuesto, se modificará el valor a condenar por concepto de indemnización sustitutiva.

Indexación

En orden a lo anterior, esta Colegiatura confirmará la orden impuesta por indexación, debido a que el derecho objeto de condena se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y la misma debe ser asumida por quien debe realizar el pago, en este caso, COLPENSIONES, que correrá desde el 06 de septiembre de 2021, fecha en la que se profirió la decisión de primera instancia y se declaró el derecho en favor del actor, por lo que también se modificará la decisión de instancia en este aspecto, pues la a quo ordenó la indexación en la parte considerativa pero no dejó expresa la condena en la parte resolutiva de la sentencia; además consideró que la misma opera en el evento en que el cumplimiento de la sentencia se efectué con posterioridad al año 2021, pero como se consideró anteriormente, el valor de la indemnización se calcula con el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior a su reconocimiento, con lo cual, se entiende que tal valor se encuentra actualizado hasta la fecha en que se profirió la decisión de instancia y se ordenó su reconocimiento y pago a cargo de COLPENSIONES, y a partir de allí al tener un valor concreto de dinero por reconocer a título de indemnización sustitutiva, debe decirse que sufrirá los efectos de la devaluación desde tal declaratoria hasta cuando se efectué su pago.

Debe precisar la Sala que la indexación es un mecanismo para resarcir al acreedor por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, siguiendo la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, además de revisarse la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

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 y SEGUNDO**, de la sentencia venida en apelación y consulta proferida el 06 de septiembre de 2021 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

> ***"PRIMERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor MANUEL RAMON VIDAL MARTINEZ, el valor de* ***$61.264.978,42,*** *por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer la indexación del valor condenado como indemnización sustitutiva, a partir del 06 de septiembre de 2021 y hasta la fecha en que se efectué su pago correspondiente, acudiendo para ello a la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

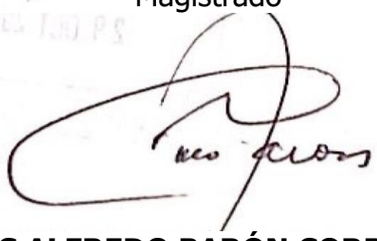
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-*

CALCULO INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

RECONOCIMIENTO	2020
	12

105,48

	AÑO MES	IBC	% PENSIÓN	DÍAS	% COTIZACIÓN PARA IVM	IBC INDEXADO	IPC	BASE PPC
1985	Enero		$ 0,00		4,5%		1,959	-
	Febrero		$ 0,00		4,5%		1,959	-
	Marzo	$ 17.790	$ 640,44	24	4,5%	$ 766.492	1,959	1.795.733,000
	Abril	$ 17.790	$ 800,55	30	4,5%	$ 958.115	1,959	2.244.666,250
	Mayo	$ 17.790	$ 827,24	31	4,5%	$ 990.053	1,959	2.319.488,458
	Junio	$ 17.790	$ 800,55	30	4,5%	$ 958.115	1,959	2.244.666,250
	Julio	$ 17.790	$ 827,24	31	4,5%	$ 990.053	1,959	2.319.488,458
	Agosto	$ 17.790	$ 827,24	31	4,5%	$ 990.053	1,959	2.319.488,458
	Septiembre	$ 17.790	$ 800,55	30	4,5%	$ 958.115	1,959	2.244.666,250
	Octubre	$ 17.790	$ 827,24	31	4,5%	$ 990.053	1,959	2.319.488,458
	Noviembre	$ 17.790	$ 1.156,35	30	6,5%	$ 958.115	1,959	3.242.295,694
	Diciembre	$ 17.790	$ 38,55	1	6,5%	$ 31.937	1,959	108.076,523
1986	Enero	$ 30.150	$ 130,65	2	6,5%	$ 88.403	2,398	216.153,046
	Febrero	$ 30.150	$ 1.829,10	28	6,5%	$ 1.237.640	2,398	3.026.142,648
	Marzo	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.370.244	2,398	3.350.372,218
	Abril	$ 30.150	$ 1.959,75	30	6,5%	$ 1.326.043	2,398	3.242.295,694
	Mayo	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.370.244	2,398	3.350.372,218
	Junio	$ 30.150	$ 1.959,75	30	6,5%	$ 1.326.043	2,398	3.242.295,694
	Julio	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.370.244	2,398	3.350.372,218
	Agosto	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.370.244	2,398	3.350.372,218
	Septiembre	$ 30.150	$ 1.959,75	30	6,5%	$ 1.326.043	2,398	3.242.295,694
	Octubre	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.370.244	2,398	3.350.372,218

	Noviembre	$ 30.150	$ 1.959,75	30	6,5%	$ 1.326.043	2,398	3.242.295,694
	Diciembre	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.370.244	2,398	3.350.372,218
1987	**Enero**	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.132.758	2,901	3.350.372,218
	Febrero	$ 30.150	$ 1.829,10	28	6,5%	$ 1.023.137	2,901	3.026.142,648
	Marzo	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.132.758	2,901	3.350.372,218
	Abril	$ 30.150	$ 1.959,75	30	6,5%	$ 1.096.218	2,901	3.242.295,694
	Mayo	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.132.758	2,901	3.350.372,218
	Junio	$ 30.150	$ 1.959,75	30	6,5%	$ 1.096.218	2,901	3.242.295,694
	Julio	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.132.758	2,901	3.350.372,218
	Agosto	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.132.758	2,901	3.350.372,218
	Septiembre	$ 30.150	$ 1.959,75	30	6,5%	$ 1.096.218	2,901	3.242.295,694
	Octubre	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.132.758	2,901	3.350.372,218
	Noviembre	$ 30.150	$ 1.959,75	30	6,5%	$ 1.096.218	2,901	3.242.295,694
	Diciembre	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 1.132.758	2,901	3.350.372,218
1988	**Enero**	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 913.412	3,598	3.350.372,218
	Febrero	$ 30.150	$ 1.829,10	28	6,5%	$ 825.017	3,598	3.026.142,648
	Marzo	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 913.412	3,598	3.350.372,218
	Abril	$ 30.150	$ 1.959,75	30	6,5%	$ 883.947	3,598	3.242.295,694
	Mayo	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 913.412	3,598	3.350.372,218
	Junio	$ 30.150	$ 1.959,75	30	6,5%	$ 883.947	3,598	3.242.295,694
	Julio	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 913.412	3,598	3.350.372,218
	Agosto	$ 30.150	$ 2.025,08	31	6,5%	$ 913.412	3,598	3.350.372,218
	Septiembre	$ 70.260	$ 4.566,90	30	6,5%	$ 2.059.904	3,598	3.242.295,694
	Octubre	$ 70.260	$ 4.719,13	31	6,5%	$ 2.128.567	3,598	3.350.372,218
	Noviembre	$ 70.260	$ 4.566,90	30	6,5%	$ 2.059.904	3,598	3.242.295,694

	Diciembre	$ 70.260	$ 4.719,13	31	6,5%	$ 2.128.567	3,598	3.350.372,218
1989	**Enero**	$ 70.260	$ 4.719,13	31	6,5%	$ 1.661.398	4,609	3.350.372,218
	Febrero	$ 70.260	$ 4.262,44	28	6,5%	$ 1.500.617	4,609	3.026.142,648
	Marzo	$ 70.260	$ 4.719,13	31	6,5%	$ 1.661.398	4,609	3.350.372,218
	Abril	$ 70.260	$ 4.566,90	30	6,5%	$ 1.607.804	4,609	3.242.295,694
	Mayo	$ 70.260	$ 4.719,13	31	6,5%	$ 1.661.398	4,609	3.350.372,218
	Junio	$ 70.260	$ 4.566,90	30	6,5%	$ 1.607.804	4,609	3.242.295,694
	Julio	$ 70.260	$ 4.719,13	31	6,5%	$ 1.661.398	4,609	3.350.372,218
	Agosto	$ 70.260	$ 4.719,13	31	6,5%	$ 1.661.398	4,609	3.350.372,218
	Septiembre	$ 70.260	$ 4.566,90	30	6,5%	$ 1.607.804	4,609	3.242.295,694
	Octubre	$ 70.260	$ 4.719,13	31	6,5%	$ 1.661.398	4,609	3.350.372,218
	Noviembre	$ 70.260	$ 4.566,90	30	6,5%	$ 1.607.804	4,609	3.242.295,694
	Diciembre	$ 70.260	$ 4.719,13	31	6,5%	$ 1.661.398	4,609	3.350.372,218
1990	**Enero**	$ 70.260	$ 4.719,13	31	6,5%	$ 1.317.909	5,811	3.350.372,218
	Febrero	$ 70.260	$ 4.262,44	28	6,5%	$ 1.190.370	5,811	3.026.142,648
	Marzo	$ 99.630	$ 6.691,82	31	6,5%	$ 1.868.820	5,811	3.350.372,218
	Abril	$ 99.630	$ 6.475,95	30	6,5%	$ 1.808.535	5,811	3.242.295,694
	Mayo	$ 99.630	$ 6.691,82	31	6,5%	$ 1.868.820	5,811	3.350.372,218
	Junio	$ 99.630	$ 6.475,95	30	6,5%	$ 1.808.535	5,811	3.242.295,694
	Julio	$ 99.630	$ 6.691,82	31	6,5%	$ 1.868.820	5,811	3.350.372,218
	Agosto	$ 99.630	$ 6.691,82	31	6,5%	$ 1.868.820	5,811	3.350.372,218
	Septiembre	$ 99.630	$ 6.475,95	30	6,5%	$ 1.808.535	5,811	3.242.295,694
	Octubre	$ 99.630	$ 6.691,82	31	6,5%	$ 1.868.820	5,811	3.350.372,218
	Noviembre	$ 99.630	$ 5.396,63	25	6,5%	$ 1.507.113	5,811	2.701.913,079
	Diciembre		$ 0,00		6,5%		5,811	-
	Enero		$ 0,00		12,5%		18,292	-

1995	**Febrero**	$ 119.000	$ 14.875,00	30	12,5%	$ 686.208	18,292	6.235.184,028
	Marzo	$ 119.000	$ 14.875,00	30	12,5%	$ 686.208	18,292	6.235.184,028
	Abril	$ 119.000	$ 14.875,00	30	12,5%	$ 686.208	18,292	6.235.184,028
	Mayo	$ 119.000	$ 14.875,00	30	12,5%	$ 686.208	18,292	6.235.184,028
	Junio	$ 119.000	$ 14.875,00	30	12,5%	$ 686.208	18,292	6.235.184,028
	Julio	$ 119.000	$ 14.875,00	30	12,5%	$ 686.208	18,292	6.235.184,028
	Agosto	$ 119.000	$ 14.875,00	30	12,5%	$ 686.208	18,292	6.235.184,028
	Septiembre	$ 119.000	$ 14.875,00	30	12,5%	$ 686.208	18,292	6.235.184,028
	Octubre	$ 119.000	$ 14.875,00	30	12,5%	$ 686.208	18,292	6.235.184,028
	Noviembre	$ 119.000	$ 14.875,00	30	12,5%	$ 686.208	18,292	6.235.184,028
	Diciembre		$ 0,00		12,5%		18,292	-
1996	**Enero**		$ 0,00		13,5%		21,835	-
	Febrero	$ 142.125	$ 19.186,88	30	13,5%	$ 686.577	21,835	6.733.998,750
	Marzo	$ 142.125	$ 19.186,88	30	13,5%	$ 686.577	21,835	6.733.998,750
	Abril	$ 142.125	$ 19.186,88	30	13,5%	$ 686.577	21,835	6.733.998,750
	Mayo	$ 142.125	$ 19.186,88	30	13,5%	$ 686.577	21,835	6.733.998,750
	Junio	$ 142.125	$ 19.186,88	30	13,5%	$ 686.577	21,835	6.733.998,750
	Julio	$ 142.125	$ 19.186,88	30	13,5%	$ 686.577	21,835	6.733.998,750
	Agosto	$ 142.125	$ 19.186,88	30	13,5%	$ 686.577	21,835	6.733.998,750
	Septiembre	$ 142.125	$ 19.186,88	30	13,5%	$ 686.577	21,835	6.733.998,750
	Octubre	$ 142.125	$ 19.186,88	30	13,5%	$ 686.577	21,835	6.733.998,750
	Noviembre	$ 142.125	$ 19.186,88	30	13,5%	$ 686.577	21,835	6.733.998,750
	Diciembre		$ 0,00		13,5%		21,835	-
1997	**Enero**		$ 0,00		13,5%		26,548	-
	Febrero	$ 172.005	$ 23.220,68	30	13,5%	$ 683.404	26,548	6.733.998,750
	Marzo	$ 172.005	$ 23.220,68	30	13,5%	$ 683.404	26,548	6.733.998,750

	Abril	$ 172.005	$ 23.220,68	30	13,5%	$ 683.404	26,548	6.733.998,750
	Mayo	$ 172.005	$ 23.220,68	30	13,5%	$ 683.404	26,548	6.733.998,750
	Junio	$ 172.005	$ 23.220,68	30	13,5%	$ 683.404	26,548	6.733.998,750
	Julio	$ 172.005	$ 23.220,68	30	13,5%	$ 683.404	26,548	6.733.998,750
	Agosto	$ 172.005	$ 23.220,68	30	13,5%	$ 683.404	26,548	6.733.998,750
	Septiembre	$ 172.005	$ 23.220,68	30	13,5%	$ 683.404	26,548	6.733.998,750
	Octubre	$ 172.005	$ 23.220,68	30	13,5%	$ 683.404	26,548	6.733.998,750
	Noviembre	$ 172.005	$ 23.220,68	30	13,5%	$ 683.404	26,548	6.733.998,750
	Diciembre		$ 0,00		13,5%		26,548	-
1998	**Enero**		$ 0,00		13,5%		31,225	-
	Febrero	$ 204.000	$ 27.540,00	30	13,5%	$ 689.120	31,225	6.733.998,750
	Marzo	$ 204.000	$ 27.540,00	30	13,5%	$ 689.120	31,225	6.733.998,750
	Abril	$ 204.000	$ 27.540,00	30	13,5%	$ 689.120	31,225	6.733.998,750
	Mayo	$ 204.000	$ 27.540,00	30	13,5%	$ 689.120	31,225	6.733.998,750
	Junio	$ 204.000	$ 27.540,00	30	13,5%	$ 689.120	31,225	6.733.998,750
	Julio	$ 204.000	$ 27.540,00	30	13,5%	$ 689.120	31,225	6.733.998,750
	Agosto	$ 204.000	$ 27.540,00	30	13,5%	$ 689.120	31,225	6.733.998,750
	Septiembre	$ 204.000	$ 27.540,00	30	13,5%	$ 689.120	31,225	6.733.998,750
	Octubre	$ 204.000	$ 27.540,00	30	13,5%	$ 689.120	31,225	6.733.998,750
	Noviembre	$ 204.000	$ 27.540,00	30	13,5%	$ 689.120	31,225	6.733.998,750
	Diciembre		$ 0,00		13,5%		31,225	-
1999	**Enero**		$ 0,00		13,5%		36,424	-
	Febrero	$ 223.702	$ 8.053,27	8	13,5%	$ 172.750	36,424	1.795.733,000
	Marzo	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.508.175	36,424	6.733.998,750
	Abril	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.508.175	36,424	6.733.998,750
	Mayo	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.508.175	36,424	6.733.998,750

	Junio	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.508.175	36,424	6.733.998,750
	Julio	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.508.175	36,424	6.733.998,750
	Agosto	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.508.175	36,424	6.733.998,750
	Septiembre	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.508.175	36,424	6.733.998,750
	Octubre	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.508.175	36,424	6.733.998,750
	Noviembre	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.508.175	36,424	6.733.998,750
	Diciembre		$ 0,00		13,5%		36,424	-
2000	**Enero**		$ 0,00		13,5%		39,787	-
	Febrero	$ 369.628	$ 21.623,24	13	13,5%	$ 424.636	39,787	2.918.066,125
	Marzo	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.296.196	39,787	6.733.998,750
	Abril	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.296.196	39,787	6.733.998,750
	Mayo	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.296.196	39,787	6.733.998,750
	Junio	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.296.196	39,787	6.733.998,750
	Julio	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.296.196	39,787	6.733.998,750
	Agosto	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.296.196	39,787	6.733.998,750
	Septiembre	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.296.196	39,787	6.733.998,750
	Octubre	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.296.196	39,787	6.733.998,750
	Noviembre	$ 866.123	$ 116.926,61	30	13,5%	$ 2.296.196	39,787	6.733.998,750
	Diciembre		$ 0,00		13,5%		39,787	-
2001	**Enero**		$ 0,00		13,5%		43,268	-
	Febrero		$ 0,00		13,5%		43,268	-
	Marzo	$ 405.376	$ 27.362,88	15	13,5%	$ 494.123	43,268	3.366.999,375
	Abril	$ 810.760	$ 109.452,60	30	13,5%	$ 1.976.511	43,268	6.733.998,750
	Mayo	$ 810.760	$ 109.452,60	30	13,5%	$ 1.976.511	43,268	6.733.998,750
	Junio	$ 810.760	$ 109.452,60	30	13,5%	$ 1.976.511	43,268	6.733.998,750
	Julio	$ 810.760	$ 109.452,60	30	13,5%	$ 1.976.511	43,268	6.733.998,750
	Agosto	$ 810.760	$ 109.452,60	30	13,5%	$ 1.976.511	43,268	6.733.998,750

	Septiembre	$ 810.760	$ 109.452,60	30	13,5%	$ 1.976.511	43,268	6.733.998,750
	Octubre	$ 810.760	$ 109.452,60	30	13,5%	$ 1.976.511	43,268	6.733.998,750
	Noviembre	$ 810.760	$ 109.452,60	30	13,5%	$ 1.976.511	43,268	6.733.998,750
	Diciembre		$ 0,00		13,5%		43,268	-
2002	**Enero**		$ 0,00		13,5%		46,576	-
	Febrero	$ 366.444	$ 19.787,98	12	13,5%	$ 331.952	46,576	2.693.599,500
	Marzo	$ 916.118	$ 123.675,93	30	13,5%	$ 2.074.719	46,576	6.733.998,750
	Abril	$ 916.118	$ 123.675,93	30	13,5%	$ 2.074.719	46,576	6.733.998,750
	Mayo	$ 916.118	$ 123.675,93	30	13,5%	$ 2.074.719	46,576	6.733.998,750
	Junio	$ 916.118	$ 123.675,93	30	13,5%	$ 2.074.719	46,576	6.733.998,750
	Julio	$ 916.118	$ 123.675,93	30	13,5%	$ 2.074.719	46,576	6.733.998,750
	Agosto	$ 916.118	$ 123.675,93	30	13,5%	$ 2.074.719	46,576	6.733.998,750
	Septiembre	$ 916.118	$ 123.675,93	30	13,5%	$ 2.074.719	46,576	6.733.998,750
	Octubre	$ 916.118	$ 123.675,93	30	13,5%	$ 2.074.719	46,576	6.733.998,750
	Noviembre	$ 916.118	$ 123.675,93	30	13,5%	$ 2.074.719	46,576	6.733.998,750
	Diciembre		$ 0,00		13,5%		46,576	-
2003	**Enero**		$ 0,00		13,5%		49,833	-
	Febrero	$ 400.829	$ 23.448,50	13	13,5%	$ 367.650	49,833	2.918.066,125
	Marzo	$ 925.000	$ 124.875,00	30	13,5%	$ 1.957.922	49,833	6.733.998,750
	Abril	$ 925.000	$ 124.875,00	30	13,5%	$ 1.957.922	49,833	6.733.998,750
	Mayo	$ 925.000	$ 124.875,00	30	13,5%	$ 1.957.922	49,833	6.733.998,750
	Junio	$ 925.000	$ 124.875,00	30	13,5%	$ 1.957.922	49,833	6.733.998,750
	Julio	$ 925.000	$ 124.875,00	30	13,5%	$ 1.957.922	49,833	6.733.998,750
	Agosto	$ 925.000	$ 124.875,00	30	13,5%	$ 1.957.922	49,833	6.733.998,750
	Septiembre	$ 925.000	$ 124.875,00	30	13,5%	$ 1.957.922	49,833	6.733.998,750
	Octubre	$ 925.000	$ 124.875,00	30	13,5%	$ 1.957.922	49,833	6.733.998,750

	Noviembre	$ 925.000	$ 124.875,00	30	13,5%	$ 1.957.922	49,833	6.733.998,750
	Diciembre		$ 0,00		13,5%		49,833	-
2004	**Enero**		$ 0,00		14,5%		53,067	-
	Febrero	$ 555.000	$ 48.285,00	18	14,5%	$ 661.892	53,067	4.339.688,083
	Marzo	$ 925.000	$ 134.125,00	30	14,5%	$ 1.838.589	53,067	7.232.813,472
	Abril	$ 925.000	$ 134.125,00	30	14,5%	$ 1.838.589	53,067	7.232.813,472
	Mayo	$ 925.000	$ 134.125,00	30	14,5%	$ 1.838.589	53,067	7.232.813,472
	Junio	$ 925.000	$ 134.125,00	30	14,5%	$ 1.838.589	53,067	7.232.813,472
	Julio	$ 925.000	$ 134.125,00	30	14,5%	$ 1.838.589	53,067	7.232.813,472
	Agosto	$ 925.000	$ 134.125,00	30	14,5%	$ 1.838.589	53,067	7.232.813,472
	Septiembre	$ 925.000	$ 134.125,00	30	14,5%	$ 1.838.589	53,067	7.232.813,472
	Octubre	$ 925.000	$ 134.125,00	30	14,5%	$ 1.838.589	53,067	7.232.813,472
	Noviembre	$ 925.000	$ 134.125,00	30	14,5%	$ 1.838.589	53,067	7.232.813,472
	Diciembre	$ 925.000	$ 134.125,00	30	14,5%	$ 1.838.589	53,067	7.232.813,472
2005	**Enero**	$ 925.000	$ 138.750,00	30	15%	$ 1.742.780	55,985	7.482.220,833
	Febrero	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833
	Marzo	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833
	Abril	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833
	Mayo	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833
	Junio	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833
	Julio	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833
	Agosto	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833
	Septiembre	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833
	Octubre	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833
	Noviembre	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833
	Diciembre	$ 960.000	$ 144.000,00	30	15%	$ 1.808.723	55,985	7.482.220,833

2006	**Enero**	$ 960.000	$ 148.800,00	30	16%	$ 1.724.974	58,703	7.731.628,194
	Febrero	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
	Marzo	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
	Abril	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
	Mayo	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
	Junio	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
	Julio	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
	Agosto	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
	Septiembre	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
	Octubre	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
	Noviembre	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
	Diciembre	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.814.816	58,703	7.731.628,194
2007	**Enero**	$ 1.010.000	$ 156.550,00	30	16%	$ 1.737.033	61,331	7.731.628,194
	Febrero	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
	Marzo	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
	Abril	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
	Mayo	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
	Junio	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
	Julio	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
	Agosto	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
	Septiembre	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
	Octubre	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
	Noviembre	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
	Diciembre	$ 1.060.000	$ 164.300,00	30	16%	$ 1.823.025	61,331	7.731.628,194
20	**Enero**	$ 1.060.000	$ 169.600,00	30	16%	$ 1.724.813	64,824	7.981.035,556

08	**Febrero**	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
	Marzo	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
	Abril	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
	Mayo	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
	Junio	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
	Julio	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
	Agosto	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
	Septiembre	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
	Octubre	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
	Noviembre	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
	Diciembre	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.827.326	64,824	7.981.035,556
2009	**Enero**	$ 1.123.000	$ 179.680,00	30	16%	$ 1.697.079	69,799	7.981.035,556
	Febrero	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
	Marzo	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
	Abril	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
	Mayo	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
	Junio	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
	Julio	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
	Agosto	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
	Septiembre	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
	Octubre	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
	Noviembre	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
	Diciembre	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.866.333	69,799	7.981.035,556
2010	**Enero**	$ 1.235.000	$ 197.600,00	30	16%	$ 1.829.706	71,196	7.981.035,556
	Febrero	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556

	Marzo	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556
	Abril	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556
	Mayo	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556
	Junio	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556
	Julio	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556
	Agosto	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556
	Septiembre	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556
	Octubre	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556
	Noviembre	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556
	Diciembre	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.964.527	71,196	7.981.035,556
2011	**Enero**	$ 1.326.000	$ 212.160,00	30	16%	$ 1.904.142	73,454	7.981.035,556
	Febrero	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
	Marzo	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
	Abril	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
	Mayo	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
	Junio	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
	Julio	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
	Agosto	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
	Septiembre	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
	Octubre	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
	Noviembre	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
	Diciembre	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 2.010.406	73,454	7.981.035,556
2012	**Enero**	$ 1.400.000	$ 224.000,00	30	16%	$ 1.938.164	76,192	7.981.035,556
	Febrero	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556
	Marzo	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556

	Abril	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556
	Mayo	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556
	Junio	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556
	Julio	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556
	Agosto	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556
	Septiembre	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556
	Octubre	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556
	Noviembre	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556
	Diciembre	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.145.824	76,192	7.981.035,556
2013	**Enero**	$ 1.550.000	$ 248.000,00	30	16%	$ 2.094.808	78,047	7.981.035,556
	Febrero	$ 1.702.000	$ 272.320,00	30	16%	$ 2.300.235	78,047	7.981.035,556
	Marzo	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.229.957	78,047	7.981.035,556
	Abril	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.229.957	78,047	7.981.035,556
	Mayo	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.229.957	78,047	7.981.035,556
	Junio	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.229.957	78,047	7.981.035,556
	Julio	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.229.957	78,047	7.981.035,556
	Agosto	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.229.957	78,047	7.981.035,556
	Septiembre	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.229.957	78,047	7.981.035,556
	Octubre	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.229.957	78,047	7.981.035,556
	Noviembre	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.229.957	78,047	7.981.035,556
	Diciembre	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.229.957	78,047	7.981.035,556
2014	**Enero**	$ 1.650.000	$ 264.000,00	30	16%	$ 2.187.566	79,560	7.981.035,556
	Febrero	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556
	Marzo	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556
	Abril	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556

	Mayo	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556
	Junio	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556
	Julio	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556
	Agosto	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556
	Septiembre	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556
	Octubre	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556
	Noviembre	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556
	Diciembre	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.320.146	79,560	7.981.035,556
2015	**Enero**	$ 1.750.000	$ 280.000,00	30	16%	$ 2.238.277	82,470	7.981.035,556
	Febrero		$ 0,00		16%		82,470	-
	Marzo		$ 0,00		16%		82,470	-
	Abril		$ 0,00		16%		82,470	-
	Mayo		$ 0,00		16%		82,470	-
	Junio		$ 0,00		16%		82,470	-
	Julio		$ 0,00		16%		82,470	-
	Agosto		$ 0,00		16%		82,470	-
	Septiembre		$ 0,00		16%		82,470	-
	Octubre		$ 0,00		16%		82,470	-
	Noviembre		$ 0,00		16%		82,470	-
	Diciembre		$ 0,00		16%		82,470	-
2017	**Enero**		$ 0,00		16%		93,113	-
	Febrero		$ 0,00		16%		93,113	-
	Marzo		$ 0,00		16%		93,113	-
	Abril		$ 0,00		16%		93,113	-
	Mayo		$ 0,00		16%		93,113	-
	Junio	$ 2.000.000	$ 320.000,00	30	16%	$ 2.265.638	93,113	7.981.035,556
	Julio	$ 2.000.000	$ 320.000,00	30	16%	$ 2.265.638	93,113	7.981.035,556
	Agosto	$ 1.466.667	$ 172.088,93	22	16%	$ 1.218.410	93,113	5.852.759,407
	Septiembre		$ 0,00		16%		93,113	-
	Octubre		$ 0,00		16%		93,113	-
	Noviembre		$ 0,00		16%		93,113	-

	Diciembre		$ 0,00		16%	93,113	-

$ 223.104.352	$ 33.578.647,21	8.640	15,05%	478.862.133,34		1.837.949.352,66
				1.662.715,74	**PPC ===>**	**12,794 %**

Salario Base de Cotización Semanal	$ 387.967,01
# Semanas	1234,29
Promedio Ponderado de Cotizacón -PPC-	12,794%
TOTAL INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA	**$ 61.264.978,42**

PORCENTAJES	**CÁLCULO PROMEDI0 PONDERADO**		
4,50%	238,00	17.807.685,58	1.662.715,74
6,50%	1.791,00	193.565.052,96	1.662.715,74
8,00%	-	0,00	1.662.715,74
10,00%	-	0,00	1.662.715,74
11,50%	-	0,00	1.662.715,74
12,50%	300,00	62.351.840,28	1.662.715,74
13,50%	2.281,00	512.008.371,63	1.662.715,74
14,50%	318,00	76.667.822,81	1.662.715,74
15,00%	360,00	89.786.650,00	1.662.715,74
15,50%	720,00	185.559.076,67	1.662.715,74
16,00%	2.632,00	700.202.852,74	1.662.715,74
	8.640,00	1.837.949.352,66	
	-	**12,794 %**	

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ESPECIAL FUERO SINDICAL***
DEMANDANTE: ***BRINKS DE COLOMBIA S.A.***
DEMANDADO: ***NELSON ENRIQUE ORTIZ URBANO.***
RADICACIÓN: ***110013105-016-2019-00842-02***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***PERMISO PARA DESPEDIR.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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, 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. La sociedad BRINKS DE COLOMBIA S.A. instauró demanda especial de fuero sindical contra NELSON ENRIQUE ORTIZ URBANO con el fin que se declare que incurrió en la causal de terminación del contrato de trabajo por justa causa, y en consecuencia se levante el fuero sindical, autorizando la terminación del contrato de trabajo con justa causa, sin mediar indemnización alguna, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el demandado ingresó a laborar el 27 de septiembre de 2000 bajo un contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de escolta y luego fue ascendido a Coordinador de Seguridad; que el 22 de agosto de 2018 el Sindicato Nacional de Trabajadores de Brinks de Colombia "SINTRABRINKS" notificó a la sociedad demandante que el señor Nelson Enrique Ortiz Urbano fue nombrado en la Comisión Estatutaria de Reclamos; que sobre el trabajador recayó una primera sanción disciplinaria que inició el 22 de agosto de 2019, por incumplimiento de instrucciones por parte del empleador en lo relacionado con el entrega de dos bases de datos, y terminó con sanción datada el 28 de agosto de 2019, mediante la cual se declaró el incumplimiento de las normas y obligaciones laborales, sancionándolo con suspensión del contrato de trabajo por el término de 3 días; que presentó recurso de reposición y apelación, lo cual fueron resueltos mediante decisión del 19 de septiembre de 2019 y el 02 de octubre de 2019, confirmando la sanción impuesta; que tuvo una segunda sanción disciplinaria en ese mismo semestre, dado que como miembro de la Junta Directiva Seccional Bogotá del sindicado "SINTRABRINKS", consintió, toleró, permitió y autorizó una rifa para el día

15 de julio de 2019, haciendo uso de espacios de la empresa Brinks de Colombia, publicando avisos, carteles y panfletos; que tal proceso disciplinario terminó con sanción calendada el 28 de agosto de 2019, en la que se le hizo llamado de atención con copia a la hoja de vida; que presentó recurso de reposición y apelación, siendo desatados a través de decisiones del 19 de septiembre de 2019 y 2 de octubre del mismo año, mediante el cual se confirmó la sanción impuesta; que el demandado incurrió en una tercera falta disciplinaria en el mismo semestre, consistente en permitir y autorizar para los días 12 al 14 de agosto de 2019 el uso de elementos dentro de los espacios de la empresa Brinks de Colombia, específicamente las carteleras ubicadas en la cafetería de OPEX de la sede de la calle 22, y en la cual publicaron avisos, carteleras o panfletos alusivos a la rifa del "super bono de amor y amistad" el cual jugó el 21 de septiembre de 2019, sin que la empresa tuviera conocimiento de dicha publicación; que el trabajador fue sancionado disciplinariamente en dos oportunidades en el mismo semestre, incurriendo en una tercera falta, lo que está tipificado como justa causa de terminación del contrato de trabajo, conforme a lo previsto en el numeral 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 y artículo 73, numeral 15 del Reglamento Interno de Trabajo; que el 07 de octubre de 2019 se le notificó por correo electrónico al trabajador de la terminación del contrato de trabajo con justa causa, e igualmente se envió la notificación por correo certificado, asimismo, fue notificado de manera personal el 08 de octubre de 2019; que a la fecha de la demanda se encuentra cubierto por fuero sindical deriva de la asignación en la Comisión Estatutaria de Reclamos de la Junta Directiva de "SINTRABRINKS".

2. Contestaciones

2.1 NELSON ENRIQUE ORTIZ URBANO

Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el trabajador no ha incumplido ninguna disposición legal, bien sea las que se encuentran en el reglamento interno de trabajo, como en las que se establecen en el CST, razón por la que no existe causa para levantar el fuero sindical y proceder a la terminación del contrato de trabajo; aduce que para que opere la causal de terminación del contrato de trabajo por haber cometido una tercera falta el en mismo periodo se requiere que la tercera falta se haya impuesto conforme el procedimiento del RIT, lo que no acontece con el actor; que en los procesos disciplinarios no se garantizó el debido proceso, ya que no se le dio la oportunidad de ser acompañado por dos representantes del sindicato. Enfiló como excepciones de mérito las que denominó falta de causa, inexistencia de causa para dar por terminado el contrato de trabajo, violación al debido proceso, prescripción y la genérica.

2.2 Sindicato Nacional de Trabajadores de Brinks de Colombia "SINTRABRINKS"

A través de apoderada judicial manifestó que coadyuva los argumentos de defensa del trabajador demandado, manifestando adicionalmente que el trabajador ha cumplido con sus obligaciones, no habiendo lugar a levantar el fuero sindical, al contrario, indicó que se presenta persecución sindical, ya que el cargo del trabajador al interior del sindicato es la de hacer parte de la comisión de reclamos, pero en modo alguno tiene la función de autorizar eventos por la cual se le esta disciplinado.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 09 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado absolvió de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en contra del señor Nelson Enrique Ortiz Urbano y el sindicato Sintrabrinks de Colombia, negando la totalidad de pretensiones, y declarando probada la excepción de inexistencia de justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo alegada por los demandados, gravando en costas a la demandante. (fls. 308 a 310 con Cd de audiencia).

Preliminarmente definió que el problema jurídico consiste en establecer sí se demostró que el trabajador demandado incurrió en la justa causa de despido alegada por la entidad demandante, ante lo cual, el sustento jurídico se encuentra en el artículo 73 No 15 del Reglamento Interno de Trabajo, que estipula que al trabajador que incurra en una tercera falta disciplinaria en el mismo periodo, puede dar lugar a la terminación del contrato de trabajo.

En ese sentido, hizo referencia a las faltas disciplinarias impuestas al actor, encontrando que frente a la primera, relativa a la falta de entrega de una base de datos, se encuentra ajustada a derecho, pues se siguió el procedimiento establecido en el reglamento interno, y además, el argumento del trabajador era el haber tenido inconvenientes de conexión para lo cual allega correos electrónico de noviembre y diciembre de 2018, pero el incumplimiento fue en abril de 2019, precisando que el tema relativo a la incapacidad esgrimida por el trabajador el mismo día de los descargos, la misma no fue colocada en conocimiento del área que estaba adelantando el proceso disciplinario, ya que si bien obra correo electrónico del 12 de agosto de 2019, este fue dirigido al superior inmediato y al área de talento humano, máxime que en su contenido no se hace referencia o se advierte al superior inmediato de que ese mismo día tenía que rendir diligencia de descargos para efectos de que el superior jerárquico informe al área encargada del proceso disciplinario su no comparecencia.

En cuanto a la segunda falta disciplinaria, adujo que los cargos fueron los de consentir, tolerar, permitir y autorizar el uso de espacios de la empresa como las puertas del área de equipos eléctricos de la sede calle 22 para publicar avisos, carteleras o panfletos alusivos a una rifa, los cuales tienen referente normativo en lo dispuesto en el artículo 60 numeral 6° del CST y 65 No 10 del RIT, pero en modo alguno se demostró que el trabajador haya cometido esas conductas; que no está probado que el trabajador como individuo haya realizado las conductas esgrimidas en el cargo disciplinario, pues por el hecho de ostentar la calidad de aforado sindical no puede endilgársele las conductas o decisiones del sindicato, aunado a que el trabajador no ostenta la calidad de directivo del sindicato, sino solo como integrante de la comisión de reclamos; que en el interrogatorio de parte solo aceptó la compra de un bono, pero que ello no lleva a configurar la falta endilgada; que en relación con la conducta de permitir y autorizar, se tiene que el trabajador como integrante de la comisión de reclamos no tiene esa facultad, y mal podría transmitírsele en su contra las decisiones del sindicato.

Consideró que al no demostrarse la segunda falta disciplinaria, se desconfigura la causal de despido invocada por la entidad demandante, ya que se requiere que haya sido sancionado dos veces y haya cometido una tercera conducta sancionable; no obstante, frente a la tercera falta alegada, se siguen los mismos matices de la segunda, por cuanto tiene que ver con la autorización o permitir el uso de la cartelera de la cafetería los días 12 y 14 de agosto de 2019 para fines de promocionar unos

bonos, pero como se dijo, no hay acreditación que dé lugar a concluir que el actor haya cometido esa falta disciplinaria, ya que como miembro de la comisión de reclamos no tiene esa facultad de autorizar el uso de la cartelera; que no se puede pretender trasladar las actuaciones del sindicato al trabajador; que frente al tema del acompañamiento a la diligencia de descargos por dos miembros de la organización sindical, no comparte la posición del trabajador de que la empresa deba ser quien cite a las dos personas que requiere el trabajador, pues le corresponde al trabajador gestionar los permisos de los acompañantes ante la entidad.

Finalmente, asintió que no se configura la prescripción, ya que el último proceso disciplinario culminó el 07 de octubre de 2019, con la comunicación al actor de la decisión de terminar su contrato de trabajo, presentándose la acción de levantamiento de fuero sindical el 06 de diciembre de 2019, es decir, sin que haya transcurrido más de dos meses entre la decisión de terminar el contrato y la interposición de la acción judicial.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por el apoderado judicial de la parte demandante, quien manifiesta que existió una indebida valoración probatoria; que el demandado al pertenecer a la comisión de reclamos ostenta la calidad de directivo sindical, por lo que los argumentos del a quo son inaplicables e inexplicables; que en relación con la segunda sanción disciplinaria se presentó una indebida valoración probatoria, ya que existen en el expediente registros fotográficos donde se da cuenta de una pancarta fijada en la empresa con la promoción y venta de boletas; que a pesar de que se haga referencia a un bono, en estricto sentido se trata de una rifa o una colecta para recaudar dinero; que el mismo trabajador en el interrogatorio confesó haber comprado boletas y haber estado en la actividad, con lo cual participó directa o indirectamente en la rifa; que el actor estaba en la actividad de propaganda en la puerta de fluidos eléctricos de la empresa, sitio por demás peligroso; que debe interpretarse literalmente la causal de promover y vender rifas, ya que no puede haber tolerancia de hacer rifas en la empresa; que no existe persecución sindical, por el contrario lo que se busca es que la empresa haga cumplir la prohibición legal de hacer rifas; que el trabajador como directivo sindical bien podía oponerse al ser estudiante de últimos semestres de derecho y conocer la norma, y al contrario lo que hizo fue tolerar el incumplimiento; que debe tenerse en cuenta no solo la realización de la rifa, sino la participación del trabajador en la misma; que en relación con la tercera conducta existen yerros de valoración, ya que se presentó por haber utilizado la cartelera de la empresa para el evento de la rifa, siendo que el trabajador transita por allí y conocía de la publicación, ante lo cual debía informar a la empresa de esa irregularidad y no lo hizo; en síntesis solicita que se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones invocadas en la demanda; y finalmente, que las costas procesales son excesivamente altas, aunado a que el sindicato no es demandado.

5. 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La negativa en el levantamiento del fuero sindical y la autorización para terminar

el contrato de trabajo emitida por el a quo se encuentra o no ajustada a derecho?, para lo cual se abordará sí (ii) ¿Se acredita la prohibición establecida en el artículo 60, numeral 6 del CST, y 65 No 10 del RIT?

FUERO SINDICAL

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: **i)** que entre las partes existe una relación laboral, desde el 27 de septiembre de 2000 (Fol. 20 a 26 copia del contrato de trabajo), ostentando en la actualidad el cargo de Coordinador de Seguridad (Fols. 132); **ii)** que ostenta la calidad de miembro de la Comisión Estatutaria de Reclamos de la Seccional Bogotá del Sindicato Nacional de Trabajadores de Brinks de Colombia "SINTRABRINKS" (Fol. 117); **iii)** que el 28 de agosto de 2019 le fue impuesta sanción disciplinaria consistente en suspensión del contrato de trabajo por el término de tres días (Fols. 145 a 147), sobre la cual interpuso recurso de reposición y apelación (Fols. 148 a 162), siendo resueltos de manera desfavorable el 19 de septiembre y 02 de octubre de 2019, respectivamente (Fols. 163 a 167); **iv)** que el 28 de agosto de 2019 el empleador le impuso una segunda sanción disciplinaria consistente en llamado de atención con copia a la hoja de vida, por cuanto permitió y autorizó para el 15 de julio de 2019 el uso de espacios de la empresa, específicamente las puertas del área de equipos eléctricos de la sede calle 22 para publicar avisos, carteleras o panfletos alusivos a la rifa de un "super bono de amor y amistad", así como también promocionar y participar directa o indirectamente en la venta, comercialización, negocio y/o entrega de las boletas para el mencionado bono del 15 de julio de 2019 (Fols. 194 a 196), ante lo cual, interpuso recurso de reposición y apelación (Fols. 197 a 211), siendo resueltos desfavorablemente el 19 de septiembre de 2019 y el 02 de octubre de 2019 (Fols. 212 a 215); **v)** que el 11 de septiembre de 2019 le iniciaron un tercer proceso disciplinario por permitir y autorizar para los días 12 al 14 de agosto de 2019 el uso de elementos dentro de los espacios de la empresa Brinks de Colombia, específicamente las carteleras que se le entregó a la organización sindical ubicadas en la cafetería de OPEX de la sede calle 22, en la cual se publicó avisos, carteleras o panfletos alusivos a la rifa de un "super bono de amor y amistas", así mismo por no informar al empleador o sus representantes todo lo que sea de interés para este (Fols. 216 a 217); **vi)** que, mediante decisión del 07 de octubre de 2019, notificada el 08 de octubre de 2019, el empleador le comunica la terminación del contrato de trabajo, con sustento jurídico en lo dispuesto en el artículo 73, numeral 15 del Reglamento Interno de Trabajo, esto es, por haber sido sancionado disciplinariamente por dos faltas en el semestre e incurrir en el mismo periodo en una tercera falta que pueda dar lugar a una nueva sanción disciplinaria, decisión que quedó en suspenso de ejecución hasta tanto se adelante el proceso de levantamiento del fuero sindical (Fols. 265 a 270).

Importa memorar que el artículo 39 de la Constitución Política consagra la garantía fundamental del fuero sindical como una paladina expresión de la libertad de asociación establecida en el artículo 38 superior, de la cual gozan los representantes de los sindicatos para el cumplimiento de su gestión, protección especial que también ha sido reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

De otra parte, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni*

desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo".

En ese orden, el derecho al fuero sindical, para quienes se encuentran amparados por esta garantía en términos del artículo 406 del C.S.T., entraña una serie de obligaciones correlativas para el empleador como abstenerse de despedir o desmejorar de cualquier manera la situación del trabajador, salvo que medie una justa causa previamente calificada y autorizada por el juez laboral.

Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades, esta normativa es producto del desarrollo de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, según las cuales los países miembros de esta, se comprometen a adoptar medidas específicas de protección contra todo acto dirigido a perjudicar a los representantes sindicales, en razón de su gestión sindical, incluido el despido y el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo. Lo anterior no significa, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, a saber, **en la sentencia T-220 del 20 de marzo de 2012**: *"…que no sea posible despedir al empleado, sino que en el evento en el que el empleador despida al trabajador* ***deberá demostrar la existencia de una justa causa para hacerlo, y el juez deberá constatar la existencia o inexistencia de la misma con el fin de autorizar el despido****"*.

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN DE LEVANTAMIENTO DEL FUERO SINDICAL PARA DESPEDIR

Es menester para la Sala detenerse en las previsiones legales contenidas en el artículo 410 del C.S.T., relativo a las justas causas para el despido de un trabajador amparado por el fuero sindical: 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo.

De todo lo expuesto hasta aquí, se puede establecer de manera cristalina que el señor NELSON ENRIQUE ORTIZ URBANO ostenta la calidad de miembro de la Comisión Estatutaria de Reclamos de la Seccional Bogotá del Sindicato Nacional de Trabajadores de Brinks de Colombia "SINTRABRINKS" (Fol. 117), y que el 07 de octubre de 2019, notificada el 08 de octubre de 2019, el empleador le comunica la terminación del contrato de trabajo, con sustento jurídico en lo dispuesto en el artículo 73, numeral 15 del Reglamento Interno de Trabajo, esto es, por haber sido sancionado disciplinariamente por dos faltas en el semestre e incurrir en el mismo periodo en una tercera falta que pueda dar lugar a una nueva sanción disciplinaria, decisión que quedó en suspenso de ejecución hasta tanto se adelante el proceso de levantamiento del fuero sindical (Fols. 265 a 270), aspectos que se tendrán en cuenta al momento de fallar de fondo la presente causa.

PROCESO DISCIPLINARIO PARA TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR JUSTA CAUSA

Sobre el punto, en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha decantado que no se requiere adelantar un procedimiento para la terminación del contrato de trabajo con justa causa, si el mismo no se encuentra estipulado en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo o convención colectiva de trabajo, además que no se puede equiparar la terminación del contrato de trabajo por justa causa con una sanción disciplinaria.

Para desatar la controversia, amerita traer a colación lo predicado de vieja data en sentencia del 21 de julio de 1991, radicado No 4392, en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, asienta que: *"la existencia de un trámite o procedimiento para despedir, convencional o reglamentario, de obligatorio cumplimiento para el patrono es un hecho que, como tal, deberá acreditarse con los medios idóneos dentro del proceso. La carga de la prueba de ese hecho incumbirá, naturalmente, a la parte que lo afirme con el propósito de obtener su efecto jurídico (art.177 del C. de P.C). Establecido ese trámite o procedimiento, el empleador obligado por él deberá acreditar su observancia so pena que el despido sea calificado como ilegal.* (…) *de este modo,* ***si el trabajador*** *pretende que su despido, además de injusto fue ilegal,* ***tendrá que indicarlo así en su demanda, y si esa ilegalidad se fundamenta en el incumplimiento de un trámite convencional o reglamentario será suya la carga de la prueba de la existencia de dicho trámite****. Solo entonces el patrono deberá, si pretende quedar liberado de las indemnizaciones correspondientes demostrar que también cumplió a cabalidad dicho procedimiento o tramite".*

En este punto, viene a propósito traer a colación lo pregonado en las sentencias No 30612 y 32422 del año 2008, por la Sala de Casación Laboral de nuestro máximo órgano Jurisdiccional, al señalar: "*Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa".*

Sobre este aspecto, en el sub lite, se constata que el reglamento interno de trabajo de la sociedad demandante (Fols. 27 a 83) existe un "*procedimiento para comprobación de faltas y aplicación de las sanciones disciplinarias*", que va del artículo 74 hasta el 76, procedimiento que fue el aplicado por la empresa al trabajador demandado para imponer la primera y segunda sanción disciplinaria, de las cuales, considera esta Sala no puede detenerse a su estudio o revisión, dado que la terminación del contrato de trabajo esgrimido por la parte demandante tiene como asidero el numeral 15 del Artículo 73 del reglamento interno de trabajo contenido en el capítulo XVII sobre la "escala de faltas y sanciones disciplinarias y consecuencias jurídicas de las faltas", que en concreto es del siguiente tenor:

> *"ARTICULO 73. Los siguientes hechos constituyen faltas gravísimas y podrán dar lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte de la Empresa sin preaviso alguno, adicional o independientemente de otros hechos o faltas previstos como justa causa de despido establecidos en los contratos de trabajo, en la ley, en el Código Sustantivo del Trabajo o en el*

> *presente reglamento: (...) 15. El Trabajador que ha sido sancionado disciplinariamente por dos faltas en el semestre y que incurra, en el mismo periodo, en una tercera falta que pueda dar lugar a una nueva sanción disciplinaria; pues la reincidencia implica sistemática y reiterado incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones del trabajador".*

De lo anterior, se logra extraer con meridiana claridad que lo que constituye justa causa de terminación del contrato de trabajo es la tercera falta disciplinaria cometida en el mismo semestre, ante lo cual, de ninguna manera para constatar si la misma se configura o no, deba acudirse a revisar la primera y segunda falta disciplinaria como lo hizo el a quo, pues nótese que el numeral refiere que haya "sido sancionado disciplinariamente", es decir, que al concurrir el trabajador en una tercera falta, la misma puede o bien dar lugar a una sanción disciplinaria, acorde a lo estipulado en el artículo 69 del RIT, o bien a la terminación del contrato de trabajo de conformidad con el artículo 73, numeral 15 del citado reglamento, con la precisión que hace el artículo 71 de dicha normatividad, relativa a que *"la terminación del contrato de trabajo por parte de la empresa no se considera como sanción disciplinaria sino como medio jurídico para extinguir aquél"*, y en ese sentido, es equivocada la disquisición que realizó el apoderado judicial del trabajador en el transcurso del proceso, en el sentido de que para aplicar el numeral 15 del artículo 73 del RIT se debía primero imponer la tercera sanción disciplinaria, pues aquello es del todo contradictorio, dado que, si se impone la sanción disciplinaria cualquiera que sea de las contenidas en el artículo 69 del RIT (suspensión, multa o amonestación), ya no habría lugar a que por el mismo hecho se pueda invocar la falta gravísima contenida en el numeral 15 del artículo 73 del RIT y que da lugar a la terminación del contrato de trabajo.

Bajo ese panorama, para que pueda dar lugar a la terminación del contrato de trabajo en los términos del artículo 73, numeral 15 del RIT se requiere constatar la existencia de dos sanciones disciplinarias en el periodo, y "*una tercera falta que pueda dar lugar a una nueva sanción disciplinaria*", siendo que en el sub lite sobre el trabajador recayeron dos sanciones disciplinarias en el mismo periodo, la primera **el 28 de agosto de 2019,** consistente en suspensión del contrato de trabajo por el término de tres días (Fols. 145 a 147)**,** y la segunda **el 28 de agosto de 2019** contentiva de un llamado de atención con copia a la hoja de vida (Fols. 194 a 196), sanciones que fueron aplicadas siguiendo el procedimiento contenido en los artículo 74 a 76 del RIT, y que en el transcurso del presente proceso se pretendió nuevamente someterlas a discusión por las partes, tanto la entidad demandada esgrimiendo que las mismas se configuraron, como por el trabajador acudiendo vulneración al debido proceso y falta de acreditación de las mismas, lo que llevó incluso al juzgador a analizar cada una de las faltas, considerando que la primera si se configuraba, pero no así la segunda por cuanto no se demostró que el trabajador como miembro de la comisión de reclamos haya autorizado, consentido o tolerado el uso de las puertas del área de equipos eléctricos para publicar avisos, carteleras o panfletos alusivos a la rifa de un super bono de amor y amistad, resolución que la Sala considera equivocada por parte del juez primigenio, ya que se itera, lo que da lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa es la tercera falta, y no las dos anteriores, pues aquellas solo inciden como requisito cuantitativo para dar aplicación al numeral 15, del artículo 73 del RIT.

Así mismo, no podía el juez de primer grado entrar a verificar la ocurrencia o no de la primera y segunda falta disciplinaria, dado que sobre tales decisiones se siguió el proceso indicado en los artículos 74 a 76 del RIT, esto es, se interpuso recurso de

reposición y apelación, y cobraron firmeza al tenor del numeral 7 del artículo 75 del RIT, en consecuencia, si el trabajador consideraba que tal sanción no se ajustaba a derecho, o que existió vulneración al debido proceso debió haber agotado los mecanismos que la ley establece para enervar la decisión disciplinaria, pero no resulta ser el proceso especial de fuero sindical el escenario para su contradicción, pues la falta gravísima invocada por la parte actora se constituye por la ocurrencia en el mismo periodo de la tercera falta, que a consideración del empleador da lugar a la terminación del contrato, y por ende, lo que se entra a analizar es la configuración de la tercera falta y no las dos anteriores.

Al respecto, nótese que la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 2014, en lo que respecta a los procesos disciplinarios sancionatorios en el sector privado, adoctrina:

> *"En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha establecido el conjunto de elementos mínimos que debe contemplar el Reglamento Interno de Trabajo al regular el procedimiento para la imposición de las sanciones disciplinarias que en él se contemplen, entre los que se encuentran* ***(i)*** *la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción,* ***(ii)*** *(…),* ***(vi)*** *el pronunciamiento definitivo del patrono mediante un acto motivado y congruente,* ***(vii)*** *la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y* ***(viii)*** *la posibilidad que el trabajador pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones ya sea ante el superior jerárquico de aquél que impone la sanción* ***como la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral ordinaria".***

De lo anterior, debe decirse en lo referente a la primera y segunda sanción disciplinaria no obra prueba de que el trabajador haya acudido a la jurisdicción ordinaria a rebatir la sanción impuesta por el empleador, y mucho menos que haya acudido a la acción de tutela para controvertir lo relacionado con la vulneración del debido proceso, aspectos que se itera no pueden ser ahora objeto de controversia, dado que para aplicar lo establecido en el numeral 15 del artículo 73 del RIT, se requiere que "haya sido sancionado" dos veces, y en el sub lite, como tales sanciones no fueron objeto de censura ante la jurisdicción laboral, ni existe decisión judicial que las haya dejado sin efecto, ha de decirse que cobraron firmeza según lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 75 del RIT, y por ello, ante el advenimiento de una tercera falta, el empleador tiene la opción o bien de acudir a lo normado en el numeral 15 del artículo 73, o bien aplicar una de las sanciones dispuestas en el artículo 69 del RIT.

En el sub lite, el empleador inició un tercer proceso disciplinario el 11 de septiembre de 2019, y dio aplicación a lo normado numeral 15 del artículo 73 del RIT, es decir, esgrime que se constituyó una falta gravísima al haberse sancionado disciplinariamente en el mismo periodo en dos oportunidades, y existir una tercera falta que según el empleador da lugar a la finalizar el contrato de trabajo con justa causa, aspecto que entra a zanjarse a continuación.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el

cual prevé dos obligaciones para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, la Sala ha señalado en diversas ocasiones que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su existencia u ocurrencia y el cumplimiento de las formalidades pre-establecidas, según lo estipulado en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Así las cosas, conforme lo anterior y tras la lente del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C de P.C, hoy 167 del C.G.P, procederá la Sala a estudiar el caso en concreto.

Lo primero que resalta la Sala es que mediante comunicación del 07 de octubre de 2019 le fue notificado al trabajador que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa, previo levantamiento de fuero sindical y autorización por ostentar la calidad de aforado sindical (Fol. 265 a 270).

En aquella comunicación se le hizo saber del despido al demandado en los siguientes términos:

> *"Falta disciplinaria cometida entre el 12 al 14 de agosto de 2019, consistente en participar directa o indirectamente, así como en permitir y autorizar para los días comprendidos entre el 12 al 14 de agosto de 2019, el uso de elementos dentro de los espacios de la empresa Brinks de Colombia, específicamente las carteleras que la empresa le entregó a la organización sindical Sintrabrinks (de la cual usted es directivo) para el ejercicio de la actividad sindical en la seccional Bogotá y que están ubicadas en la cafetería de OPEX de la sede calle 22 de la empresa Brinks de Colombia; y en la cual publicaron avisos, carteleras o panfletos alusivos a la rifa de un "super bono de amor y amistad", el cual juega el 21 de septiembre de 2019 con las tres últimas cifras de la lotería de Boyacá, sin que la empresa tuviera conocimiento de dicha publicación; adicionalmente usted como trabajador no informó al empleador o sus representantes todo lo que sea de interés para este, y en el caso específico la publicación del bono en la cartelera sin estar autorizado y conociendo la prohibición expresa para ello".* (Fol. 267)

Conforme lo expuesto, en la comunicación de terminación unilateral y por justa causa, la entidad empleadora BRINKS DE COLOMBIA S.A. sí previno o apercibió al actor no solo de las disposiciones legales trasgredidas, sino también de la falta o conducta que sumada a las dos primeras sanciones, da lugar al finiquito del vínculo, la cual consistió en síntesis en permitir y autorizar el uso de la cartelera para publicar avisos, carteleras o panfletos alusivos a la rifa de un súper bono de amor y amistad, así como también por no informar al empleador de tal situación, ello sustentado en la prohibición de que trata el artículo 60 numeral 6° del CST y 65 No 10 del RIT.

Establece el artículo 60, numeral 6 del CST, y 65 No 10 del RIT, que le está prohibido al trabajador *"6. Hacer colectas, rifas y suscripciones o cualquier clase de propaganda en los lugares de trabajo".*

Igualmente, el artículo 43 de la Convención Colectiva de Trabajo establece que:

> *"La Empresa se compromete a mantener en buen estado y colocar nuevas carteleras de 1.0x1.50 mts, las cuales contarán con sistema de vidrio corredizo y su respectivo seguro; (…) En las carteleras únicamente podrá el sindicato publicar asuntos sindicales que sean respetuosos respecto de la empresa y sus directivos. La información y uso de estas carteleras serán únicamente de la Organización Sindical"*

De entrada la Sala considera que no se acredita que el actor haya incurrido en la prohibición legal alegada, pues de ninguna manera se acredita en el diligenciamiento que el trabajador haya permitido o autorizado el uso de la cartelera para publicar avisos, carteleras o panfletos alusivos a la rifa de un súper bono de amor y amistad, ello en vista de que no se encuentra material suasorio que permita arribar a esa conclusión, pues de la testimonial traída por la parte demandante, tenemos que el testigo Julián Millán Enciso solo refirió que en la cartelera solo debe publicarse temas relacionados con la convención, y que "todos los trabajadores tienen la obligación de cumplir la ley", referido a que, al existir prohibición legal de hacer rifas o propagandas alusivas a las mismas, no podía el trabajador como miembro del sindicato permitir que se realizara tal propaganda utilizando las carteleras del sindicato; de igual manera, en el interrogatorio vertido por la representante legal de la empresa demandante solo refirió consideraciones personales de lo que debería ser, es decir, según su dicho, que al ser el trabajador directivo sindical debía haber informado a la empresa o haberse opuesto ante el sindicato de realizar tal rifa o propaganda a la misma.

Ahora, a folio 235 a 238 se allega un registro fotográfico de una cartelera en la que se aprecia un cartel rotulado por SINTRABRINKS relacionado con propaganda de un super bono del día del amor y la amistad, pero de allí no puede inferirse o configurarse conducta alguna reprochable al trabajador, pues debe decirse que de conformidad con el artículo 43 de la Convención Colectiva y el dicho del señor Romer Enrique Díaz López, las carteleras asignadas al sindicato las maneja la Secretaria de Prensa y Propaganda, y nótese que el actor al interior de la organización sindical funge como miembro de la Comisión Estatutaria de Reclamos de la Seccional Bogotá del Sindicato Nacional de Trabajadores de Brinks de Colombia "SINTRABRINKS" (Fol. 117), lo que de tajo se puede considerar que nada tiene que ver con el uso de la cartelera.

Por su parte, la entidad empleadora recurrente aduce que el trabajador pasaba o en sus recorridos diarios tenía conocimiento de la publicidad de la cartelera y que no informó o comunicó al empleador de tal circunstancia, aspectos que considera la Sala son superfluos e insuficientes para configurar la prohibición legal achacada, pues solo son suposiciones sin ningún sustento probatorio, aunado a que, de ninguna manera podría llegar a configurar la prohibición legal, pues se llegaría al absurdo de sancionar disciplinariamente a todo aquel trabajador que transite por el lugar donde se encuentre ubicada la publicidad, siendo que aquello no es lo que se desprende de lo contenido en el artículo 60, numeral 6 del CST, y 65 No 10 del RIT.

De igual manera, el hecho de que el trabajador estudie derecho, no da lugar a que se configure la prohibición legal, pues lo que se requiere es demostrar en el plano factual que el demandado cometió la prohibición legal, y no esgrimir suposiciones de lo que debería haber realizado el demandado en calidad de trabajador, pues si ello fuera así, se llegaría al absurdo de tener que disciplinar a todos los trabajadores que tengan conocimientos en derecho y que hayan pasado por donde se ubica la cartelera, por el simple hecho de no avisar o informar al empleador que hay un aviso de un bono o "rifa", circunstancias que se itera no logran ni de asomo colocar al actor en la prohibición legal y reglamentaria de que trata el artículo 60, numeral 6 del CST, y 65 No 10 del RIT.

Así las cosas, al igual como lo consideró el a quo en este aspecto, no obra prueba que permita inferir que el trabajador haya incurrido en la prohibición legal endilgada.

Finalmente, en relación con la representación a la diligencia de descargos con dos representantes sindicales, debe acotar la Sala que el juzgador de primer grado fue enfático en determinar que le correspondía al trabajador gestionar los permisos ante el empleador, y por ende, la apelación sustentada en este aspecto no tiene asidero, ya que más allá de tal discusión, lo que se estudió tanto por el a quo como por esta Sala es de fondo respecto a la conducta o cargo elevado en contra del trabajador, definiendo en síntesis que no existe prueba que permita inferir que haya incurrido en la prohibición legal de que trata el artículo 60, numeral 6 del CST, y 65 No 10 del RIT.

COSTAS

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante BRINKS DE COLOMBIA S.A., y a favor de cada uno de los demandados, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman, y en relación con la alzada relativa a que las costas son excesivas debe recordársele al apoderado judicial que de conformidad con el artículo 366, numeral 5 del CGP, no es esta la oportunidad procesal para controvertir su monto, y en lo referido a que el sindicato no es entidad demandada, no le asiste razón, pues en esta clase de proceso de fuero sindical el sindicato funge como parte demandada con las mismas potestades de una parte procesal, y por ende, al ser parte vencedora del proceso le asiste derecho a costas procesales a la luz del numeral primero del articulo 365 *ejusdem.*

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de septiembre de 2021, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones que motivan este proveído.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de BRINKS DE COLOMBIA S.A., y a favor de la parte demandada. Las costas de primera instancia se confirman.

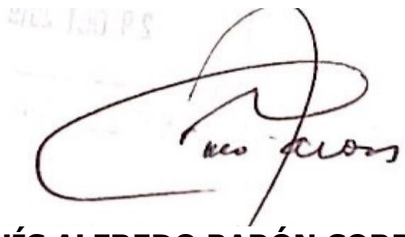
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

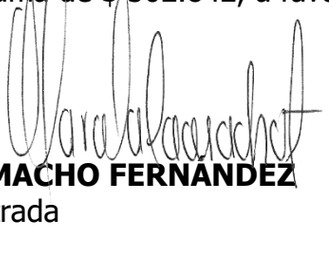


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Nelson Enrique Ortiz Urbano y Sintrabrinks y a cargo de BRINKS DE COLOMBIA S.A., el equivalente a 1/3 del SMMLV, esto es, la suma de $ 302.842, a favor de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	LUZ ADRIANA MARTÍNEZ SOTO
Demandado:	PAPELERÍA ANTIOQUIA S.A.S.
Radicado No.:	11-2017-00721-01
Tema:	CONTRATO REALIDAD APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE. – REVOCA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Luz Adriana Martínez Soto instauró demanda ordinaria contra Papelería Antioquia S.A.S., con el propósito de que se condene a la encartada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, moratoria, prima de servicios, vacaciones, sanción por la no consignación oportuna de cesantías y pago tardío de sus intereses, indexación y lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 1 de septiembre del 2005 celebró contrato de trabajo de carácter verbal con la empresa accionada, para desempeñar el cargo de vendedora, devengando la suma de $3.000.000, mismo que terminó el 30 de noviembre del 2014. Indicó que la sociedad se abstuvo de cancelar la liquidación de prestaciones sociales e indemnización por despido injustificado. (fols. 2 a 3).

2. Contestación de la demanda. Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones del escrito genitor, argumentando que la actora no fue trabajadora de la empresa. En lo que respecta a las situaciones fácticas expuestas indicó que la relación existe entre las partes es familiar y comercial, mediante la cual no hubo subordinación ni dependencia, tampoco salario, ni tenía que cumplir horario y, por tanto, no debía liquidar ninguna acreencia laboral. Propuso como excepción previa la de inepta demanda y de fondo las que denominó pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción. (fols. 33 a 40)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de marzo del 2020, en la que el fallador declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y, en consecuencia, absolvió a la convocada a juicio de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Luz Adriana Martínez Soto, condenando en costas. (CD fol. 212)

Para arribar a tal determinación, se propuso verificar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y, en consecuencia, si son procedentes las pretensiones condenatorias que se esbozaron en la demanda. Así las cosas, en primer término, trajo a colación los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en los artículos 22 y 23 del CST, esto es, la prestación personal de un servicio, la subordinación y el pago de una remuneración. Además, afirmó que la relación laboral se presumía en los términos del artículo 24 del CST, sin embargo, adujo que, pese a la citada presunción, la misma no releva a la actora de demostrar otras condiciones en las que desarrolló la labor, como sería los extremos temporales, salario, cargo y jornada laboral, y sobre tal aspecto hizo hincapié en el criterio señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a ello, se adentró al estudio de los elementos probatorios obrantes al proceso, para resaltar que se encontraba demostrada la prestación del servicio personal de la demandante a favor de la demandada, en especial porque los deponentes al interior del proceso, así lo ratificaron. Indicó que surgía la presunción de existencia del contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, misma que dedujo fue derruida por la parte demandada, en tanto que así lo indican las testimoniales allegadas por esta, quienes señalaron de la autonomía e independencia de la actora como comerciante del sector, declaraciones que no tuvieron interés indebido en las resultas del proceso, desestimando la tacha por sospecha propuesta. Así las cosas, refirió que debía absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Formuló recurso de apelación argumentando que el representante legal de la demanda confesó que efectivamente había existido un contrato de trabajo desde el año 2004 al 2014 con la actora; que aquella era la persona que llevaba mercancía que comercializaba la sociedad, para otras empresas; quien además entregaba los valores producto de la venta y por tal razón se le pagaban comisiones.

Sostuvo que los señores Julie Marcela Pedraza Martínez y Edwin Hesneyder Celis Díaz en forma asertiva manifestaron que la promotora del proceso era trabajadora externa de la empresa en tanto que aquella tenía que salir a realizar sus ventas por fuera de la empresa; quien tenía un horario asignado, pues ingresaba a las 8:00 a.m. a recoger los pedidos que el día anterior había informado a la sociedad, para posteriormente llevarlos a su destino y en la tarde recolectar los dineros producto de la venta; que al igual como los demás trabajadores, aquella estaba en nómina y se le pagaba un salario mínimo legal mensual, como también comisiones.

Indicó que los extremos temporales de la relación laboral se encuentran demostrados, además, el señor Soto Duque no le costaba si efectivamente la demandante trabajaba en la empresa, no recuerda el valor de las mercancías, ni cuánto le pagaron; situación que también sucedió con el testimonio del señor Torres Lozada, el cual nunca ha vivido en Bogotá y quien fue contradictorio en su declaración. Mientras que los testimonios de los señores William Gómez y Jorge Galvis afirmaron la existencia del contrato de trabajo entre las partes.

Último que no podía desconocer los aportes pensionales que realizó la empresa en Colpensiones a favor de la demandante, tampoco la certificación laboral que expidió la enjuiciada donde se certifica que efectivamente la actora trabajó en favor de la empresa.

5. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido en providencia anterior, las partes no presentaron alegaciones.

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 la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿La sociedad Papelería Antioquia S.A.S., fungió como empleador de la aquí actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

- ✓ De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio.

Relación laboral

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se*

constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».”

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios de la señora Luz Adriana Martínez Soto a la sociedad Papelería Antioquia S.A.S., situación fáctica aceptada no solo en la contestación de demanda, sino confesada en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la empresa, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato comercial - comisionista.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de Papelería Antioquia S.A.S., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la accionada desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que la señora Luz Adriana Martínez Soto prestó el servicio a otras empresas, en tanto que aquello no constituye una razón sería y fundada para dudar sobre la existencia de relación laboral, dado que la trabajadora cuenta con la posibilidad legal para celebrar varios nexos contractuales, salvo pacto de exclusividad, de conformidad con el artículo 26 del CST, aspecto que no se encuentra plenamente probado en este asunto.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que Luz Adriana Martínez Soto haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba, entonces, dada tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación. Lo anterior, se explica porque todo el andamiaje argumentativo de la demandada se centró en establecer que la actora prestó sus servicios personales a su favor, así como a terceros, en su calidad de comerciante, sin embargo, no tuvo por objeto desvirtuar la presunción legal de la que se beneficia el extremo activo.

Además, como lo esgrimió la apoderada judicial de la parte demandante, al escuchar el relato de los testimonios que fueron allegados por la demandada, contrario a lo que pretendía, acreditaron que si bien la actora, en dos o tres oportunidades, prestó sus servicios a favor de diferentes empresas, lo cual es corroborado con las facturas allegadas al plenario, no obstante, aquellos no desvirtuaron, menos aún les consta la forma en cómo desarrollo la actividad personal a favor de la actora.

Nótese que se recibieron las declaraciones de los señores Fredy Armando Soto Duque, Víctor Torres Lozada, Jorge Ovidio Galvis Valencia, William Efrén Gómez Soto y Roció Del Pilar España, que lejos están de servir para colegir que los servicios prestados por la actora a Papelería Antioquia se caracterizaron por su independencia y autonomía, pues su dicho únicamente se centró en que la actora realizó actividades comerciales a favor de terceros en un momento determinado, sin embargo, no explicaron circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieran cuenta que la labor ejercida a favor de la empresa enjuiciada en verdad se hacía en forma autónoma e independiente.

Es así como el señor Fredy Armando Soto Duque solo dijo que tuvo un vínculo comercial con la actora para los años 2005 y 2007, sin embargo, manifestó que desconocía aspectos fácticos relacionados con la prestación del servicio, pues residía en la ciudad de Medellín. Iguales condición sucede con el relato de Víctor Torres Lozada, pues este adujo que, aunque la promotora de la Litis para los años 2004 a 2007 le despacha mercancía, ello lo fue desde la ciudad de Cali (Valle de Cauca) durante tres o cuatro temporadas escolares, significando que quien le realizaba los pagos por este concepto era directamente la Papelería Antioquia demandada. Mientras que el señor Jorge Ovidio Galvis Valencia si bien manifestó al comienzo de su declaración que conoció a la señora Luz Adriana Martínez Soto en la medida que aquella vendía y distribuía mercancía entre los años 2010 a 2013, empero, también señaló que facturaba directamente a la demandada y veía como la demandante prestaba sus servicios personales a favor de esta última.

Ahora, si bien William Efrén Gómez Soto relató en su testimonio que como socio de la empresa y primo de la demandante dispuso que fuese afiliada al sistema de seguridad social en salud y pensiones, sin embargo, nuevamente como sucede con los anteriores deponentes, tampoco le constó de manera presencial las condiciones en que realmente ejecutó la labor, en tanto que así lo afirmó y porque además residía en la ciudad de Cali. Finalmente, el testimonio de Rocío del Pilar España no ofrece mayor ilustración, en la medida que, aunque ella significó que la actora como vendedora externa de la empresa no tenía definida una jornada de trabajo, tal aspecto no constituye una expresión de autonomía e independencia que rodeó la relación.

De los anteriores relatos, emerge evidente que el Juez de primer grado se equivocó al colegir la naturaleza comercial del vínculo entre las partes y la falta de subordinación ejercida sobre la promotora del proceso. De hecho, es tan evidente el desatino en que incurrió al desechar automáticamente las declaraciones de los señores Edwin Hesneyder Celis Díaz y Julie Marcela Pedraza Martínez, cuando lo manifestado por aquellos arrojan notas distintivas de un escenario totalmente opuesto a la autonomía en la prestación de los servicios de la demandante.

Lo anterior, por cuanto aquellos relataron que la labor ejecutada por la actora no se hacía en forma autónoma e independiente, dando fe de que la actora desempeñaba su labor de vendedora externa de la empresa enjuiciada mediante estricta coordinación, programación, horario y cantidad, bajo la supedita supervisión de la pasiva. Relato que se opone a la inferencia del A quo, dado que la actividad desplegada por la promotora de la Litis, implicaba la distribución del día para sus ventas externas, lo cual involucra que estuviese al inicio de la jornada en la oficina que la demandada dispuso para el desarrollo de sus actividades y pedidos que debían despacharse; posteriormente iba a realizar sus ventas y finalizado el día, regresaba a las instalaciones de la sociedad, para dejar las sumas de dinero producto de la gestión. Tales afirmaciones, además, denotan que la labor de la actora no era extraña a la actividad comercial que desempeña, ni ocasional en la empresa, pues se prestó durante más de 10 años, por lo que tan necesaria era, que implicaba la presencia de la demandante quien contaba con el perfil de vendedora externa.

En este punto, resulta oportuno precisar que el apoderado de la demandada oportunamente formuló tacha de sospecha contra el testigo de la parte actora, Julie Marcela Pedraza Martínez, por considerar que tiene un vínculo de consanguinidad con el aquí demandante.

En ese sentido, el artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, señala que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debido a su

parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. Para ello, la norma en comento fija algunos parámetros al juzgador para verificar si el testigo resulta o no sospechoso, por ejemplo, por razones de parentesco, sin embargo, a la luz del principio de la sana crítica se debe analizar el conjunto de medios probatorios y determinar si la declaración rendida merece o no credibilidad, o, si las afirmaciones resultan o no imparciales.

Precisión necesaria para denotar que la deponente no tiene interés inclinado a beneficiar la causa de la actora, en tanto que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja. Ello a partir de que la testigo fue clara, contundente y conteste al señalar la prestación subordinada que ejerció la actora a favor de la sociedad demandada, refiriendo el cumplimiento de horario, remuneración y el sometimiento a órdenes, cuando está por demás decir que a juicio de la Sala no estaba imposibilitada para conocer en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que también fue compañera de trabajo de la actora, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conociera las condiciones reales de la prestación del servicio.

Ahora, para abundar en razones, cumple señalar que así se descarte el testimonio de la señora Julie Marcela Pedraza Martínez, la conclusión no sería diferente de cara a la certificación laboral y comprobantes de nómina que se adosaron al plenario válidamente (fols. 177 a 179), que dan cuenta que la promotora del proceso trabajó para la sociedad enjuiciada, devengando un salario de $2.000.000 y por concepto de comisiones la suma de $3.000.000 y, si bien en ella se aduce que la relación se inició el 1 de julio de 2000, desempeñando el cargo de administradora, tal situación no es suficiente para derruir su fuerza demostrativa, que no es otra que la prueba de la prestación del servicio subordinado, con el agravante de indicarse el salario.

En ese sentido, si bien el extremo pasivo indicó que el documento que se le atribuye se elaboró en virtud de la solicitud que realizó la demandante con fines contrarios a la Ley, encuentra la Sala que ello sólo quedó en una simple afirmación, ya que no se soportó en ningún elemento de prueba que permita dar fiel certeza de que tal situación aconteció. Por el contrario, lo que sí refleja sin asomo de duda es que la certificación fue creada por la sociedad, pues viene respaldada con su firma, de manera que no hay ninguna razón para dudar de ella, máxime cuando no se formuló sobre aquella tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo certificado conforme al artículo 167 del CGP, en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.; dejando claro, que aunque la demandante afirmó en su interrogatorio de parte que pidió "*el favor*", para su elaboración, ello lo fue en la medida que se pretendía como soporte de crédito hipotecario, sin que de manera alguna, fuese con fines defraudatorios o que lo allí registrado no sea conforme a la verdad.

A propósito, sobre el valor que se debe dar a dichas certificaciones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado ampliamente que el:

> "*El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial (…)" (Sentencias SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018)*

Con todo lo anterior, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fuese desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal

se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Además, otro aspecto que llama la atención la Colegiatura es que la actividad principal que desarrollaba la actora consistía en ventas externas de papelería, lo cual, guarda relación con el objeto social de la empresa, en tanto que el certificado de existencia y representación legal a folios 7 y 8 del expediente, advierte que la sociedad tiene por objeto principal, entre otras, en la *"Venta, Importación De Mercancía Extranjeras Y La Compra, Distribución Y Venta De Mercancías Nacionales, Especialmente Todo Lo Que Tenga Que Ver Con Papelería*", por lo que tal actividad que ejerció la demandante en forma personal, es una labor necesaria para el desarrollo la actividad principal de la empresa y por ello debía ser contratada con ajuste a la normativa laboral.

Ultimando, que las anteriores conclusiones no se pueden desechar por el hecho de que la actora haya suscrito el 1 de junio del 2012 un contrato de agencia comercial con la empresa Balco Ltda, pues aquel documento tampoco tiene la fuerza demostrativa para socavar la presunción de la que es beneficiaria, pues tal como se dijo en precedencia la trabajadora cuenta con la posibilidad legal para celebrar varios nexos contractuales, salvo pacto de exclusividad, de conformidad con el artículo 26 del CST, aspecto que no se encuentra plenamente probado en este asunto.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario la demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto contrato comercial, por cuanto es evidente que la accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en lugares asignados por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró el Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes se ejecutó en forma autónoma e independiente y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

Extremos temporales de la relación

Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 1 de septiembre del 2005 al 30 de noviembre de 2014. Sobre este aspecto se encuentra probado que la actora prestó sus servicios de forma continua desde aquella data, en tanto que, según se evidencia del reporte de semanas cotizadas en pensión expedida por Colpensiones, la actora mantuvo durante dicho interregno cotizaciones provenientes de la sociedad hoy demandada, aspecto que fue corroborado por el representante legal en diligencia de interrogatorio de parte, quien confesó que, entre una y otra fecha, la actora prestó sus servicios.

Por tal razón en lo que concierne a los hitos temporales de la relación laboral lo será dicha data.

Salario

Señaló la parte actora que devenga como remuneración de sus servicios el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad más comisiones en venta, frente a lo cual la

demandada señaló no ser cierto, reparando en que no se trataba de salarios de una vinculación laboral. Ahora, en términos del artículo 167 del C.G.P., la primera de ellas deberá probar los valores por concepto de comisión que alegó. En lo que hace a este aspecto únicamente se adosó al plenario, certificación laboral expedida por la demandada en octubre de 2013, así como los comprobantes de nómina de los meses de agosto y septiembre del año 2013, mismos en la que se indica que la actora devengaba los siguientes emolumentos:

- Para el mes de agosto de 2013, la suma de $5.350.000 en razón a $2.000.000 por concepto de salario fijo mensual y $3.350.000 por concepto de comisión.

- Para los meses de septiembre y octubre de 2013 la suma de $2.000.000 por concepto de salario fijo mensual y $3.500.000 por concepto de comisión, para un total de $5.500.000.

Así las cosas y teniendo en cuenta que los citados documentales tienen plena validez, toda vez que sirven de prueba para los efectos que se indicaron en líneas atrás, es menester señalar que para todos los efectos se tendrá como salario devengado para el mes de agosto a octubre de 2013 las anteriores sumas. En lo referente a los demás periodos se tendrá en cuenta el salario mínimo mensual vigente, en tanto que se imponía a la demandante la carga procesal de demostrar cada uno de los valores que recibió por concepto de comisión, aspecto que no cumplió.

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda el demandado al señor José Alexander Rueda Escobar, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

Excepción de prescripción

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que la gestora de la litis haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **14 de noviembre del 2017.** En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **exigibles** con anterioridad al **14 de noviembre del 2014.**

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción.**

En cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declarar probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **14 de noviembre del 2013.**

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas a la actora, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de cesantía

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST). El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **$5.832.236** por concepto de auxilio de cesantía entre el 1 de septiembre de 2005 al 30 de noviembre de 2014.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantía	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantía
2005	$ 381.500	$ 0	$ 381.500	120	$ 127.167
2006	$ 408.000	$ 0	$ 408.000	360	$ 408.000
2007	$ 433.700	$ 0	$ 433.700	360	$ 433.700
2008	$ 461.500	$ 0	$ 461.500	360	$ 461.500
2009	$ 496.900	$ 0	$ 496.900	360	$ 496.900
2010	$ 515.000	$ 0	$ 515.000	360	$ 515.000
2011	$ 535.600	$ 0	$ 535.600	360	$ 535.600
2012	$ 566.700	$ 0	$ 566.700	360	$ 566.700
2013	$ 589.500	$ 0	$ 1.721.292	360	$ 1.721.292
2014	$ 616.000	$ 0	$ 616.000	331	$ 566.378
Total Auxilio de cesantía					**$ 5.832.236**

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **$62.490** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías				
Cesantía año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días laborados	Valor cesantía	Valor intereses a las cesantías
2014	Terminación de la relación laboral	331	$ 566.378	$ 62.490
Intereses a las cesantías				**$ 62.490**

Sanción por no pago de intereses a las cesantías

Cumple recordar que de conformidad con el numeral 3 del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, el empleador que no pague al trabajador los intereses establecidos deberá cancelarle a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses a las cesantías causados. En tal virtud, y como quiera que no fue cancelado en término ni a la culminación del laborío los intereses a las cesantías a los que tenía derecho la aquí demandante, se condenará a la llamada a juicio al pago de **$62.490** a título de indemnización.

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **$256.667** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
Terminó la Relación Laboral el 30 de noviembre del 2014	$616.000	0	$ 616.000	150	$ 256.667
Total prima de servicio					**$ 256.667**

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo

necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **$385.000** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició contrato el 1 de septiembre de 2005				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
01/09/2013 AL 01/09/2014	Terminación del Contrato	$ 616.000	360	$ 308.000
01/09/2014 AL 30/11/2014	Terminación del Contrato	$ 616.000	90	$77000
Total vacaciones				**$ 385.000**

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador 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. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con las indemnizaciones 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, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, 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, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato comercial de "comisionista", cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuentan, sin mayores discusiones, que la dadora del laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma contractual, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló la promotora del proceso a favor de la llamada a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas:

- **Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.**

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó por fuera de los 24 meses de finalizada la relación (folio 24, acta de reparto del 14 de noviembre del 2017), en consecuencia, se deberá condenar a la encartada a pagar a favor de la señora Lady Geraldine Rivera Ríos el valor de $20.533,33 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 1 de diciembre del 2014 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 30 de noviembre del 2016, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a $14.784.000 y a partir del mes 25, es decir, desde el 1 de diciembre del 2016, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.

- **Sanción por la no consignación de las cesantías.**

Sobre su liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **$328.533.**

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO	**SALARIO**	**DESDE**	**HASTA**	**SALARIO DIARIO**	**TOTAL DÍAS**	**SUBTOTOTAL MORATORIA**
2013	$ 616.000	14/11/2014	30/11/2014	$ 20.533	16	$ 328.533
TOTAL SANCIÓN						**$328.533**

Indemnización por despido sin justa causa

El demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedido sin justa causa.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .
Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que la demandante no cumplió con la aducida carga probatoria, en tanto que no existe prueba ni certeza de que la finalización del nexo laboral se hubiera dado por decisión unilateral del empleador, por manera que la súplica está llamada al fracaso.

Indexación

La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo y como quiera que las vacaciones y sanción por la no consignación de las cesantías objeto de condena, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 1 de diciembre del 2014 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Costas

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor del demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

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 marzo del 2020, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la señora **LUZ ADRIANA MARTÍNEZ SOTO** y la empresa **PAPELERÍA ANTIOQUIA SAS** entre el 1 de septiembre del 2005 al 30 de noviembre del 2014.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **PAPELERÍA ANTIOQUIA SAS** a pagar a la señora **LUZ ADRIANA MARTÍNEZ SOTO** las siguientes sumas de dinero:

a) **$5.832.236** por concepto de auxilio de cesantía.
b) **$62.490**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
c) **$62.490**, por concepto de sanción por no pago oportuno de los intereses sobre el auxilio de cesantía.
d) **$256.667**, por concepto de prima de servicios.
e) **$385.000,** por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 1 de diciembre del 2014 y como IPC final al momento de su pago.
f) Por concepto de Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de **$20.533,33** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 1 de diciembre del 2014 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 30 de noviembre del 2016, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a **$14.784.000** y a partir del mes 25, es decir, desde el 1 de diciembre del 2016, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.

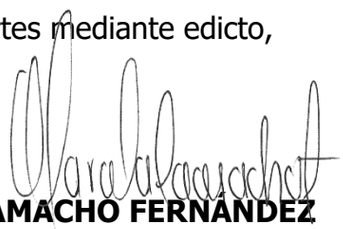
g) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **$328.533**, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 1 de diciembre del 2014 y como IPC final al momento de su pago.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **LUZ ADRIANA MARTÍNEZ SOTO.**

CUARTO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción y las demás no probadas.

QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **PAPELERÍA ANTIOQUIA SAS**.

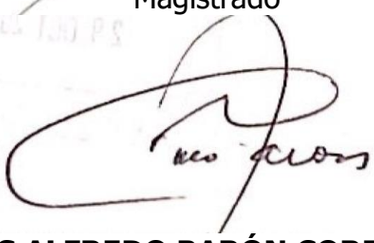
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

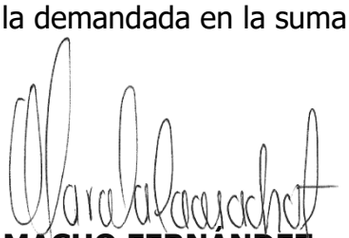


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**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-*

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **LUZ ADRIANA MARTÍNEZ SOTO** y a cargo de la demandada en la suma de $1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ROSALBA LÓPEZ MAYORGA
Demandada:	FUNDACIÓN HOGAR MADRE MARCELINA Y OTROS.
Radicado No.:	31-2019-00658-01
Tema:	CONTRATO REALIDAD APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA. – CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Rosalba López Mayorga instauró demanda ordinaria contra Águeda Zambrano de Díaz, Fundación Hogar Madre Marcelina y Sonia Díaz Zambrano, con el propósito de que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la primera de las citadas, entre el 1 de enero al 3 de septiembre del 2018, devengando un salario de $1.200.000, mismo que terminó en forma unilateral y sin justa causa por parte de su empleadora. En consecuencia, se condenará a su empleador y en forma solidaria a las demás codemandadas a pagar salarios insolutos, auxilio de cesantía y sus intereses, sanción por no pago de estos últimos, prima de servicios, vacaciones, dotación, trabajo suplementario, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que la señora Ana Silva López Lancheros le informó que Sonia Díaz Zambrano requería de sus servicios de auxiliar de enfermería para su señora madre Águeda Zambrano de Díaz, quien cuenta con la edad de 90 años. Así, el 3 de enero del 2018 la señora Sonia Díaz Zambrano, en nombre de su señora madre, acordaron verbalmente y en forma indefinida un contrato de trabajo, pactando un salario básico mensual de $1.200.000.

Refirió que el lugar de ejecución del contrato de trabajo fue en la Fundación Hogar Madre Marcelina de Bogotá, en una jornada de 24 horas por 24 horas, mismo que se prolongó hasta el 3 de septiembre de 2019 (SIC), fecha en la que su empleadora dio por terminado en forma unilateral la relación laboral, sin aducir justa causa. Sostuvo que no fue afiliada al sistema general de seguridad social, tampoco le fueron pagadas prestaciones sociales, vacaciones, trabajo suplementario, dotación y subsidio de transporte. (Expediente electrónico, PDF 002. 2019-658 ordinario unir renu, pág. 41 a 60).

2. Contestación de la demanda.

2.1. Fundación Hogar Madre Marcelina. Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones del escrito genitor, argumentando que ignora el tipo de contratación que se conformó entre la actora y las demás codemandadas, así como su duración y obligaciones que hubieren surgido. Sostuvo que nunca contrato, ni subcontrató a la actora, tampoco existió relación laboral o civil con aquella. Propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad solidaria frente a las obligaciones de pago que reclama la demandante, inexistencia de nexo causal entre las actividades del contratista Fundación Hogar Madre Marcelina, el beneficiario del servicio de atención integral a la persona mayor demandada y su hija, temeridad y mala fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 002. 2019-658 ordinario unir renu, pág. 89 a 114).

2.1. Sonia Díaz Zambrano, en calidad de persona natural demandada y como agente oficiosa de Águeda Zambrano de Díaz. En su contestación de demanda, se opuso a la prosperidad de esta, argumentando que la actora nunca fue contratada laboralmente, ni menos por la señora Águeda dada la imposibilidad jurídica y procesal, derivada de su diagnóstico de alzhéimer. En lo que hace a los supuestos fácticos indicó que la señora Sonia Díaz Zambrano vinculó a la actora para acompañará eventualmente en la semana a la señora Águeda, mediante contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, como quiera que ésta, manifestó tener conocimiento en el cuidado y atención de personas adultas, aspecto que no cumplió, ante su falta de capacitación y conocimiento en tales actividades.

Aludió a que no tenía jornada laboral, en tanto que se comprometió a atender a la señora Águeda Zambrano de Díaz dos o tres días a la semana, de acuerdo con la disponibilidad de tiempo que le quedará y así lo realizó. Además, de manera ocasional y cada semana la acompañaba en determinadas actividades lúdicas, ya que toda la atención se la prestaba de manera integral la Fundación codemandada. En su defensa propuso la excepción previa de falta de competencia y como de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva y por activa, inexistencia de las obligaciones, prescripción, mala de la actora, pago, abuso del derecho de la demandante, cobro de lo no debido y compensación. (Expediente electrónico, PDF 003. contestación de demanda 2019-658. 1 de julio de 2020).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de marzo del 2021, en la que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la actora y Sonia Díaz Zambrano, por el periodo comprendido entre 1 de enero al 3 de septiembre de 2018. En consecuencia, condenó a la citada demandada al pago de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, aportes al sistema general de seguridad social integral y costas del proceso. Dispuso absolver a las demás codemandadas de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante. Finalmente, ordenó compulsar copias para que se investigue penalmente a Sonia Díaz Zambrano, por el presunto delito de falso testimonio, así como a las señoras Sandra Milena Silva y Sixta Tulia Rubio Montes.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar cuál fue el vínculo jurídico que ató a las partes. Así las cosas, en primer término, trajo a colación los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en el artículo 23 del CST, esto es, la prestación personal de un servicio, la subordinación y el pago de una remuneración. Además, afirmó que la relación laboral se presumía en los términos del artículo 24 del CST, y sobre tal aspecto hizo hincapié en el criterio señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a ello, se adentró al estudio de los elementos probatorios obrantes al proceso, para resaltar que se encontraba demostrada la prestación del servicio personal de la demandante a favor de la señora Sonia Díaz Zambrano, en especial porque los deponentes al interior del proceso, así lo ratificaron y además fue confesado por aquella. En este punto, advirtió sobre la declaración de la demandada y lo relatado por las testigos Sandra Milena Silva, Marcela García, Adriana Montoya y Sixta Tulia Rubio Montes que refirieron a un contrato de prestación de servicios del año 2017, se desvirtúan con la documental obrante a folio 110 del plenario y que hace alusión a una certificación expedida por Sonia Díaz Zambrano, que fue aportada por Fundación Hogar Madre Marcelina y no fue desconocida, ni tachada de falsa, la cual también le permitió colegir que *"mintió la demandada Sonia Díaz y que también mintieron quienes comparecieron como testigos, cuando indican que la prestación del servicio fue en el año 2017"*

Explicó que la parte actora demostró la prestación del servicio por el periodo comprendido entre el 1 de enero al 3 de septiembre del 2018, servicio que se prestó cuidando a la señora Águeda Zambrano de Díaz contratada por Sonia Zambrano. Así, indicó que surgía a su favor la presunción del artículo 24 del CST, misma que no fue desvirtuada por la demandada, en tanto que no allegó prueba alguna por esta, por lo que así debía declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido.

En lo que hace a la indemnización moratoria sostuvo que la demanda conforme al acta de reparto se presentó la primera vez el 26 de agosto del 2019, pero la segunda presentación fue el 8 de octubre del año 2019, por lo que "*si se admitiera la tesis de la parte demandada que la relación fue en el año 2017, porque esto era lo que pretendía que declarara esta operadora judicial en el evento de que salieran avante las pretensiones, pues obviamente que ya la demanda había sido presentada después de los primeros 24 meses y no habría lugar a la sanción moratoria de un día de salario por cada día de mora en el pago, y precisamente por eso entiende esta operadora judicial que fue el despliegue probatorio en aseverar, como lo manifiesta la señora Sonia Díaz Zambrano que la prestación del servicio fue en el año 2017 (…) por lo que es claro que ella faltó a la verdad bajo la gravedad de juramento. Igualmente mintieron bajo la gravedad de juramento ante esta operadora judicial Sixta Tulia Rubio Montes cuando dice que conozco a Rosalba, muy poco estuvo un tiempito trabajando para la señora Sonia cuidando a la mamá en el año 2017 (…) Sandra Milena Silva también mintió, dice en el año 2017 que la vio a la señora Rosalba cuidando a la señora Águeda. Circunstancia esta que no puede dejarse impune por lo que esta operadora judicial compulsará copias para que se investigue por falso testimonio ante la Fiscalía General de la Nación (…)"* Finalmente, añadió que debía condenar a la demandada al pago de la sanción moratoria, como quiera que no acredita buena fe, ni existen circunstancias atendibles por el no pago de salarios y prestaciones sociales. (Expediente electrónico, audio 024.Audiencia proceso Nº 11001310503120190065800).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de Sonia Díaz Zambrano. Formuló recurso de apelación argumentando que no es cierto que la demandada haya faltado a la verdad, tampoco existe un indicio de contubernio entre los testigos de la Fundación con la pasiva, para faltar a la verdad. Indicó que la carta vista a folios 110, el abogado de la Fundación llamó a la demandada para que certificará, sin que el apoderado judicial de aquella estuviese presente, razón por la cual no podría pronunciarse sobre aquélla, por lo que no hay congruencia en hacer un traslado a la Fiscalía General de la Nación por la comisión de un presunto delito, cuando no se avizora cual es el interés para poder faltar a la verdad. Expuso que buscó una persona para que atienda y acompañe en unas actividades de una persona mayor que además está enferma, por lo tanto, indicó qué interés puede tener sino tiene una empresa e intentar beneficiarse de una persona que es mitómana como la demandante, quien falta a la verdad y debe ser citada a la Fiscalía General de la Nación.

De otro lado, esgrimió que existe un contrato o compromiso donde pactó con la actora, para que atendiera a su señora madre y la acompañará en la Fundación codemandada, es decir, bajo un contrato de prestación de servicios. Señaló que la A quo desconoció inconsistencias que la demandante dijo en su interrogatorio de parte, como el horario laboral, por lo que, si bien no desconoce los extremos temporales del nexo contractual, si probó que la promotora del litigio no concurría de domingo a domingo, ni trabajaba 24 horas. Además, hizo alusión a la prueba testimonial para significar que aquellos desmienten el dicho de la demandante y ratificaron las contradicciones de esta, además, le correspondía a la Juez de primer grado verificar si la actora trabajaba todos los días y su horario, para eventualmente determinar si las horas extras se podría o no dar, si había lugar a dominicales y festivos.

Esbozó que desde un comienzo la demandada manifestó haber contratado los servicios y que quien no quería estar afiliada a seguridad social porque era beneficiaria del esposo. Indicó que la demandante no recibía órdenes, sino directrices específicas e instrucciones. Expuso en relación con la indemnización moratoria que no se demostró cuál fue la mala fe y, por el contrario, lo que demostró es que la demandante engañó a la audiencia, además, que la certificación allegada la hizo con fundamento en que necesitaba acreditar un ingreso para un crédito. (Expediente electrónico, audio 024.Audiencia proceso Nº 11001310503120190065800).

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandada. Alegó en su favor que la sentenciadora de primer grado incurrió en una serie de violaciones a los principios mínimos del derecho probatorio, en especial, lo dispuesto en el artículo 176 del CGP, en tanto que todos los medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, aspecto que no observa. Refirió que, desde la contestación de demanda, aceptó que hubo prestación de un servicio por parte de la actora, pero no bajo las circunstancias que ella refiere, sino bajo lo que de buena fe contrato con aquella, como fue un contrato de orden civil, en donde aquella se negó a pactar un contrato laboral, para evitar que se le afiliará a seguridad social, dado que estaba como beneficiará de, según ella, de su esposo o compañero permanente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿La señora Sonia Díaz Zambrano, fungió como empleadora de la aquí actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

- ✓ ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó la Juez de primer grado, para condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, cuando es evidente la existencia de buena fe de la pasiva en sus actuaciones frente a la actora?

Relación laboral

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*"

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios de la señora Rosalba López Mayorga a la señora Sonia Díaz Zambrano, situación fáctica aceptada no solo en la contestación de demanda, sino confesada en el interrogatorio de parte que absolvió la demandada, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios civiles.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de Sonia Díaz Zambrano, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y

autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la accionada desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que la señora López Mayorga ejecutó la labor de "enfermería" a través de un contrato de prestación de servicios como tampoco que aquella consintió en la citada modalidad de vinculación, 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.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que la señora Rosalba López Mayorga haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba, entonces, dada tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación. Lo anterior, por cuanto los medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar, contrario al dicho de la demandada, que la labor ejecutada por la actora no se hacía en forma autónoma e independiente, de allí que sea desacertada la apelación, pues al escuchar el relato de los testimonios que fueron allegados por la demandada dieron fe que la actora prestó sus servicios en calidad de enfermera de la señora Águeda Zambrano de Díaz, vinculada por la señora Sonia Díaz Zambrano, al interior de la Fundación Hogar Madre Marcelina, sin que de manera alguna tuvieran la fuerza demostrativa para enervar la presunción de la que es beneficiaria la promotora del litigio.

De hecho, lo que observa la Sala es que todos los medios de convicción allegados a este asunto dan cuenta que entre las partes existió un contrato de trabajo y, por tanto, lejos se encuentran de acreditar que el vínculo fuera ajeno a lo laboral, en la medida que, de acuerdo con la certificación que suscribió la misma señora Sonia Díaz Zambrano y que fue aportada por la codemandada Fundación Hogar Madre Marcelina, aquella siempre tuvo la firme convicción de que su colaboradora siempre estuvo bajo su poderío y dependencia, al punto de llegar a señalar:

> *"Por medio de la presente carta informo y hago consta que conozco a la Sra. ROSALBA LOPEZ MAYORGA C.C.N.51.912.268, y que prestó sus servicios a mi señora madre AGUEDA ZAMBRANO DE DIAZ, la contratante y de conformidad a nuestro acuerdo CONTRATÁNDOLA EN LA MODALIDAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CUIDADORA Y ACOMPAÑANTE, desde el 01 de Enero de 2018 hasta el 03 de Septiembre de 2018, recibiendo como honorarios la suma de $1.200.000.oo y adicionalmente $80.000, como apoyo para que pagare su Seguridad Social en Salud, a petición de la contratista.*
>
> *Cabe indicar que dichos servicios los presto en el actual sitio de residencia de mi madre que es la FUNDACIÓN HOGAR MADRE MARCELINA, donde se encuentra viviendo mi señora madre por CONTRATACIÓN CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN INTEGRAL PARA LA PERSONA MAYOR del 16 de Marzo de 2015.*
>
> *Por lo anterior, hago contar que la demandante no tiene ningún vínculo laboral con la FUNDACIÓN HOGAR MADRE MARCELINA, y el único vínculo existente con aquella lo fue con nuestra familia como CONTRATANTE y Contratista, mediante la modalidad de prestación de servicios con el respectivo pago de sus honorarios y bajo los parámetros del cumplimiento del mismo a voluntad y tiempos determinados por la contratista para el cumplimiento de lo contratado."*

Documento que no sobra precisar viene respaldado con su firma y sobre el cual no se formuló tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo declarado conforme al artículo 167 del CGP, en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

Además, el citado medio de convicción ratifica la certificación expedida el 13 de julio del 2018, misma en la que se hace constar así mismo por la demandada:

> "*De manera atenta me permito certificar que la señora ROSALBA LOPEZ MAYORGA, identificada con cedula de ciudadanía N°51.912.268 de Bogotá, presta sus servicios como Auxiliar de*

Enfermería a mi señora madre AGUEDA ZAMBRANO DE DIAZ desde enero 1 de 2018, devengando un salario mensual de $1.200.000 (Un millón doscientos mil pesos). Durante este tiempo la señora ha demostrado ser una persona de buena conducta, trabajadora y responsable."

Acotando que, aunque sobre ella se formuló tacha de falsedad ideológica en la etapa procesal correspondiente por la llamada a juicio, no se cumplió con la carga de contraprobar conforme al artículo 167 del CGP, en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, pues sobre tal aspecto tampoco se allegó medio de convicción, de manera que no hay ninguna razón para restarle validez al documento que se pretende tener como no cierto.

En esa medida, su contenido, como se dijo, sólo refuerza la relación laboral que ató a las partes, y en esta perspectiva, se concluye que la Juez de primera no incurrió en el dislate que le atribuye la censura, máxime cuando es claro que la decisión que tomó se soportó en las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal de la gestora del proceso en favor del extremo pasivo de esta Litis, por la misma razón le atribuyó correctamente la presunción contenida en el artículo 24 ejusdem, es decir, que estuvo precedida de subordinación por parte de la accionada, en tanto que esta no allegó ninguna prueba del hecho en su contra.

Ahora, en gracia de discusión si la Sala obviara dicha deficiencia, tal situación tampoco tendría la virtud de socavar su eficiencia probatoria, en la medida que las declaraciones de las deponentes ratifican, como ya se dijo, la existencia de relación, en tanto que no tuvieron por objeto de desvirtuar la presunción legal de la que se beneficia el extremo activo, al punto que nunca señalaron que los servicios prestados por la actora se caracterizan por su independencia y autonomía, como lo pretende ver el apoderado judicial de la parte demandada.

Con todo lo anterior, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fuese desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los documentos enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio de la demandante a favor de la señora Sonia Díaz Zambrano, y aquella no desvirtuó la presunción de existencia del contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se itera, se deduce válidamente de las pruebas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión que bien tomó la Juez primigenia.

Extremos temporales de la relación laboral

Ahora bien, establecido que el vínculo que unió a la demandante con la persona natural demandada se dio a través de una verdadera vinculación laboral, le compete a la Sala establecer los extremos temporales de la citada relación, en tanto que el ataque contra la sentencia de primer grado que propone la apelante se encuentra dirigido a que la demandante laboraba de forma esporádica e interrumpida, situación que no tuvo en cuenta la A quo a la hora de declarar la existencia del contrato de trabajo.

Sobre tal aspecto, cumple recordar que, pese a que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio, misma que se vio fue bajo el poder subordinante y dependiente de la convocada, es claro que deben aparecer acreditados los otros elementos del contrato de trabajo, entre ellos, los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor. Así, compete a la parte demandante, en virtud del principio de carga

de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia.
Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime a la trabajadora de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, pues es indispensable en procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

> *"Llegado a este punto, no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (…) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:*
>
> *…recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros"*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó si la actividad personal se produjo de forma permanente e ininterrumpida dentro de los extremos que se afirman en el escrito genitor, esto es, entre el 1 de enero al 3 de septiembre de 2018; o si por el contrario esta fue esporádica u ocasional como lo alega la encartada.

Así entonces, del acopio probatorio recaudado se tiene que se arrimó al plenario certificaciones laborales expedidas por la empleadora, según las cuales, la promotora del proceso prestó sus servicios desde el 1 de enero al 3 de septiembre de 2018; probanza que es suficiente para demostrar la prestación del servicio ininterrumpido, constante y cierto desde la data que se indicó, tal y como se indicó en el libelo introductor.

Y es que, si bien las señoras Sixta Tulia Rubio Montes, Sandra Milena Silva, Jenny Marcela García Rangel, Sonia Rubiela Condiza Rojas y Adriana Patricia Montoya Rondón sostuvieron que la actora prestó sus servicios tres o dos días a la semana en el año 2017, es decir, en forma esporádica, sin embargo, de entrada, la Sala advierte que las afirmaciones efectuadas no ofrecen credibilidad alguna, toda vez que sobre su dicho hubo serias contradicciones, como pasa a explicarse:

La primera de ellas, aunque dijo fehacientemente que la trabajadora laboraba de forma esporádica, sin embargo, pese a que laboraba en las noches, no laboraba con la actora, ni siquiera la recordaba, tal situación le constó tan solo una vez que la vio porque "*tenía como que una cita médica y vino a llevarla"*. Por su parte la señora Sandra Milena Silva indicó que veía a la demandante cada tres veces a la semana solamente en las horas de la mañana en el año 2017, no obstante, al inicio de su relato hizo notar que se veía con los cuidadores en la mañana en la medida en que necesitaban el servicio de lavandería; posteriormente indicó que no tenía ningún contacto con la trabajadora y que con aquella se veía en diferentes horas del día, a más de que no le constó ningún otro hecho

relacionado con la prestación del servicio. Mientras que las señoras Jenny Marcela García Rangel, Sonia Rubiela Condiza Rojas y Adriana Patricia Montoya Rondón manifestaron que no conocieron a la actora y, por tanto, tampoco conocieron ningún aspecto relacionado con la labor que prestaba la trabajadora.

Esas inconsistencias desdibujan la veracidad de los testimonios que allegó la parte demandada, lo cual, a su declaración ninguna fuerza probatoria le otorga esta Sala y, por ende, al margen de lo anterior llevan al pleno convencimiento que la labor realizada por la actora en beneficio de la demandada fue continua, permanente e ininterrumpida desde el 1 de enero al 3 de septiembre de 2018, pues, solo así dan cuenta las certificaciones laborales emitidas por la propia encartada, misma que señala de forma contundente los extremos temporales de la relación laboral de forma continua e ininterrumpida, sin que de manera alguna se avizore de ellas que la aquí actora trabajó dos o tres días a la semana o que su labor fuese ininterrumpida, como pretende ver la apelante.

En síntesis, es claro para la Sala que aun encontrándose acreditada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 ibídem, ello no exime a la activa de cumplir con otras cargas probatorias, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario y la jornada laboral, entre otros, lo anterior en aplicación de la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, también ha fijado el criterio que en los casos que se tenga seguridad de la prestación personal del servicio en un determinado periodo, dicho lapso se debe tener en cuenta para así poder calcular las acreencias y derechos laborales que correspondan a la trabajadora demandante.

Lo anterior, dado que en ocasiones se pretende desconocer los extremos temporales de una o varias relaciones laborales, ello con el fin de aminorar la protección prevista en las leyes sociales del trabajador, por manera que se debe acudir por parte del Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación laboral, averiguando por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación a su finalización, ello con el fin de contrarrestar tal propósito.

De allí que dicho precedente judicial resulte fundamentalmente aplicable al caso en concreto, dado que, pese a la aseveración de la encartada de indicar que la citada relación contractual no fue continua y en forma permanente, es decir, que durante los períodos en que se indican existieron varias interrupciones o que la trabajadora solo trabajo tres o días a la semana, lo cierto es que los medios de convicción dan cuenta la continuidad en la prestación de los servicios, tal como se certificó por la misma llamada a juicio, que por demás confirma su hito temporal es decir, que la relación laboral tuvo vigencia en forma ininterrumpida entre el 1 de enero al 3 de septiembre de 2018.

En consecuencia, la Sala, contrario a lo esgrimido por la apelante, no advierte un error en la conclusión del A quo, al considerar que hubo continuidad de las labores ejercidas por la actora, dentro de los extremos temporales que la misma demandada certificó, por manera que, no encontrando dislate alguno, se sigue confirmar la decisión de la Juez primigenia en lo que hace a este punto de apelación.

Indemnización moratoria

Respecto a este punto de 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, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste 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, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuentan sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través del citado contrato, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló la actora a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo una estricta subordinación y poderío de esta, sin que fungirá como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la demandante.

Al punto, que queda suficientemente acreditado que la demandada pretendió evadir la aplicación de la ley laboral, lo cual privó a la demandante la posibilidad de acceder a los derechos, garantías y beneficios que la Ley sustantiva del trabajo ofrece, las cuales tienen el carácter de irrenunciabilidad, que por demás está en decir que, contrario a lo dicho por la apelante, la sanción moratoria no está condicionada a si la empleadora es o no persona natural o jurídica, pues, resulta imperativo recordar que su procedencia está atada al no pago de prestaciones sociales y salarios. De esta manera forzoso resulta entonces para la Sala confirmar la sentencia confutada, pues ningún reproche merece la decisión de la A quo al escatimar la procedencia de la indemnización moratoria.

Compulsa de copias a la Fiscalía General de la Nación

Frente a ello, tal cual como lo indica la parte demandada, será el ente acusatorio el encargado de decidir si hay lugar o no a investigar la presunta comisión del delito por falso testimonio de las declarantes, sin que de manera alguna esta Sala sea la encargada de establecer si hay lugar a la infracción de la ley penal y por ende revocar la compulsa de copias que efectuó la juez primigenia. Aclarando, que en lo que respecta a que se compulsen copias en contra de la demandante ante dicha autoridad penal; basta con decir que, si el apoderado judicial de la señora Sonia Díaz Zambrano estima que aquella incurrió en conductas castigadas penalmente, deberá por sí mismo ponerlas en conocimiento ante el ente, asumiendo la responsabilidad derivada de ello.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Sonia Díaz Zambrano y a favor de la actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de marzo del 2021, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Sonia Díaz Zambrano. Las de primera, se confirman.

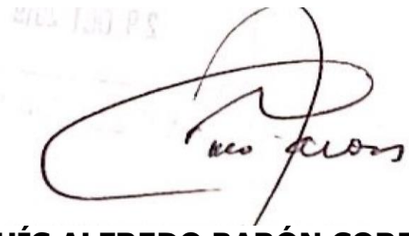
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Sonia Díaz Zambrano en la suma de $910.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	LINA FERNANDA SUAREZ BELLO
Demandada:	INGENIERÍA STRYCON S.A.S.
Radicado No.:	30-2019-00152-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En relación con la solicitud de decreto y práctica de pruebas solicitadas por la parte demandada, esta se niega, toda vez que se incumplen los presupuestos establecidos en el art. 83 del CPT y de la SS.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Lina Fernanda Suarez Bello instauró demanda ordinaria contra Ingeniería Strycon S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido desde el 12 de marzo del 2014 al 31 de enero del 2018; que la renuncia presentada por la trabajadora está viciada de nulidad, por vicios del consentimiento y, por tanto, la terminación del vínculo laboral fue sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, aportes al sistema de seguridad social correspondiente a diciembre de 2017 y enero del 2018.

Así mismo, solicitó que se declare que la sociedad demandada prometió a la trabajadora vinculación laboral a término fijo por tres (3) años; que el contrato por obra o labor suscrito el 1 de febrero del 2018 tenía una duración de 3 años, esto es, desde el 1 de febrero de 2018 hasta el 1 de febrero del 2021, con un salario de $5.000.000, mismo que terminó sin justa y antes del plazo pactado. En consecuencia, solicitó que se condenará a la encartada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y sanción por no pago de intereses a las cesantías.

Como pretensiones subsidiarias, pretendió:

- A la pretensión segunda en cuanto a que se refiere al contrato a término fijo que se declare que la terminación del contrato laboral por obra o labor no produjo efecto alguno, con base en lo normado en el parágrafo 1° del artículo 65 del C.S.T. y, en consecuencia, se condene al pago de salarios adeudados.

- Se condene a la demandada al pago de la indemnización mínima consagrada en el artículo 64 del C.S.T., indemnización moratoria desde el 31 de julio del 2018 y hasta la fecha en que se realice el pago correspondiente.

En todo caso pidió lo que resulte probado ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró contrato laboral a término indefinido con la sociedad demandada el 12 de marzo del 2014, pactando un salario de $5.000.000, para desempeñar el cargo de "profesional proyectos" en la ciudad de Bogotá. Sostuvo que a finales del año 2018 la accionada le propuso un vínculo laboral nuevo, garantizando 3 años de trabajo mediante un contrato laboral a término fijo, para ello, condiciona tal propuesta a que presentará carta de renuncia al contrato que se encontraba vigente, decidiendo aceptar la misma, presentando su renuncia el 31 de enero del 2018.

Indicó que el 1 de febrero del 2018, la empresa demandada, incumpliendo la promesa laboral, entregó contrato laboral, pero por duración de la obra o labor contratada, viciando el consentimiento, adoleciendo la renuncia de nulidad. Refirió que el citado contrato terminó el 25 de julio del 2018, sin que la enjuiciada informará por escrito el estado del pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscales, en los términos del parágrafo 1° del artículo 65 del C.S.T., razón por la que la finalización no surtió efectos.

Finalmente, advirtió que la encartada no realizó el pago de sus acreencias laborales correspondientes al contrato de trabajo suscrito del 12 de marzo del 2014 al 31 de enero del 2018. (fols. 59 a 68).

2. Contestación de la demanda. Al dar respuesta, la Curadora Ad Litem de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones del escrito genitor. Frente a los supuestos fácticos señaló que en virtud del contrato suscrito con Ecopetrol S.A., se planteó a la demandante la posibilidad de entrar al proyecto o seguir contratada con Strycon, para lo cual explicó que por exigencia de la entidad debía suscribir contrato por obra o labor contratada y si bien la actora en principio no aceptó, posteriormente comunicó su deseo de formar parte del proyecto, procediendo a presentar renuncia al contrato que venía ejecutando, firmando un nuevo vínculo laboral por duración de la obra o labor, sin que le prometiera un tiempo determinado.

Refirió que el citado contrato fue terminado debido a problemas contractuales entre Strycon y Ecopetrol, es decir, porque terminó la obra por la que fue contratada, toda vez que esta última dio por terminado unilateralmente el contrato con la empresa llamada a juicio. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inefectividad sustantiva de la demanda, inexistencia de dolo por parte del empleador, ausencia probatoria, buena fe y genérica. (fols. 88 a 90).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de enero del 2021, en la que el fallador declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero a término indefinido, iniciado el 12 de marzo de 2014, terminado por renuncia de la trabajadora el 31 de enero del 2018 y un segundo contrato laboral, cuyos extremos corresponden al 1 de febrero a 31 de julio de 2018, terminado con justa causa por el empleador. En consecuencia, condenó a la encartada al pago de cesantía, intereses a las

cesantías y su sanción por no pago, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria y aportes pensionales del primer contrato de trabajo declarado y costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar la existencia de la relación laboral y si es viable atender las súplicas esbozadas en la demanda. En armonía con ello, en primer término, trajo a colación lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la citada norma, para significar que no existe discusión en torno a la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos temporales, en tanto que así se derivada de las pruebas documentales allegadas al cartapacio.

Conforme a ello, se adentró al estudio de los demás elementos probatorios obrantes al proceso, para resaltar que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero iniciado el 12 de marzo de 2014 y finiquitado el 31 de enero del 2018 y un segundo contrato laboral, cuyos extremos corresponden al 1 de febrero a 31 de julio de 2018. Sentando lo anterior, manifestó que había lugar al pago de aportes al sistema de seguridad social y en lo que hace a la indemnización moratoria aludió a que dicha sanción no era de carácter automático, en tanto que debía valorarse la conducta del empleador omiso en el pago de prestaciones sociales.

Así, indicó que la demandada no canceló las obligaciones laborales correspondientes al primer contrato de trabajo, por lo que debía ordenar el pago de la citada sanción, a partir del 1 de febrero del 2018, pero solo hasta el 16 de marzo del año 2019, fecha en que fue llamada la sociedad al proceso de reorganización, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considerando que la mala fe no puede ser extensiva a la empresa que ha sido llamada a reorganización.

Frente a la terminación de los contratos de trabajo adujo que la parte que por iniciativa pretende finiquitar debe manifestar la causa o el motivo de la ruptura, obligación que también corresponde al trabajador, quien puede presentar su renuncia pura y simple o esgrimiendo los motivos para su terminación. Entonces, en lo que hace al primer contrato, sostuvo que existe discusión sobre la renuncia que fue presentada, en tanto que se aduce que la actora fue obligada a su suscripción, sin embargo, indicó que no existe ningún medio de convicción atinente a demostrar que fue engañada, en tanto que la deponente al interior del proceso adujo que no le constaba ninguna circunstancia sobre tal aspecto. Mientras que sobre el segundo contrato de trabajo quedó demostrado que aquel fue por obra o labor y no un contrato a término fijo de tres años, como lo alega la parte actora, mismo que estaba sujeto al nexo contractual celebrado con Ecopetrol, de ahí que existiera una justa causa, dada la terminación de este último. (Cd a fol. 115).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Formuló recurso de apelación argumentando que el A quo se equivocó cuando manifiesta que la demandante no fue obligada y que en consecuencia no estuvo viciado el consentimiento, en tanto que en la demanda jamás se adujo que estuvo constreñida a renunciar. En ese sentido, dijo que se encuentra plenamente probado que ella fue engañada, toda vez que le hicieron una promesa consistente en que le iban a otorgar un contrato a término fijo por 3 años y bajo ese compromiso la condicionaron para que presentará su carta de renuncia al cargo que venía desempeñando.

Por otro lado, sostuvo que, si bien el fallador manifestó que el contrato de obra o labor se terminó por una justa causa, ignoró en la sentencia que los contratos de prestación de servicios celebrados entre Ecopetrol y la demandada se terminó por causas imputables a

esta última, razón por la cual se pudo haber terminado la relación laboral, pero pagando la indemnización correspondiente, teniendo en cuenta que tenía expectativas claras de un contrato a 36 meses, además, porque no fue de su responsabilidad las causas que dieron origen al finiquito. (Cd a fol. 115).

4.2. Recurso de apelación de la demandada. En su alzada expuso que no es dable ordenar la "*sanción en el pago de la EPS"*, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006, en donde se establece que los efectos de la reorganización y sus obligaciones son aplicables desde la solicitud de admisión del proceso. Indicó que la citada disposición tiene efectos retroactivos en cuanto al pago de la seguridad social, por lo que actualmente se está en el término legal para realizar el pago y regulación de estos, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1429 de 2010.

De otro lado y respecto de las costas procesales condenadas, refirió que a pesar de que existe una condena reconocida de buena fe, también es cierto "*que se están desestimando acusaciones falsas respecto a un engaño, cuando fue plenamente informada y consultó no solo con las personas que le transmitieron la oferta de cambiar la naturaleza de su contrato y sus funciones y su modalidad, entonces, no es una condena absoluta, por lo tanto se debe recurrir a la condena en costas como se hubiese habido mala fe, entonces, solicito al H. Tribunal relacionar estos dos aspectos, porque se incurriría respecto a la seguridad social el yerro probatorio de dar por probado sin estarlo que existió mala fe; en cuanto al retraso en el pago de salarios, teniendo en cuenta la situación de insolvencia de la compañía demandada y respecto a que se revoque lo tasado en costas en la instancia y pues se mucho menor por el orden de un salario mínimo teniendo en cuenta los antecedentes del proceso y la situación de insolvencia."* (Cd a fol. 115).

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Alegatos parte demandante. Alegó en su favor que la renuncia al contrato laboral a término indefinido, la presentó con base en la oferta que efectivamente le hizo la demandada, por medio de su representante legal Señor Diego Raúl Jiménez Moreno, consistente en iniciar un nuevo contrato laboral a término fijo por mínimo 3 años, y que resultó siendo un engaño, pues una vez ella presentó la renuncia, le pusieron de presente un contrato por obra o labor contratada por 3 años que tenía como respaldo contrato entre la sociedad demandada y Ecopetrol que tenía un término de duración por 3 años, situación que hizo que la demandante, Lina Suarez Bello se sintiera a gusto y confiada en que la promesa recibida efectivamente se iba a cumplir a cabalidad.

5.2. Alegatos parte demandada. Solicitó que se ratifique el fallo de primera instancia respecto de la absolución de las pretensiones de la demanda, toda vez que la demandante al interior del proceso de primera instancia no probó que hubiera engaño por parte de la sociedad demandada, por el contrario, fue temeraria las afirmaciones de que fue engañada. Pidió que se revoque el fallo de primera instancia en el sentido de no condenar la sanción por mora de los pagos de la seguridad social.

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 las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que la renuncia que presentó referente

al contrato de trabajo con vigencia entre el 12 de marzo del 2014 al 31 de enero del 2018 se encuentra afectada por algún vicio del consentimiento que da lugar a su nulidad?

- ✓ ¿La actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, toda vez que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada fue terminado sin una causa objetiva imputable a la actora?

- ✓ ¿Se equivocó el Juez de primer grado al condenar la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del C.S.T., sin tener en cuenta la existencia de buena fe del empleador por encontrarse en proceso de reorganización empresarial?

- ✓ ¿Es dable absolver a la demandada del pago de aportes al sistema de seguridad integral en tanto que considera la encartada que se encuentra aún en término de pagar los mismos, en los términos del artículo 32 de la Ley 1429 de 2010?

- ✓ ¿Hay lugar a revocar o disminuir la condena en costas procesales que se impusieron en contra de la demandada?

Contrato de trabajo y sus extremos temporales

Para resolver los problemas jurídicos que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y el salario devengado por la actora; tampoco que a la demandante se le adeuda el valor de las prestaciones sociales y vacaciones, únicamente respecto del contrato de trabajo que tuvo vigencia entre el 12 de marzo del 2014 al 31 de enero del 2018; ni que la empresa llamada a juicio se encuentra en proceso de reorganización empresarial, al cual se le dio apertura mediante auto del 31 de mayo del 2019, por parte de la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en la Ley 1116 de 2006 (fols. 98 a 101). Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, además, las mismas se corroboran con el contrato de trabajo a término indefinido (fols. 8 a 12), carta de renuncia que da cuenta que este último finiquito el 31 de enero del 2018 (fol. 13), aceptación de la citada renuncia (fol. 14), contrato de trabajo de obra o labor determinada (fols. 15 a 19) y comunicación de terminación de este último contrato de trabajo el 31 de julio del 2018 (fol. 55).

Indemnización por despido sin justa causa

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

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

finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que para efectos de verificar si la parte actora cumplió con la carga probatoria, en lo que hace a la terminación del vínculo laboral con vigencia entre 12 de marzo del 2014 al 31 de enero del 2018, se sostuvo desde el libelo introductorio, que dado el ofrecimiento que realizó la encartada para celebrar un nuevo contrato de trabajo a término fijo por tres años, con motivo del vínculo comercial entre aquella y Ecopetrol S.A., suscitó el acto de la renuncia que presentó y fue aceptada por la empresa, la cual, insiste, carece de validez, toda vez que, contrario a lo prometido, se celebró un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, mismo que terminó antes de cumplirse los tres años ofrecidos.

Frente a lo cual, el sentenciador consideró que el vínculo culminó por renuncia espontánea de la accionante, en tanto que los alegados vicios del consentimiento no se demostraron y que los motivos imputables al empleador debieron ser expuestos en el momento de la terminación. La impugnante aduce que el Juzgador de primer grado se equivocó en la valoración probatoria respectiva, específicamente sobre el testimonio de la señora Pilar Aguilera, quien daba cuenta del engaño, dolo y provecho en la presentación de su carta de renuncia por parte de la pasiva.

El debate en esos términos se centra en determinar si erró el A quo al no concluir que la actora fue inducida a renunciar y que tal acto carece de validez. Sobre el particular, aparece a folio 13 del expediente carta de terminación del contrato de trabajo suscrita por la trabajadora el 31 de enero del 2018, según la cual se dejó por sentado:

> *"De acuerdo al nuevo contrato celebrado por Ingeniería Stryncon con Ecopetrol y a la oferta interna que se me realizó de hacer parte del mismo; por medio de la presente me permito presentar mi renuncia voluntaria.*
>
> *Por lo anterior estaré ejerciendo mis labores hasta el 31 de enero de 2018 debido a que el nuevo contrato con Ecopetrol inicial el 01 de febrero del 2018"*

Es claro que la comunicación se refiere a una posible nueva contratación laboral, sin que de manera alguna se indique por aquella que el ofrecimiento correspondió a la celebración de un vínculo laboral a término fijo a tres años. Conforme a ello y así como lo concluyó el Juzgador en cuanto a los móviles de la terminación, no se acredita hecho alguno que viciara el consentimiento para emitir la renuncia, en tanto que los medios de convicción no dan cuenta de cosa diferente, que la actora no acreditó con suficiente certeza que sufrió de engaño, dolo y aprovechamiento de la encartada para buscar de la trabajadora su renuncia.

Nótese que como medio probatorio se allegó únicamente la señalada carta de renuncia, la cual no da cuenta específicamente que el móvil de la terminación haya sido como consecuencia de la oferta de un nuevo contrato de trabajo a término fijo de tres años realizado por la empresa. Y si bien, se escuchó a la señora Pilar Cristina Aguilera Sandoval, de quien se reprocha una indebida valoración, misma que indicó que le constaba las razones por las cuales terminó la relación laboral, aduciendo que en el año 2018 la empresa enjuiciada ganó un contrato con Ecopetrol S.A., de allí que le hicieron ofrecimiento de finiquitar el nexo laboral que venía ejecutándose, para celebrar un nuevo, garantizando un mínimo tres años de continuidad laboral, sin embargo, pese a dicha aseveración, es claro que la deponente no tuvo conocimiento directo de tal hecho, en la medida que como lo depuso no estuvo presente a la hora de la propuesta, a lo que suma que no refirió que correspondiera específicamente un contrato de trabajo a término fijo de tres años, sino que tal vinculación estuvo atada al convenio celebrado entre las dos

empresas, el cual tenía una vigencia de tres años; lo que descarta de plano su dicho para efectos de demostrar que se incumplió con la promesa que alude la actora.

En armonía con la situación descrita, basta con señalar que aunque los actos deben ser libres, espontáneos y exentos de vicios del consentimiento, según los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, aplicables a la materia laboral por así autorizarlo el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, le compete, de acuerdo con la carga de la prueba, a quien alega un vicio demostrar que fue así, en tanto que el error, la fuerza o el dolo no se presumen, a excepción del último pero siempre que exista tal previsión en la Ley.

En ese hilo, la parte actora menciona algunos vicios en el consentimiento que se suscitaron con ocasión de la renuncia que presentó para terminar el contrato de trabajo, sin embargo, en este asunto en concreto no se probó como se estructuró y en qué radicó, puesto que no se allegó ni un solo medio de prueba al respecto. Por manera que no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, no le queda otro camino a esta Sala que procurar por sus efectos, es decir, que el vínculo culminó por renuncia espontánea de la accionante, de allí que no haya lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa que pretende y, por tal razón, se confirme hasta aquí lo expuesto la sentencia confutada.

Ahora, en lo que hace a la terminación del contrato de trabajo que celebró con posterioridad al 31 de enero del 2018, cumple decir que el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse "*(…) por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*" y que para que produzca sus efectos, el primero de ellos, es decir, a término fijo, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, tal y como lo dispone el artículo 46 del ibídem; mientras que el segundo, deberá convenirse en forma expresa por las partes y determinarse su límite temporal, dado que el artículo 47 ibídem señala que el contrato de trabajo "*cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada*", se entenderá a término indefinido. En otras palabras, debe específicamente acordarse cuál es labor u obra para el que se contrata al trabajador, su programación o punto de medición específico que permitan suponer su límite temporal.

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

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

Más adelante refirió:

> *"Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá*

comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado."

En línea con lo expuesto, se evidencia que a folios 15 a 19, obra contrato de trabajo, bajo la modalidad de labor y obra contratada, con fecha de inicio el 1 de febrero del 2018, en el que se pactó: "***PRIMERA: STRYNCON*** *contrata los servicios personales del* ***TRABAJADOR*** *para que preste sus servicios como* ***PROFESIONAL JUNIOR PARA FORMULACIÓN Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS*** *en atención al* ***CONTRATO NO. 3012013 PRESTACIÓN DE SERVICIO PARA EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES QUE APALANCAN LA ESTRATEGIA DE ENTORNO DE LA VDS EN SUS COMPONENTE3S AMBIENTAL, SOCIAL Y DE SEGURIDAD.*** *Suscrito entre* ***ECOPETROL S.A.*** *e* ***INGENIERÍA STRYNCON S.A.S.*** *para el desarrollo de la actividad* ***CONCEPTUALIZACIÓN, FORMULACIÓN, ESTRUCTURACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LOS PROYECTOS SOCIOAMBIENTALES Y DE SEGURIDAD DE LA VDS****, de modo que el contrato durará mientras se requiera al profesional en la (s) actividades específicas o hasta la terminación de la (s) misma (s*)"

Dicho contrato se terminó el 25 de julio del 2018, conforme a comunicación obrante a folio 55, según la cual:

> *"Por medio de la presente nos permitimos informarle que el proyecto para la cual fue usted contratado mediante el contrato laboral por obra o labor suscrito entre usted e INGENIERIA STRYCON S.A.S. el día 01 de Febrero de 2018, termina el día 31 de julio de 2018, por tal motivo a partir de dicha fecha termina su vínculo laboral con Ingeniería Strycon S.A.S., esto de acuerdo al literal d) del Artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. Subrogado por el Artículo 5 de la Ley 50 de 1990"*

Aspecto que se corrobora con la carta de "*terminación anticipada del Contrato No. 3012013 por incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista Ingeniería Strycon S.A.S., NIT: 830.064.657-4",* suscrita por Ecopetrol S.A., misma en la que se dijo que el vínculo civil finiquitaría a partir del 16 de julio del 2018 (fol. 91 a 92), aspecto que se prolongó hasta el 31 de julio del 2018, dado al acta de cierre y balance final de mutuo acuerdo suscrita por aquellas.

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

Y es que de acuerdo a las premisas fácticas con las cuales la señora Lina Fernanda Suarez Bello fundamenta la súplica de obtener el pago de la indemnización por despido sin justa, debe señalarse que no cuenta con vocación de prosperidad, en tanto que, de los medios de persuasión anotados, se colige que la relación laboral que ató a las partes estuvo gobernada por un contrato de duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada, mismo del que se resalta con total claridad la determinación de la obra, ya que su vigencia dependía de las circunstancias dadas en el contrato No. 3012013 suscrito entre Ecopetrol S.A. y la encartada, de manera que aquel vínculo marcaba con claridad la finalización de la relación laboral, condiciones que quedaron, primeramente establecidas en su cláusula segunda – plazos del contrato, según la cual:

> *"La vigencia del* ***Contrato*** *se iniciará a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, y comprenderá el plazo de ejecución y el balance final del* ***Contrato****. El plazo de ejecución de este* ***Contrato*** *es de: TREINTA Y SEIS (36) MESES o hasta el 31 de*

diciembre de 2020 lo que primero ocurra, que se contabilizará a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio."

O bien, por algunas de las causales determinadas en la cláusula Vigésima Octava: "terminación anticipada", que es precisamente lo que ocurrió.

A lo anterior se suma que la modalidad contractual pactada fue producto del mutuo acuerdo en el ejercicio de la autonomía de la voluntad con cuenta las partes, por ello, no puede ser de recibo que la accionante quien suscribió el contrato por duración de la obra o labor, pretenda ahora desconocerlo a través de esta vía judicial sin presentar, conjuntamente, prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento, o en su defecto, que sus cláusulas adolecieron de nulidad o contuviera objeto o causa ilícita, por lo cual, siendo el contrato ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil y no encontrarse las referidas particularidades en el cuerpo de los mismos, no pueden ser desechado; entendiéndose que aquel se ejecutó de buena fe y obliga no solo a lo que en ellos se expresa, sino también a las normas que por su naturaleza le pertenecen, según las voces del artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, ningún reproche merece la decisión a la que arribó el sentenciador de primer grado, quien negó la indemnización por despido sin justa, además, cuando es notorio que la apelante, en su esfuerzo argumentativo, varió el fundamento de sus pedimentos, en tanto que trajo a colación el valor la decisión de un tercero en su vigencia, considerando que la actora no tenía que soportar tal determinación, como quiera que no incidió en el incumplimiento del nexo contractual entre la encartada y Ecopetrol, pretendiendo de algún modo ser reparada por dicho acontecimiento; aspecto no incluido en el libelo genitor, pues en nada se dijo sobre tales situaciones en las pretensiones y hechos que fundamentaron la acción, debiéndose excluir por la Sala tal argumento, en pro de resguardar el debido proceso y el derecho a la defensa de la demandada.

Así las cosas, se mantendrá incólume la decisión que tomó el A quo.

Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. frente al proceso de reorganización empresarial, Ley 1116 de 2006.

Sentado lo anterior y en lo atinente a la indemnización moratoria, aduce la recurrente que como empleadora actuó de buena fe al abstenerse de cancelar las prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral, en tanto estimó encontrarse en proceso de reorganización a dicho momento, situación que, contrario a lo dicho por el A quo, le impedía su pago.

En lo atinente a este reproche 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 mismas 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, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe al no cancelar las prestaciones sociales al finiquito de la relación laboral, asistiendo razón al sentenciador de primer grado al considerar que había lugar a su condena, toda vez que el deudor moroso no demostró que su obrar estuvo ceñido a la buena fe, pues, sobre este tópico ningún medio de prueba arrimó.

Lo anterior, porque contrario a lo esgrimido por la censura, si bien se indicó que para el momento en que feneció el vínculo laboral con la actora se encontraba en incapacidad de pagar las prestaciones sociales dado a que se hallaba en proceso de reorganización, tal afirmación no está soportada en ningún medio de convicción, en la medida que, si bien la empresa se encuentra en proceso de reorganización, tal situación inició el pasado 16 de mayo del 2019 y no al momento del finiquito de la relación que aconteció el 31 de enero del 2018, evidenciándose de ello que pasaron entre una y otra fecha cerca de 8 meses y 16 días, lo que permite concluir, contrario a lo esbozado, que la finalización de la relación laboral la conducta de la empleadora no fue la de pagar inmediatamente las acreencias laborales de su trabajadora, demostrándose con ello, una conducta desprovista de buena fe.

De todas maneras, si la Sala considerara que al momento del finiquito de la relación laboral la empresa se encontraba en estado o *ad portas* de entrar en proceso de reorganización, la conclusión no sería distinta, pues es claro que tal circunstancia no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, en tanto que, como ya advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, "*aun encontrándose en esa situación, sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo."* (SL16884-2016)

De tal suerte, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala razón al sentenciador de primer grado, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido entrega de forma inmediata la liquidación de prestaciones, toda vez que las razones dadas por la empresa solo quedaron en simples afirmaciones, las cuales, como bien es sabido, lejos está de tenerse en cuenta. De allí que lleve a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria del Juez primigenio.

Aportes al Subsistema de Seguridad Social en pensiones.

Sobre este aspecto y atendiendo la discusión que propone la recurrente, quien considera que se debe absolver a la encartada del pago de aportes al Subsistema de Seguridad Social en pensiones, considerando que aún se encuentra en término para cancelar los mismos, en los términos del artículo 32 de la Ley 1429 de 2010; al respecto, debe señalarse que la citada disposición señala que la existencia de pasivos por retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a trabajadores o aportes al sistema de seguridad social no impedirá al deudor acceder al proceso de reorganización, disponiendo, que "*al momento de presentar la solicitud el deudor informará al juez acerca de su existencia y presentará un plan para la atención de dichos pasivos, los cuales deberán satisfacerse a más tardar al momento de la confirmación del acuerdo de reorganización. Si a esa fecha no se cumpliere dicha condición, el juez no podrá confirmar el acuerdo que le fuere*

presentado. Las obligaciones que por estos conceptos se causen con posterioridad al inicio del proceso serán pagadas coma <sic> gastos de administración."

De lo expuesto, no cabe duda que la norma referida consagra que antes de la convalidación del acuerdo reorganización, el empleador deberá satisfacer el pago de aportes al sistema de seguridad social, no obstante, tal circunstancia no puede ser considerado como motivo e impedimento para que la jurisdicción laboral se pronuncie al respecto y en dado caso ordene el pago de cotizaciones que se dejaron de cancelar; lo anterior, por cuanto la citada disposición no determinó tal aspecto, a lo que suma, que el querer del legislador, de acuerdo a la naturaleza de los citados pasivos, fue la de que se prioricen el pago de estos sobre otros gastos que demanden el proceso de insolvencia empresarial, para ello determinó que la sociedad deudora, pudiese presentar solicitud de reorganización sin que para su admisión sea necesario estar al día en dichos conceptos, pero su pago se hará como fecha límite el momento de la confirmación del acuerdo de reorganización.

Bajo lo dicho, la interpretación sugerida por la censura no es aceptable, pues, aparte de que desconoce abiertamente que la intención del legislador fue la de priorizar la atención de las obligaciones por ese concepto, tal aspecto no es una limitante para que la trabajadora acceda a la administración de justicia en búsqueda de una decisión que convalide el pago de los aportes a seguridad social que se dejaron de cotizar. Así las cosas, frente a este punto de apelación, se confirmará la sentencia de primer grado.

Costas impuestas en primera instancia a cargo de la demandada

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponer costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

Monto de las agencias en derecho que fueron condenadas

Hay que recordar sobre ello, que con apegó a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierte mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primera instancia. En ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el A quo.

Costas

La Sala se abstendrá de condenar en costas a las partes, ante la no prosperidad de los recursos de apelación propuestos.

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 enero del 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

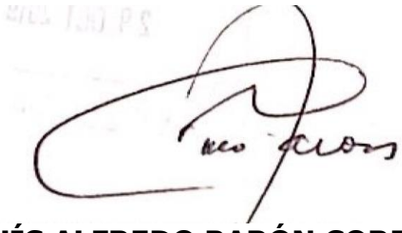
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: ***ALBERTO ANCIZAR AGUDELO BOHORQUEZ***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***110013105-031-2020-00448-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA: ***RECONOCIMIENTO PENSIONAL***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Alberto Encizar Agudelo Bohorquez a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con COLPENSIONES, con el fin que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 21 de enero de 2020, el retroactivo, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 20 de enero de 1958; que mediante resolución No 1209 del 18 de febrero de 2014 el FOMAG le reconoció la pensión de jubilación por haber sido docente oficial por más de 20 años; que cotizó a COLPENSIONES 1.527 semanas para el año 2017, y cumplió los 62 años el 22 de enero de 2020; que las cotizaciones realizadas al ISS, hoy COLPENSIONES entre el 25 de febrero de 1986 y el 22 de noviembre de 2017, fueron efectuadas a través de empleador o patrono particular; que presentó solicitud de reconocimiento pensional el 18 de febrero de 2020, pero le fue negada a través de resolución SUB94939 del 20 de abril de 2020, con el argumento de que se configura la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política, esto es, que no puede percibir más de una asignación que provenga del tesoro público; que interpuso recurso de apelación, pero mediante resolución DPE9130 del 02 de julio de 2020 resolvió confirmar la negativa pensional. (Fols. 1 a 19, Archivo No 001 Exp. Digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 1 y 2 archivo No 004 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, la actora cuenta con una pensión otorgada por parte del FOMAG, lo cual genera un escenario de incompatibilidad con el eventual reconocimiento pensional a cargo de COLPENSIONES, cuyo sustento se encuentra en el artículo 128 de la Constitución Política. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público, buena fe y, la innominada o genérica (Fols. 1 a 14 Archivo No 006 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 20 de enero de 2020, en cuantía inicial de $4.717.699, y por 13 mesadas al año; condenó a COLPENSIONES a reconocer la suma de $96.690.827 como retroactivo por las mesadas causadas del 20 de enero de 2020 hasta el 30 de agosto de 2021; condenó a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 18 de junio de 2020 y hasta que se haga efectivo el pago, y gravó en costas a COLPENSIONES (fl. 1 Archivo No 020 y 021 Exp. Digital).

Indicó que el problema jurídico a resolver era si la pensión de jubilación que percibe como docente oficial es compatible con la pensión de vejez solicitada a COLPENSIONES, para lo cual trajo como sustento normativo el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, 128 de la Constitución Política y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencias de radicado SL2118 de 2021 y SL3375 de 2021, en la que se determina que existe compatibilidad entre la prestación percibida como docente y las que puedan generarse en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, pues se tratan de prestaciones causadas con diferentes servicios o cotizaciones, agregando que para el reconocimiento de la pensión de jubilación no se tuvieron en cuenta las 1.527 semanas con que cuenta en el sector privado.

Al descartar la existencia de la incompatibilidad alegada por COLPENSIONES, dio prosperidad al estudio de la pensión de vejez, constatando que de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, la edad de 62 años fue cumplida el 20 de enero de 2020, fecha para la cual contaba con más de las 1.300 semanas, pues cuenta con 1.527 semanas; en cuanto al monto de la prestación consideró que le correspondía el 68 % del IBL de los últimos 10 años, de conformidad con el artículo 10 de la ley 797 de 2003.

En ese orden, manifestó que la mesada pensional para el 20 de enero de 2020 corresponde a $4.717.699, el cual se otorga sobre 13 mesadas, por ser superior a los 3 SMLMV y haberse causado con posterioridad al 31 de julio de 2011; condenó a la suma de $96.690.827 como retroactivo pensional por las mesadas causadas del 20 de enero de 2020 hasta el 30 de agosto de 2021.

Condenó a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, ya que desde que elevó la solicitud debía Colpensiones reconocer la prestación y no lo hizo, generándose los intereses moratorios desde el 18 de junio de 2020 en adelante hasta que se verifique el pago. Finalmente, condenó en costas a COLPENSIONES.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por COLPENSIONES quien manifiesta que no se puede acceder a dos prestaciones del erario público, pues son incompatibles, y así se ha manifestado el Consejo de Estado al respecto; que no proceden los intereses moratorios en la medida en que COLPENSIONES al negar la prestación lo hizo ajustado a derecho, ya que existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez reclamada.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: Solicita que se revoque el fallo de primera instancia, ya que se presenta incompatibilidad entre la prestación reclamada y la pensión que está percibiendo.

6.2 Demandante: Peticiona que se confirme la decisión de instancia, dado que se puede disfrutar de la pensión reconocida por el Magisterio y la que se causa por aportes privados con el ISS, hoy Colpensiones.

7. 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 los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

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

(i) ¿La pensión de vejez que se reconoce en el régimen con prestación definida a cargo de COLPENSIONES es incompatible con la pensión de jubilación que viene disfrutando el demandante? En caso negativo (ii) ¿Le asiste derecho a la demandante a que se le reconozca y pague la pensión de vejez conforme lo dispone la ley 100 de 1993?, y (iii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y desde que fecha?

PENSION DE VEJEZ- PENSION MAGISTERIO

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que la demandante nació el 20 de enero de 1958 (fol. 22 Archivo No 001); (ii) Que estuvo afiliado al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 25 de febrero de 1986, realizando aportes en calidad de trabajador del sector privado hasta el 30 de noviembre de 2017, logrando cotizar un total de 1.527 semanas (fol. 24 a 29 Archivo No 1); (iii) que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación a partir del 21 de enero de 2013, por los servicios prestados durante más de 20 años como docente de vinculación NACIONALIZADO (fols. 37 a 39 Archivo No 001); (iv) Que solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez el 18 de febrero de 2020, pero le fue negada a través de resolución SUB94939 del 20 de abril de 2020 (Fols. 43 a 55 Archivo No

001); que mediante resolución DPE9130 del 02 de julio de 2020, notificada el 21 de julio de 2020, le fue resuelto el recurso de apelación presentado, negándole la pensión solicitada por ser incompatible con la prestación que venía percibiendo del FOMAG (Fol. 56 a 63 Archivo No 001). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, pese a quele fue concedida pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Previo a entrar en la solución de la controversia planteada, es importante señalar que, si bien los docentes oficiales están excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud de lo previsto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, tal calidad no les impide prestar sus servicios a instituciones de naturaleza privada y en virtud a ello, financiar una posible pensión de vejez en el marco de la Ley 100 de 1993, ya sea en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así se infiere del contenido del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio que además reciban remuneraciones del sector privado, a que acumulen cotizaciones como docentes oficiales con cotizaciones del sector privado para que sean administradas en dicho fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993.

Precepto reglamentario de la Ley 100 de 1993, a partir del cual solo se puede educir, según lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si los docentes oficiales vinculados a la entidad que administra las pensiones de ese sector, paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden válidamente afiliarse a una administradora de pensiones del RAIS o del RPM y cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen especial accederán a las prestaciones propias del mismo (Sentencia del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, citada en la SL3775-2021).

Ahora, si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, de la aplicación de dicha normativa, lo cierto es que de conformidad con el mandato previsto en el artículo 17 de la misma Ley, la calidad de exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no exime al empleador privado de la obligación de realizar las cotizaciones al sistema cuando contrata como trabajador a quien pertenece al régimen pensional de los docentes oficiales, como sucedió en el evento bajo examen, en el que las distintas entidades del sector privado le aportaron al sistema general en pensiones al demandante desde el 25 de febrero de 1985 hasta el 30 de noviembre de 2017, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES.

Al respecto, baste traer a colación lo delineado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 17 de julio de 2013, radicado 41001, en un caso análogo al que hoy convoca a la Sala, en la que la Corte, adoctrinó: *"(…) Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social"*

Por lo expuesto, la afiliación y las cotizaciones del actor al RPM fueron plenamente válidas y son compatibles con su afiliación como docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues se itera, si bien las prestaciones pensionales de los docentes oficiales son a cargo del Estado, lo cierto es que las mismas se generan por tiempos de servicios ajenos a las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, lo que impone impartir aprobación a la sentencia de primera instancia, en cuanto asumió el estudio de la pensión de vejez, como seguidamente lo hará esta Sala.

Pensión ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003.

Es así que analizado el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se concluye que el actor satisfizo las condiciones mínimas para acceder a la pensión de vejez, ya que acreditó los 62 años el 20 de enero de 2020 y para la misma data superaba las 1300 semanas de cotización como se demuestra con la historia laboral (fls. 3 a 5 archivo No 012) en la que se advierte que se realizaron cotizaciones hasta el ciclo de noviembre 2017 acumulando 1.527 semanas.

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el sistema contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años, o toda la vida laboral en el caso de acreditar más de 1250 semanas, debiendo aplicar el IBL que resulte más favorable, para lo cual ha de aplicarse la fórmula de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para establecer la tasa de reemplazo.

Así las cosas, en vista que la a quo encontró que el IBL favorable era el de los últimos 10 años, y al respecto no se presentó inconformidad por la parte actora, la Sala solo procederá a realizar el cálculo del IBL de los últimos 10 años, con base en la historia laboral más actualizada, obrante en el expediente (Archivo No 12 Expediente digital), según anexo que se glosa a la sentencia, obteniéndose la suma de **$7.009.157,66** en los últimos 10 años, suma superior a la que llegó la juzgadora primigenia, que lo fue de **$6.937.793,** sin embargo, como la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES no se variará el monto definido en primera instancia.

Tasa de reemplazo artículo 34 ley 100 de 1993

De acuerdo con lo anterior, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 34 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, precepto normativo del que podemos extraer que, para la determinación de la tasa de reemplazo, se debe tener en cuenta la formula allí plasmada:

r = 65.50 - 0.50 s,

Donde **r** corresponde a la tasa de reemplazo, **S** equivale al ingreso base de liquidación, dividido por el valor de salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el año 2020, que equivale a $877.803.

De acuerdo con lo expuesto, tenemos entonces que para hallar **S** es necesario efectuar la siguiente operación:

s= IBL/SMLMV
s= $6.937.793/ $877.803

Así las cosas, tenemos que el valor de S equivale a 7,90.

Establecido lo anterior, continuamos con el desarrollo de la formula señalada en la norma en cita (r = 65.50 - 0.50 s), para lo cual debemos en primer lugar, tomar el resultado de S: 7.90 y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

7.90 X 0.5= 3.95

r = 65.50 – 3.95
r = 65.50 – 3.95
r = 61.55

Ahora bien, contempla el norma objeto de estudio que a partir del año 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, sin que en ningún caso el valor total de la pensión pueda ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Tenemos entonces que el mínimo de semanas requeridas a los que alude la norma en cita corresponde a 1.300, por ende, el demandante cuenta con 227 semanas adicionales, es decir que le corresponde un porcentaje adicional de 1.5% del ingreso base de liquidación en relación a cada 50 semanas adicionales.

Por lo planteado precedentemente, válidamente podemos efectuar la siguiente formulación:

Semanas adicionales = (1527 - 1300 = 227 227/50 = 4 x 1.5%= 6 %).

En consecuencia, se tiene que el actor cuenta con 227 semanas adicionales de cotización, esto es, 4 puntos sobre los cuales aplicar el 1.5% de porcentaje adicional, para un total de 6% de incremento sobre el porcentaje atrás calculado.

Efectuada entonces la sumatoria de r (61.55) más el porcentaje resultante de las semanas adicionales (6%), tenemos una tasa de reemplazo equivalente a 67.55%, sin embargo, como la a quo determinó que el porcentaje es del 68%, habrá de modificarse la decisión de instancia en punto a la tasa de reemplazo que genera el monto de la primera mesada pensional.

Adicionalmente, se debe resaltar que sobre la manera de liquidar la prestación de vejez bajo los parámetros expuestos en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL3785 de 2019, enseñó cómo se debe proceder a efectuar el cálculo de tasa de reemplazo, así:

> *"En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en $4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009,*

correspondiente a $497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio"

De suerte que, una vez realizadas las operaciones aritméticas del caso, constata la Corporación que el monto correspondiente a la mesada pensional con el IBL de $6.937.793, al aplicársele el 67.55 % de tasa de reemplazo arroja una mesada inicial de **$4.686.479,17** para el año 2020.

Ahora, para efecto del disfrute y el retroactivo, como COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción, hay lugar a estudiar dicho medio exceptivo, tal como lo establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que dispone el término de tres años contados a partir de que la obligación se hizo exigible, la que se puede interrumpir presentando la reclamación por escrito.

En el sub examine, la obligación de solicitar la pensión se hizo exigible una vez acreditó el requisito de la edad mínima, esto es, 20 de enero de 2020, presentando la solicitud de vejez el 18 de febrero de 2020, negada a través de resolución SUB94939 del 20 de abril de 2020 (Fols. 43 a 45 Archivo No 001), sobre la cual interpuso recurso de apelación, suspendiendo el término prescriptivo hasta agotar la vía gubernativa, lo cual aconteció tras la expedición de la resolución DPE9130 del 02 de julio de 2020, notificada el 21 de julio de 2020 (Fol. 64 Archivo No 001). Desde tal data podía acudir a la jurisdicción y hasta el 21 de julio de 2023 a efecto de que no le prescribiera ninguna mesada pensional, acudiendo a la vía judicial el 10 de diciembre de 2020 (Fol. 1 y 2 Archivo 000- Generación demanda), con lo cual, ninguna mesada se encuentra afecta por la prescripción, tal como acertadamente lo determinó la a quo.

Ello así, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia y una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena correspondiente a las mesadas causadas entre el 20 de enero de 2020 al 31 de octubre de 2021, se obtiene la suma de $105.575.441, y a partir del 01 de noviembre de 2021 Colpensiones deberá cancelar una mesada pensional de $4.761.931, la cual se incrementará anualmente conforme con el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y sobre 13 mesadas pensionales, según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	**IPC**	**# mesadas**	**Valor pension**	**Total Retroactivo**
2020	1,61%	12,3666667	$ 4.686.479	$ 57.956.126
2021		10	$ 4.761.931	$ 47.619.315
			TOTAL	**$ 105.575.441**

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: "*fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron*", y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: "*están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior.*"

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9° de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013).

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

> *"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:*
>
> > *Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.*
>
> *Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".*

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió COLPENSIONES a negar la pensión solicitada, bajo el argumento de la incompatibilidad pensional, desconociendo que la Sala de Casación Laboral, ya desde el año 2008 viene sosteniendo que tal incompatibilidad no se presenta (Radicación No 28164 del 19 de junio de 2008, y radicado No 40848 del 6 de diciembre de 2011), y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se presentó el 18 de febrero de 2020, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 18 de junio de 2020 para reconocer el derecho reclamado, pero como no lo hizo habría lugar a los intereses moratorios desde el 18 de junio de 2020, tal como lo determinó acertadamente la juez de primer grado.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificatoria de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por cuanto la decisión se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta, a pesar de la alzada propuesta por COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

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 SEGUNDO y CUARTO** de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2021 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

> ***"SEGUNDO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor ALBERTO ANCIZAR AGUDELO BOHORQUEZ, el valor de* ***$105.575.441,*** *por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas desde el 20 de enero de 2020 hasta el 31 de octubre de 2021. A partir del 01 de noviembre de 2021, se seguirá reconociendo la pensión en cuantía de* ***$4.761.931,*** *con 13 mesadas pensionales, y en lo sucesivo con los reajustes de ley a que alude el artículo 14 de la ley 100 de 1993. Autorizando a COLPENSIONES a que realice los descuentos al sistema general de seguridad social en salud.*
>
> ***"CUARTO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor ALBERTO ANCIZAR AGUDELO BOHORQUEZ, la pensión de vejez a partir del 20 de enero de 2020 teniendo como valor de la mesada pensional* ***$4.686.479*** *para el año 2020 y* ***$4.761.931*** *para el año 2021".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS 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-*

CALCULO IBL 10 AÑOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DIAS	**3600**
F. FINAL	31-dic-21		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-ene-67	31-ene-67					2019	103,80	1966	0,09
1-nov-07	30-nov-07	$ 3.891.000	8	$ 6.585.294	$ 14.634	2019	103,80	2006	61,33
1-dic-07	31-dic-07	$ 3.537.000	30	$ 5.986.170	$ 49.885	2019	103,80	2006	61,33
1-ene-08	31-ene-08	$ 3.738.000	30	$ 5.985.533	$ 49.879	2019	103,80	2007	64,82
1-feb-08	29-feb-08	$ 4.141.000	30	$ 6.630.843	$ 55.257	2019	103,80	2007	64,82
1-mar-08	31-mar-08	$ 4.141.000	30	$ 6.630.843	$ 55.257	2019	103,80	2007	64,82
1-abr-08	30-abr-08	$ 4.141.000	30	$ 6.630.843	$ 55.257	2019	103,80	2007	64,82
1-may-08	31-may-08	$ 4.555.000	30	$ 7.293.767	$ 60.781	2019	103,80	2007	64,82
1-jun-08	30-jun-08	$ 4.141.000	30	$ 6.630.843	$ 55.257	2019	103,80	2007	64,82
1-jul-08	31-jul-08	$ 4.141.000	30	$ 6.630.843	$ 55.257	2019	103,80	2007	64,82
1-ago-08	31-ago-08	$ 4.141.000	30	$ 6.630.843	$ 55.257	2019	103,80	2007	64,82
1-sep-08	30-sep-08	$ 4.141.000	30	$ 6.630.843	$ 55.257	2019	103,80	2007	64,82
1-oct-08	31-oct-08	$ 4.141.000	30	$ 6.630.843	$ 55.257	2019	103,80	2007	64,82
1-nov-08	30-nov-08	$ 4.555.000	30	$ 7.293.767	$ 60.781	2019	103,80	2007	64,82
1-dic-08	31-dic-08	$ 4.141.000	30	$ 6.630.843	$ 55.257	2019	103,80	2007	64,82
1-ene-09	31-ene-09	$ 4.460.000	30	$ 6.632.609	$ 55.272	2019	103,80	2008	69,80
1-feb-09	28-feb-09	$ 4.460.000	30	$ 6.632.609	$ 55.272	2019	103,80	2008	69,80

1-mar-09	31-mar-09	$ 4.460.000	30	$ 6.632.609	$ 55.272	2019	103,80	2008	69,80
1-abr-09	30-abr-09	$ 4.460.000	30	$ 6.632.609	$ 55.272	2019	103,80	2008	69,80
1-may-09	31-may-09	$ 4.906.000	30	$ 7.295.870	$ 60.799	2019	103,80	2008	69,80
1-jun-09	30-jun-09	$ 4.460.000	30	$ 6.632.609	$ 55.272	2019	103,80	2008	69,80
1-jul-09	31-jul-09	$ 4.460.000	30	$ 6.632.609	$ 55.272	2019	103,80	2008	69,80
1-ago-09	31-ago-09	$ 4.460.000	30	$ 6.632.609	$ 55.272	2019	103,80	2008	69,80
1-sep-09	30-sep-09	$ 4.460.000	30	$ 6.632.609	$ 55.272	2019	103,80	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	$ 4.460.000	30	$ 6.632.609	$ 55.272	2019	103,80	2008	69,80
1-nov-09	30-nov-09	$ 4.906.000	30	$ 7.295.870	$ 60.799	2019	103,80	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	$ 4.460.000	30	$ 6.632.609	$ 55.272	2019	103,80	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	$ 4.629.000	30	$ 6.748.835	$ 56.240	2019	103,80	2009	71,20
1-feb-10	28-feb-10	$ 4.629.000	30	$ 6.748.835	$ 56.240	2019	103,80	2009	71,20
1-mar-10	31-mar-10	$ 4.629.000	30	$ 6.748.835	$ 56.240	2019	103,80	2009	71,20
1-abr-10	30-abr-10	$ 4.629.000	30	$ 6.748.835	$ 56.240	2019	103,80	2009	71,20
1-may-10	31-may-10	$ 5.092.000	30	$ 7.423.865	$ 61.866	2019	103,80	2009	71,20
1-jun-10	30-jun-10	$ 4.629.000	30	$ 6.748.835	$ 56.240	2019	103,80	2009	71,20
1-jul-10	31-jul-10	$ 4.629.000	30	$ 6.748.835	$ 56.240	2019	103,80	2009	71,20
1-ago-10	31-ago-10	$ 4.629.000	30	$ 6.748.835	$ 56.240	2019	103,80	2009	71,20
1-sep-10	30-sep-10	$ 4.629.000	30	$ 6.748.835	$ 56.240	2019	103,80	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	$ 4.629.000	30	$ 6.748.835	$ 56.240	2019	103,80	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	$ 5.092.000	30	$ 7.423.865	$ 61.866	2019	103,80	2009	71,20

1-dic-10	31-dic-10	$ 4.629.000	30	$ 6.748.835	$ 56.240	2019	103,80	2009	71,20
1-ene-11	31-ene-11	$ 4.787.000	30	$ 6.764.668	$ 56.372	2019	103,80	2010	73,45
1-feb-11	28-feb-11	$ 4.787.000	30	$ 6.764.668	$ 56.372	2019	103,80	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	$ 4.787.000	30	$ 6.764.668	$ 56.372	2019	103,80	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	$ 4.787.000	30	$ 6.764.668	$ 56.372	2019	103,80	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	$ 5.266.000	30	$ 7.441.559	$ 62.013	2019	103,80	2010	73,45
1-jun-11	30-jun-11	$ 4.787.000	30	$ 6.764.668	$ 56.372	2019	103,80	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	$ 4.787.000	30	$ 6.764.668	$ 56.372	2019	103,80	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	$ 4.787.000	30	$ 6.764.668	$ 56.372	2019	103,80	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	$ 4.787.000	30	$ 6.764.668	$ 56.372	2019	103,80	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	$ 4.787.000	30	$ 6.764.668	$ 56.372	2019	103,80	2010	73,45
1-nov-11	30-nov-11	$ 5.266.000	30	$ 7.441.559	$ 62.013	2019	103,80	2010	73,45
1-dic-11	31-dic-11	$ 4.787.000	30	$ 6.764.668	$ 56.372	2019	103,80	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	$ 5.026.000	30	$ 6.847.186	$ 57.060	2019	103,80	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	$ 5.026.000	30	$ 6.847.186	$ 57.060	2019	103,80	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	$ 5.026.000	30	$ 6.847.186	$ 57.060	2019	103,80	2011	76,19
1-abr-12	30-abr-12	$ 5.026.000	30	$ 6.847.186	$ 57.060	2019	103,80	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	$ 5.529.000	30	$ 7.532.450	$ 62.770	2019	103,80	2011	76,19
1-jun-12	30-jun-12	$ 5.026.000	30	$ 6.847.186	$ 57.060	2019	103,80	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12	$ 5.026.000	30	$ 6.847.186	$ 57.060	2019	103,80	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12	$ 5.026.000	30	$ 6.847.186	$ 57.060	2019	103,80	2011	76,19

1-sep-12	30-sep-12	$ 5.026.000	30	$ 6.847.186	$ 57.060	2019	103,80	2011	76,19
1-oct-12	31-oct-12	$ 5.026.000	30	$ 6.847.186	$ 57.060	2019	103,80	2011	76,19
1-nov-12	30-nov-12	$ 5.529.000	30	$ 7.532.450	$ 62.770	2019	103,80	2011	76,19
1-dic-12	31-dic-12	$ 5.026.000	30	$ 6.847.186	$ 57.060	2019	103,80	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	$ 5.227.000	30	$ 6.951.721	$ 57.931	2019	103,80	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	$ 5.227.000	30	$ 6.951.721	$ 57.931	2019	103,80	2012	78,05
1-mar-13	31-mar-13	$ 5.227.000	30	$ 6.951.721	$ 57.931	2019	103,80	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	$ 5.227.000	30	$ 6.951.721	$ 57.931	2019	103,80	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	$ 5.750.000	30	$ 7.647.292	$ 63.727	2019	103,80	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	$ 5.227.000	30	$ 6.951.721	$ 57.931	2019	103,80	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	$ 5.227.000	30	$ 6.951.721	$ 57.931	2019	103,80	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	$ 5.227.000	30	$ 6.951.721	$ 57.931	2019	103,80	2012	78,05
1-sep-13	30-sep-13	$ 5.227.000	30	$ 6.951.721	$ 57.931	2019	103,80	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	$ 5.227.000	30	$ 6.951.721	$ 57.931	2019	103,80	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	$ 5.750.000	30	$ 7.647.292	$ 63.727	2019	103,80	2012	78,05
1-dic-13	31-dic-13	$ 5.541.375	30	$ 7.369.828	$ 61.415	2019	103,80	2012	78,05
1-ene-14	31-ene-14	$ 5.436.000	30	$ 7.092.248	$ 59.102	2019	103,80	2013	79,56
1-feb-14	28-feb-14	$ 5.436.000	30	$ 7.092.248	$ 59.102	2019	103,80	2013	79,56
1-mar-14	31-mar-14	$ 5.436.000	30	$ 7.092.248	$ 59.102	2019	103,80	2013	79,56
1-abr-14	30-abr-14	$ 5.436.000	30	$ 7.092.248	$ 59.102	2019	103,80	2013	79,56
1-may-14	31-may-14	$ 5.980.000	30	$ 7.801.995	$ 65.017	2019	103,80	2013	79,56

1-jun-14	30-jun-14	$ 5.436.000	30	$ 7.092.248	$ 59.102	2019	103,80	2013	79,56
1-jul-14	31-jul-14	$ 5.436.000	30	$ 7.092.248	$ 59.102	2019	103,80	2013	79,56
1-ago-14	31-ago-14	$ 5.436.000	30	$ 7.092.248	$ 59.102	2019	103,80	2013	79,56
1-sep-14	30-sep-14	$ 5.436.000	30	$ 7.092.248	$ 59.102	2019	103,80	2013	79,56
1-oct-14	31-oct-14	$ 5.436.000	30	$ 7.092.248	$ 59.102	2019	103,80	2013	79,56
1-nov-14	30-nov-14	$ 5.980.000	30	$ 7.801.995	$ 65.017	2019	103,80	2013	79,56
1-dic-14	31-dic-14	$ 5.436.000	30	$ 7.092.248	$ 59.102	2019	103,80	2013	79,56
1-ene-15	31-ene-15	$ 5.653.000	30	$ 7.115.116	$ 59.293	2019	103,80	2014	82,47
1-feb-15	28-feb-15	$ 5.653.000	30	$ 7.115.116	$ 59.293	2019	103,80	2014	82,47
1-mar-15	31-mar-15	$ 5.653.000	30	$ 7.115.116	$ 59.293	2019	103,80	2014	82,47
1-abr-15	30-abr-15	$ 5.653.000	30	$ 7.115.116	$ 59.293	2019	103,80	2014	82,47
1-may-15	31-may-15	$ 6.218.000	30	$ 7.826.250	$ 65.219	2019	103,80	2014	82,47
1-jun-15	30-jun-15	$ 6.543.000	30	$ 8.235.309	$ 68.628	2019	103,80	2014	82,47
1-jul-15	31-jul-15	$ 5.653.000	30	$ 7.115.116	$ 59.293	2019	103,80	2014	82,47
1-ago-15	31-ago-15	$ 5.653.000	30	$ 7.115.116	$ 59.293	2019	103,80	2014	82,47
1-sep-15	30-sep-15	$ 5.653.000	30	$ 7.115.116	$ 59.293	2019	103,80	2014	82,47
1-oct-15	31-oct-15	$ 5.653.000	30	$ 7.115.116	$ 59.293	2019	103,80	2014	82,47
1-nov-15	30-nov-15	$ 6.297.350	30	$ 7.926.124	$ 66.051	2019	103,80	2014	82,47
1-dic-15	31-dic-15	$ 6.218.000	30	$ 7.826.250	$ 65.219	2019	103,80	2014	82,47
1-ene-16	31-ene-16	$ 6.006.000	30	$ 7.080.155	$ 59.001	2019	103,80	2015	88,05
1-feb-16	29-feb-16	$ 6.006.000	30	$ 7.080.155	$ 59.001	2019	103,80	2015	88,05

1-mar-16	31-mar-16	$ 6.006.000	30	$ 7.080.155	$ 59.001	2019	103,80	2015	88,05
1-abr-16	30-abr-16	$ 6.006.000	30	$ 7.080.155	$ 59.001	2019	103,80	2015	88,05
1-may-16	31-may-16	$ 6.607.000	30	$ 7.788.643	$ 64.905	2019	103,80	2015	88,05
1-jun-16	30-jun-16	$ 6.006.000	30	$ 7.080.155	$ 59.001	2019	103,80	2015	88,05
1-jul-16	31-jul-16	$ 6.006.000	30	$ 7.080.155	$ 59.001	2019	103,80	2015	88,05
1-ago-16	31-ago-16	$ 6.006.000	30	$ 7.080.155	$ 59.001	2019	103,80	2015	88,05
1-sep-16	30-sep-16	$ 6.006.000	30	$ 7.080.155	$ 59.001	2019	103,80	2015	88,05
1-oct-16	31-oct-16	$ 6.607.000	30	$ 7.788.643	$ 64.905	2019	103,80	2015	88,05
1-nov-16	30-nov-16	$ 6.006.000	30	$ 7.080.155	$ 59.001	2019	103,80	2015	88,05
1-dic-16	31-dic-16	$ 6.006.000	30	$ 7.080.155	$ 59.001	2019	103,80	2015	88,05
1-ene-17	31-ene-17	$ 6.381.000	30	$ 7.113.388	$ 59.278	2019	103,80	2016	93,11
1-feb-17	28-feb-17	$ 6.381.000	30	$ 7.113.388	$ 59.278	2019	103,80	2016	93,11
1-mar-17	31-mar-17	$ 6.381.000	30	$ 7.113.388	$ 59.278	2019	103,80	2016	93,11
1-abr-17	30-abr-17	$ 6.381.000	30	$ 7.113.388	$ 59.278	2019	103,80	2016	93,11
1-may-17	31-may-17	$ 7.019.100	30	$ 7.824.726	$ 65.206	2019	103,80	2016	93,11
1-jun-17	30-jun-17	$ 6.859.575	30	$ 7.646.892	$ 63.724	2019	103,80	2016	93,11
1-jul-17	31-jul-17	$ 6.381.000	30	$ 7.113.388	$ 59.278	2019	103,80	2016	93,11
1-ago-17	31-ago-17	$ 6.381.000	30	$ 7.113.388	$ 59.278	2019	103,80	2016	93,11
1-sep-17	30-sep-17	$ 6.381.000	30	$ 7.113.388	$ 59.278	2019	103,80	2016	93,11
1-oct-17	31-oct-17	$ 7.019.100	30	$ 7.824.726	$ 65.206	2019	103,80	2016	93,11
1-nov-17	30-nov-17	$ 4.679.400	22	$ 5.216.484	$ 31.879	2019	103,80	2016	93,11

TOTAL DIAS	3600
	514,2
TOTAL SEMANAS	9

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	$ 7.009.157,66
SEMANAS COTIZADAS	514
PENSION A RECONOCER	$ 0,00
PORCENTAJE APLICADO	0%
PENSION RECONOCIDA	0
DIFERENCIA	$ 0,00

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***INGRID BUNCH LOPEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES.***
RADICACIÓN:	***110013105-024-2019-00270-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CÓNYUGE DE AFILIADO.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. HERNAN FELIPE JIMENEZ SALGADO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora INGRID BUNCH LOPEZ a través de mandataria judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, y en consecuencia, se condene a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión se sobrevivientes en su calidad de cónyuge supérstite de JUAN MANUEL RAMOS (QEPD), a partir del 08 de marzo de 1995, el retroactivo, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que contrajo matrimonio el 15 de marzo de 1991 con el señor Juan Manuel Ramos y de dicha unión procrearon una hija cuyo nombre corresponde a Ingrid Sofía Ramos Brunch; que por problemas de alcoholismo del señor Juan Manuel Ramos, deciden realizar separación de bienes en el año de 1992 con el fin de proteger los bienes adquiridos, pero jamás se rompió su vínculo matrimonial, continuando su relación y convivencia; que el señor Juan Manuel Ramos, falleció el 08 de marzo de 1995; que Juan Manuel Ramos cotizó al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde septiembre de 1985 hasta marzo de 1995; que el 21 de marzo de 2017 presentó reclamación ante COLPENSIONES con el fin de obtener la pensión de sobrevivientes, pero le fue negada a través de resolución SUB70506

del 19 de mayo de 2017, bajo el argumento de no acreditar la densidad mínima de semanas; que el 14 de junio de 2017 presenta una nueva solicitud, pero se negó a través de resolución SUB133511 del 24 de julio de 2017, por no acreditar los 2 años de convivencia con el causante antes del fallecimiento; que presentó recurso de reposición y apelación, siendo resuelto el primero a través de resolución SUB168835 del 23 de agosto de 2017, y el segundo a través de resolución DIR15077 del 8 de septiembre de 2017, con la cual se confirmó la negativa pensional; que el 21 de diciembre de 2017 presentó reclamación administrativa, pero le fue negada a través de resolución SUB3675 del 10 de enero de 2018, ante la cual presentó recurso de reposición y apelación, desatado el primero a través de resolución SUB86322 del 2 de abril de 2018, y el segundo mediante resolución DIR7084 del 12 de abril de 2018, con la que se confirmó la negativa al reconocimiento pensional. (Fols. 82 a 89)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 93); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones: COLPENSIONES, se opone a todas las pretensiones invocadas con sustento en que de conformidad con la investigación administrativa no se demuestra los extremos temporales de la supuesta convivencia, no logrando acreditar la actora la calidad de beneficiaria. Como excepciones de mérito rotuló las de buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, y la innominada o genérica (Fols. 95 a 102).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 01 de julio de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a Ingrid Bunch López, la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su cónyuge Juan Manuel Ramos a partir del 21 de marzo de 2014, en cuantía de $616.000, sobre 14 mesadas anuales, con los respectivos reajustes legales junto con el retroactivo desde dicha calenda hasta que se produzca la inclusión en nómina debidamente indexados, autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos de ley en salud; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2014. Finalmente se abstuvo de condenar en costas (fls. 132 y 133 con CD de la audiencia).

Entrando en materia frente al reconocimiento pensional, hizo alusión a que de conformidad con el criterio jurisprudencial, la pensión de sobrevivientes debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Juan Manuel Ramos falleció el 08 de marzo de 1995, le resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, cuyas exigencias pasó a verificarlas en el sub examine, encontrando que para la fecha de fallecimiento del causante, no se encontraba cotizando, razón por la que debía cumplir 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, el cual no acredita, pues solo registra cotizaciones hasta el 08 de octubre de 1993, debiendo entonces explorarse si acredita los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 en virtud de la condición más beneficiosa.

Manifestó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras la SL1938 de 2020, y SL060 de 2021, debía acreditar en virtud del Acuerdo 049 de 1990, 300 semanas en cualquier tiempo, o 150 semanas en los últimos 6 años anteriores al fallecimiento y a la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, y en el caso concreto, no cuenta con las 300 semanas, ya que solo acredita en

total 211.71 semanas entre el 01 de septiembre de 1985 y el 08 de octubre de 1993; no obstante lo anterior, sí logra acreditar las 150, pues entre el 01 de abril de 1994 y el 01 de abril de 1988 cuenta con 185.57 semanas, y entre el 08 de marzo de 1985 hasta el 08 de marzo de 1989 cuenta con las mismas 185.57 semanas, dejando causada la prestación.

En cuanto a los beneficiarios, adujo que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, puede acceder a la prestación la cónyuge o compañera permanente del afiliado, siempre que acredite una convivencia mínima de 2 años anteriores al fallecimiento, salvo que haya procreado uno o más hijos con el fallecido, pero para esto último se requiere que el hijo haya nacido en los 2 años anteriores al fallecimiento, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4320 de 2020, y en el sub examine la hija nació el 29 de diciembre de 1991, por lo que debe la actora acreditar la convivencia por el lapso de 2 años.

En orden a resolver, después de haber realizado las consideraciones frente al concepto de convivencia, le dio la razón a la parte activa, en tanto que entre la demandante y el señor Juan Manuel Ramos se logró acreditar la convivencia desde el 15 de marzo de 1991 al 8 de marzo de 1995, y ello lo extrajo de la testifical de Andrés Augusto Bunch López, Beatriz Agudelo Valencia, Álvaro Cárdenas Rodríguez y María Yaqueline Tabares Tabares, quienes conocían a la pareja, y tenían conocimiento de que siempre estuvieron juntos, y que si bien, la demandante el último antes de fallecer el señor Juan Manuel Ramos se encontraba en casa de habitación de su madre, ello no desvirtúa la convivencia, dado que era entendible que por el problema de drogas del causante y los maltratos recibidos haya estado para ese momento donde su madre, pero en modo alguno rompe la convivencia de la pareja, o en otros términos no desapareció la comunidad de vida, ello teniendo en cuenta que los testigos dieron cuenta que siempre los veían juntos, se colaboraban económicamente, y los veían en eventos familiares.

Conforme a lo anterior, concluyó que existe certeza del vínculo que unió a la pareja en calidad de cónyuges por espacio aproximado de más de 2 años, desde el 15 de marzo de 1991 hasta el 08 de marzo de 1995, fecha de fallecimiento del causante, y que la parte pasiva no desvirtuó ese interregno temporal acreditado por la actora.

Así las cosas, procedió a ordenar que COLPENSIONES reconozca la pensión de sobrevivientes en cuantía de un salario mínimo legal mensual, y sobre 14 mesadas pensionales por haberse causado la prestación con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, junto con la indexación por efecto de la pérdida del valor adquisitivo, y con los respectivos descuentos al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2014, por cuanto el fallecimiento del causante fue el 08 de marzo de 1995, la reclamación se presentó el 21 de marzo de 2017 y la demanda se presentó el 12 de abril de 2019, es decir, transcurrió más del término trienal, entre la exigibilidad del derecho y la reclamación del derecho, por ende, hay lugar a la prosperidad parcial de este medio exceptivo.

5. Impugnación y límites del ad quem. La alzada fue presentada por COLPENSIONES, quien manifestó que la parte demandante no demostró la vida en común requerida para configurar el derecho reclamado, aunado a que las pruebas

son las mismas que se tienen con la investigación administrativa, por lo que no se logra acreditar la convivencia exigida.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que si bien el causante contaba con una expectativa legitima al haber cotizado más de 150 semanas de que trata el Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que la actora no acredita el requisito de la convivencia tal como se constata de la investigación administrativa realizada por COLPENSIONES.

6.2 Demandante.: Peticiona que se confirme el reconocimiento pensional en favor de la actora, ya que se cumplen los presupuestos para la aplicación de la condición más beneficiosa, y además se logró probar con suficiencia la convivencia con el causante.

7. 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 estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La señora INGRID BUNCH LOPEZ reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor JUAN MANUEL RAMOS (QEPD)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo, y la indexación?

Fallecimiento

El señor Juan Manuel Ramos (Q.E.P.D) falleció el 08 de marzo de 1995, según registro civil de defunción obrante a folio 17.

Normatividad aplicable

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

Ello así, al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su tenor original, pues el causante falleció el 08 de marzo de 1995.

Normativa que dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido siempre que éste hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas en cualquier tiempo si estaba cotizando activamente al momento de la muerte; o hubiere aportado veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, de no estar cotizando activamente.

Revisada la historia laboral del causante, advierte la Sala que, para el 08 de marzo de 1995, se reporta activo no cotizante, dado que la última cotización fue hasta el 08 de octubre de 1993 y, por ende, debía cumplir con veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, el cual no acredita.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha ocupado de analizar las pensiones de sobrevivientes a la luz del principio de la condición más beneficiosa, adoctrinando que cuando un afiliado al ISS, tenga aportes antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, y fallece en vigencia del artículo 46 de esta normativa, sin duda alguna, acorde con dicho principio, sus causahabientes no pierden el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes conforme a lo previsto por los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990[1].

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL11548 de 2015, que rememoró la de radicado No 29042 del 26 de diciembre de 2006, tiene dicho que:

> *"En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.*
>
> *Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez –y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha pero contabilizando ese tiempo desde el 1º de abril de 1994 hacía atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento".*

Descendiendo al sub examine, al revisar el historial de cotizaciones, no es objeto de censura, y así lo aceptó COLPENSIONES en los diferentes actos administrativos denegatorios de la pensión reclamada, que el afiliado fallecido había reunido un total de 211 semanas cotizadas entre el 01 de septiembre de 1985 y el 8 de octubre de 1993, de las cuales 185.7 corresponden a los 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 – comprendidos entre el 1 de abril de 1988 y el 1 de abril de 1994 -, mientras que las mismas 185.7 corresponden a los 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de su fallecimiento – comprendidos entre el 08 de marzo de 1989 y el 08 de marzo de 1995-.

Conforme con lo anterior, es claro que el señor Juan Manuel Ramos (Q.E.P.D) dejó causado la pensión de sobrevivientes.

Requisitos de la pensión de sobrevivientes cónyuge de afiliado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, acredite

[1] Sentencia de fecha 14 de julio de 2005, radicación 25090

la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de dos (2) años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho, salvo que haya procreado uno o más hijos con el fallecido.

Sobre esto último aspecto, como excepción a la regla general de demostrar la convivencia, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, de antaño, y en las sentencias a que hizo referencia la a quo, así como en sentencia SL6286 de 2017, ha sostenido que la circunstancia de haber procreado hijos no sustituye el requisito de la convivencia, si los mismos no nacieron dentro de los dos años anteriores al fallecimiento.

En lo que nos interesa, dice la Corte:

> *"se impone a la Sala rememorar sus enseñanzas en torno a que la exigencia de la convivencia no se suple con la procreación de uno o más hijos en cualquier tiempo, sino, según lo señalado en la letra a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, debe ser dentro de los dos años anteriores al fallecimiento del pensionado o del afiliado que estaba a las puertas de alcanzar el estatus de jubilado (sentencias del 22 de noviembre de 2006, radicación 26566, 19 de septiembre de 2007, radicación 31586, 16 de diciembre de 2008, radicación 33003 y 12 de agosto de 2009, radicación 36579).*

En el sub examine, constata la Sala que Ingrid Sofía Ramos Bunch, hija de la demandante y el ahora fallecido, nació el 29 de diciembre de 1991 (Fol. 21 registro civil de nacimiento), esto es, por fuera de los dos años antes anteriores al fallecimiento (08 de marzo de 1995), por lo que, le compete a la actora demostrar la convivencia, aspecto que se estudiara seguidamente.

1) Calidad de cónyuge

En el sub lite, tal calidad se encuentra acreditada con el registro civil de matrimonio que descansa a folio 20, en la que se establece que contrajeron matrimonio el 15 de marzo de 1991, sin reportarse ninguna nota marginal, aunado a que, el eje total de discusión es el lapso que convivieron en calidad de cónyuges, aspecto que se dilucidará más adelante.

2) Convivencia

Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Ingrid Bunch López, en calidad de cónyuge supérstite a reclamar la pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES, dicha entidad mediante diferentes actos administrativos, en especial en la resolución SUB13311 del 24 de julio de 2017, y SUB168835 del 23 de agosto de 2017, le comunica que "*no es posible inferir el tiempo de convivencia con el causante, razón por la cual se solicitó una investigación administrativa con fecha de finalización 4 de julio de 2017, a través de la cual, a pesar de haberse efectuado entrevista, tampoco fue posible determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar de la convivencia, dado que no fue posible realizar labor de campo en el sitio donde se dio la relación de convivencia entre los*

implicados y las personas que los conocieron unos han fallecido y otros han cambiado de residencia y adicional a ello y de mayor importancia la interesada no aporta información específica de la dirección donde se dio la convivencia entre los cónyuges que permita esclarecer el tiempo de convivencia efectiva" (Fols. 38).

En ese orden, resta para la Sala verificar el cumplimiento de la convivencia de la reclamante Ingrid Bunch López como a continuación se detallará.

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adoctrina que en todos los eventos, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

> *"…mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.*
>
> *Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."*

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 15 de marzo de 1991, y se mantuvo hasta el óbito del señor Juan Manuel Ramos (08/03/1995), y para ello trae al cartulario declaraciones extra juicio de María Yaqueline Tabarares Tabares, Andrés Augusto Bunch López, y Álvaro Cárdenas Rodríguez, quienes declararon que *"Conocí a JUAN MANUEL RAMOS en vida, que convivió con INGRID BUNCH LOPEZ desde su matrimonio en el año 1991, que vivieron desde el año 1992 en el barrio Fontana de Suba, tuvieron una hija que se llama INGRID SOFIA RAMOS BUNCH, que al momento de su muerte de su padre en el año 1995, tenía 4 años, y que JUAN MANUEL RAMOS E INGRID convivían juntos al momento de su muerte de manera natural, compartiendo techo, lecho y cama al momento de su fallecimiento"* (Fol. 77 a 79); y de igual manera, los mismo fueron traídos al diligenciamiento como testificales, con el cual pretende configurar el derecho reclamado.

Entre tanto la parte antagonista y apelante sostiene que no se encuentra acreditada la vida en común de la reclamante y el óbito, y además que no se allegó prueba adicional a la misma que fue recaudada en la investigación administrativa,

aseverando que la prueba testimonial aquí recabada no es suficiente para la acreditación de la convivencia deprecada.

Puestas así las cosas, lo primero que colige la Sala es que, se equivoca el recurrente en pretender que el Juez deba llegar a la misma conclusión de la investigación administrativa (Fols. 65 a 76), pues a pesar de que en tal investigación se allegaron las declaraciones extra juicio de María Yaqueline Tabarares Tabares y Andrés Augusto Bunch López, y el investigador además pudo "dialogar" con ellos, quienes "corroboraron la información aportada en la notaria", concluyó de manera equivoca que no se logró demostrar la convivencia, y peor aún menciona la investigación que la convivencia exigida es de cinco años, cuando a la luz del artículo 47 de la ley 100 de 1993 en su versión original es de dos años, aspecto que denotan no solo imprecisión de tal investigación, sino también una conclusión errada y contradictoria.

Así las cosas, para efecto de verificar la convivencia "real y efectiva", se debe demostrar por la parte actora que lo expresado en el libelo genitor trascendió de la formalidad, es decir, que se constate que, durante ese lapso de tiempo, se haya mantenido vivo y actuante su vínculo, mediante el auxilio mutuo, entendido este como acompañamiento espiritual y moral permanente, apoyo económico y vida en común, lo que logra extraerse de las testificales, como a continuación se detalla.

El señor Andrés Augusto Bunch López hermano de la reclamante, manifestó que en efecto ellos convivieron desde el año 1991 hasta el año 1995 en el apartamento que adquirieron una vez contrajeron matrimonio y se fueron a vivir juntos, apartamento ubicado en Suba la Fontana, que de esa relación procrearon una hija; que si bien no eran muy cercanos, le consta la convivencia dado que compartían eventos de familia en casa de su madre, lugar donde los veía juntos en compañía de su hija; asimismo, relató que con ayuda de él y un pastor de una iglesia, le ayudaron a buscar trabajo al señor Juan Manuel Ramos, y era con ese sustento y con la venta de Brownie que sobrellevaban su economía familiar; que fue el quien le ayudó con la separación de bienes, en razón a que el de cujus tenía problemas de consumo, pero que ellos siempre convivieron juntos a pesar del maltrato que recibía su hermana, ello debido a que en dos o tres ocasiones "golpeo a mi hermana", y procedió a reclamarle, pero debido a su problema de consumo y el temor de agresión "decidí no meterme"; de igual manifestó que le consta que a pesar del maltrato convivieron juntos desde que contrajeron matrimonio hasta el fallecimiento del señor Juan Manuel Ramos, en razón a que su madre era de las que manifestaba que "el día que nos casábamos nos íbamos".

En relación con los deponentes Beatriz Agudelo Valencia, Álvaro Cárdenas Rodríguez y María Yaqueline Tabares, expresaron haber conocido a la pareja Ramos Bunch, dado la familiaridad o cercanía en su entorno familiar, ya que la primera es la cuñada como esposa del hermano de la reclamante y, los segundos como consortes conocidos de la mamá de la demandante y a la vez conocidos del anterior deponente, dichos que no fueron ni siquiera tachados por la contraparte, y además son coherentes en sus relatos, ya que manifiestan que conocían a la pareja Ramos Bunch, pues les consta que aquellos asistían a una iglesia en una o dos ocasiones en el mes, y siempre los veían juntos, y de igual manera, los veían en el apartamento de la mamá cuando aquella los invitaba ocasionalmente; asimismo, el señor Álvaro Cárdenas Rodríguez manifestó que como la iglesia que tenían a cargo no era tan grande, los veía como pareja con su niña, en eventos propios de la iglesia o en

basares, en la que también dio cuenta de que se dedicaban a la venta de Brownie, y que nunca supieron de separación alguna entre la pareja Ramos Bunch.

A juicio de la Sala tales dichos fueron espontáneos y no se aprecian contradicciones, al contrario, guardan plena coincidencia con lo expresado por la actora en el interrogatorio de parte, se itera, dan cuenta que, en efecto, la convivencia inicio aproximadamente en marzo de 1991 y se mantuvo hasta el 08 de marzo de 1995.

Aprecia la Sala que las testimoniales conducen a reconocer mérito de convicción, por ser congruente con las aserciones de la misma demandante, y porque tenían una relación cercana con la pareja, siendo claro para esta Colegiatura que tal relación de cercanía, implica que el análisis de sus declaraciones en el proceso se haga con mayor rigor, en términos del artículo 211 del CGP que enseña: "*El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* teniendo en cuenta las "*circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas*", y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica, aspectos que no se encuentra que el fallador de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorado la prueba testimonial en esta instancia, se llega a la misma conclusión de la cognoscente de instancia, sin que logre la parte demandada enervar la solidez, contundencia y espontaneidad en punto a la convivencia configurada con los dichos de las testigos traídas al diligenciamiento.

Finalmente, en cuanto a la manifestación realizada por la actora en el interrogatorio de parte relativa a que el último mes antes del fallecimiento de Juan Manuel Ramos (q.e.p.d) se encontraba en la casa de su mamá porque "peleamos", considera la Sala que ello no enerva ni da al traste con la convivencia sostenida desde el 15 de marzo de 1991, pues no puede desconocer la Judicatura que tal como lo mencionó su hermano y lo corroboran los demás testigos, la demandante era agredida por su esposo, y además aquel era "consumidor de droga", por lo que considerar que la separación de un mes conlleva a romper la convivencia sostenida desde que contrajeron matrimonio sería revictimizar a la demandante, quien a pesar de haber sufrido el maltrato mantuvo la vida en común con el de cujus.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2010/19, SL5169/19 y SL4771-2020, donde concluye que la finalidad de la pensión de sobrevivientes en el evento de cónyuges es de proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como así lo aquilató:

> *"En efecto, no es ajeno al conocimiento colectivo que la decisión de separarse de hecho del cónyuge, comúnmente proviene de problemas estructurales que aquejan la relación de pareja, que, debido al impacto emocional que aquellos generan en los consortes, terminan por convertirse en causas de distanciamiento.*
>
> *Cada una de esas situaciones, por supuesto, no pueden ser previstas por el legislador; y es precisamente, en ese contexto, en el que el juez entra a jugar su rol de intérprete de la norma a efectos de zanjar la necesidad de que el ordenamiento jurídico cubra esos escenarios. Así lo reconoció, por ejemplo, esta Corporación en un reciente pronunciamiento en el que explicó que la convivencia no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de la pareja y, en dicho caso, otorgó la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite del causante pese a no convivir con él, ni*

mantener lazos de afecto, pues determinó que la renuncia a la cohabitación estaba justificada por los malos tratos a que era sometida y obedecía al ejercicio legítimo de protección de sus derechos a la vida e integridad personal (CSJ SL2010-2019)".

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que INGRID BUNCH LOPEZ convivió en calidad de cónyuge supérstite con el óbito desde el 15 de marzo de 1991, y convivió con aquel por espació superior a los 2 años anteriores al deceso (08/03/1995).

Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, a partir del 08 de marzo de 1995, y en cuantía de un salario mínimo legal, pues así lo determinó la a quo, y aquello no fue punto de disenso por la parte actora, además que se aviene a los postulados de la anterior disposición normativa, al disponer que no puede existir pensión inferior al mínimo legal.

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que en efecto se encuentran afectadas con tal fenómeno jurídico algunas mesadas, dado que las mismas se causaron a partir del 08 de marzo de 1995; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción y el juez primigenio determinó que las mesadas anteriores al 21 de marzo de 2014 se encuentras prescritas, cumple relievar que, las mesadas se causaron a partir del 08 de marzo de 1995, data desde la cual se hizo exigible el derecho y en vista de que solo elevó solicitud pensional el **21 de marzo de 2017** (fol. 28), que fue resuelta a través de resolución SUB70506 del 19 de mayo de 2017 (fols. 28 a 29), sin que se haya interpuesto los recurso de ley, y como quiera que entre esta última resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 12 de abril de 2019 (fol. 80), no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohijar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas y exigibles con tres años de antelación a la solicitud, esto es, las con anterioridad al 21 de marzo de 2014, lo cual encuentra estribo en la sentencia SL 794 de 2013, tal como a bien lo consideró la a quo, debiéndose confirmar la decisión en este aspecto.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **$ 80.796.667**, correspondiente a las mesadas causadas entre 21 de marzo de 2014 y el 31 de octubre de 2021, y a partir del 1º de noviembre de 2021 COLPENSIONES deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a $908.526, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión, fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	**IPC**	**# mesadas**	**Valor pension (minima)**	**Total Retroactivo (mínimo)**
2014	3,66%	11,3333333	$ 616.000	$ 6.981.333
2015	6,77%	14	$ 644.350	$ 9.020.900
2016	5,75%	14	$ 689.454	$ 9.652.356
2017	4,09%	14	$ 737.717	$ 10.328.038

2018	3,18%	14	$ 781.242	$ 10.937.388
2019	3,80%	14	$ 828.116	$ 11.593.624
2020	1,61%	14	$ 877.803	$ 12.289.242
2021		11	$ 908.526	$ 9.993.786
			TOTAL	**$ 80.796.667**

Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de marzo de 2014, en estricto sentido se debería reconocer de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021), es decir, que se hace exigible en los primeros días del mes de abril; no obstante, como en el sub examine no es objeto de controversia ese aspecto, y la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la actualización de la condena atrás referida solo es comprende las mesadas que se generan entre la sentencia de primera instancia y la decisión aquí adoptada.

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que "*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*", en lo que al punto concluye:

> *"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".*

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente el juez de primer grado.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartiéndose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, ya que, pese a la formulación del recurso de apelación, la sentencia se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES. Las de primera instancia se confirman.

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

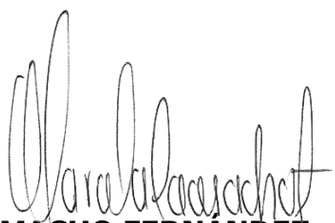
PRIMERO.: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 01 de julio de 2021 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

> *"**PRIMERO**: **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la señora INGRID BUNCH LÓPEZ, la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor JUAN MANUEL RAMOS (q.e.p.d), y la suma de **$80.796.667** como retroactivo pensional causado desde el 21 de marzo de 2014 hasta el 31 de octubre de 2021. A partir del 1º de noviembre de 2021, COLPENSIONES, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de $908.526, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.*
>
> ***Parágrafo:** COLPENSIONES deberá reconocer la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo atrás ordenado, y las que se sigan causando, indexación que correrá desde la causación de cada mesada hasta la fecha del pago efectivo de la obligación".*

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. De las de primera, se confirman.

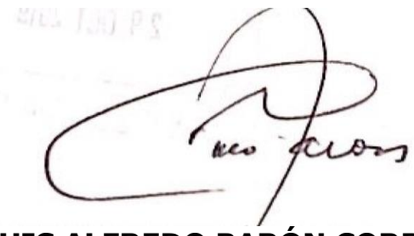
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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:	EDGAR ALBERTO RODRÍGUEZ TORO
Demandado:	CONEXIÓN MÓVIL S.A.S.
Radicado No.:	34-2018-00187-02
Tema:	GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Edgar Alberto Rodríguez Toro, instauró demanda ordinaria contra Conexión Móvil S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual finalizó por causa imputable al empleador. Como consecuencia de la anterior pretensión de orden declarativo, se disponga a su favor el pago de horas extras y recargos nocturnos trabajados dentro del periodo del 30 de mayo del 2014 al 29 de octubre del 2015, indemnización prevista en el artículo 64 del CST, sanción moratoria por no haberse cancelado trabajo suplementario y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se suscribió contrato individual de trabajo a término indefinido, para desempeñar el oficio de operador, devengando la suma de $1.121.000, relación laboral que se mantuvo desde el 7 de diciembre del 2012 al 29 de octubre del 2015, fecha en la que el empleador decidió dar por terminado de manera unilateral dicha vinculación. Refirió que la demandada procedió a citar a diligencia de descargos en esta última data, oportunidad en que se vulnera el debido proceso, en tanto que de conformidad con el artículo 29 del Constitución Política, está prohibida la autoincriminación, aspecto que ocurrió al admitir la falta cometida, misma que fue soporte de la determinación.

Esgrimió que la encartada realizó la liquidación de sus prestaciones sociales, sin embargo, no canceló lo correspondiente a trabajo suplementario desde el 30 de mayo del 2014 al 29 de octubre del 2015, concluyendo de todo lo anterior, que se ha visto perjudicado gravemente en su órbita personal, familiar y social, en tanto que quedó desempleado, sin mediar causa legal y los gastos de su núcleo familiar se vieron interrumpidos, "*acarreando traumatismo y aumento de necesidades básicas vitales sin suplir para toda su familia.*" (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420180018701 EDGAR A. RODRIGUEZ T. - CIA MULTNAL TRANSPORTE S.A., pág. 5 a 102).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que siempre pago en debida oportunidad horas extras y recargos causados por el trabajador, a más de que aquel nunca presentó reclamo por dichos conceptos y no existe supuesto fáctico que acredite el tiempo, modo y lugar del trabajo suplementario solicitada por el extrabajador. De otro lado, indicó que de forma unilateral y con justa causa dio por terminado el contrato individual de trabajo el 29 de octubre de 2015, además, que en diligencia de descargos el actor admitió la falta cometida, aceptando que la conducta fue errada. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420180018701 EDGAR A. RODRIGUEZ T. - CIA MULTNAL TRANSPORTE S.A., pág. 248 a 273).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de octubre del año 2020, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas al actor.

Para arribar a tal determinación, se propuso verificar si en la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas entre las partes existió un contrato de trabajo, si le fueron reconocidos y pagados los salarios causados con ocasión de las jornadas de trabajo en tiempo suplementario y de horas extras y si aquel fue terminado con o sin justa causa. Con tal propósito, luego de hacer alusión a lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del CST, así como a los medios de convicción allegados al plenario, señaló que se encontraba demostrada la relación laboral y sus extremos, además, porque así lo aceptó la accionada.

Tras lo anterior y previó a resolver los siguientes problemas jurídicos, se dispuso a resolver la excepción de prescripción que fue propuesta por la encartada, para lo cual hizo hincapié en el criterio acogido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como a lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la S.S., significando que el actor no elevó reclamación alguna tendiente a procurar el pago de trabajo suplementario que considera se causó entre el 30 de mayo del 2014 y 20 de octubre del 2015 y que la presente demanda fue radicada el 17 de abril del 2018, razón por la cual, concluyó que los recargos causados y no reclamado dentro de los tres años anteriores se encuentran prescritos.

Conforme a ello y en lo que hace al pago de trabajo suplementario, dijo que la Ley no permite hacer cálculos ni conjeturas para establecer número probable de horas que puedan considerarse laboradas por el trabajador, siendo su deber basar su solicitud en evidencias precisas e inequívocas que den cuenta el tiempo efectivamente laborado al servicio del empleador. De tal manera, señaló que, aunque el actor afirma que trabajó horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, lo cierto es que no lucieron demostradas, en tanto que en la demanda no se aportó medios de pruebas que permita soportar ese desempeño.

En lo atinente al pago de la indemnización por despido sin justa causa, adujo que la demandada notificó la decisión de dar por terminado el vínculo laboral, aduciendo justa causa sustentada en el encubrimiento al omitir el reporte de novedad del daño del vehículo asignado a él día 29 de octubre del 2015, constituyendo en una omisión que perjudica la prestación del servicio público esencial, pudiéndose generar incluso perjuicios a la empleadora. Aspectos que indicó se encuentran corroborados, en tanto que en diligencia de descargos el trabajador aceptó la comisión de los hechos endilgados, así mismo, fueron confesados en el interrogatorio de parte.

Expuso que de conformidad el acervo probatorio, el actor tenía conocimiento de las políticas de la compañía y aun así procedió en sentido contrario a los lineamientos dados, situación que reiteró fue aceptada por el actor, por manera que no era procedente acoger los pedimentos en la demanda, a más de que el debido proceso no se encuentra vulnerado, en tanto que fue surtido de manera preliminar una citación a diligencia de descargos a la que fuera convocado el demandante y en dicho procedimiento fue desplegado a favor del este el trámite reglamentado en el Reglamento Interno de Trabajo, pues se dio oportunidad de rendir su versión sobre los hechos endilgados, por lo que no hubo desconocimiento alguno a este derecho fundamental por parte de la convocada a juicio. (Expediente digital, audio 07. Audiencia PO 11001310503420180018700 Art 80 6 octubre 2020 (fl. 335)

4. Alegatos de conclusión.

4.1. Parte demandada. Alegó en su favor que en lo que hace del pago de horas extras y recargos nocturnos al observarse los desprendibles de nómina estos conceptos fueron cancelados, por lo que la pretensión resulta faltas de sustento, no solo fáctico y jurídico, sino que además probatorio, ya que, el trabajador tampoco demostró que hubiese realizado trabajo suplementario adicional. En lo atinente a la pretensión de indemnización por despido sin justa causa, adujo que el A quo, realizó correcta valoración fáctica, legal, jurisprudencial y probatoria, ya que, halló la justa causa invocada, esto es, el ocultamiento que realizó el colaborador respecto de no dar a conocer a la compañía el golpe generado al móvil B080 el día 29 de octubre de 2015.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- ✓ ¿El actor es acreedor al reconocimiento económico del trabajo suplementario, dominical y festivo y, por lo tanto, hay lugar también al pago de indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST?

- ✓ ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, cargo y salario devengado por la actora. Además, debe precisarse que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino, además, corroboradas con el contrato de trabajo a término indefinido para el cargo de operador (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420180018701 EDGAR A. RODRIGUEZ T. - CIA MULTNAL TRANSPORTE S.A., pág. 274 a 278), comunicación de terminación del contrato de trabajo (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420180018701 EDGAR A. RODRIGUEZ T. - CIA MULTNAL TRANSPORTE S.A., pág. 279) y liquidación de prestaciones sociales (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420180018701 EDGAR A. RODRIGUEZ T. - CIA MULTNAL TRANSPORTE S.A., pág. 280 y 281).

Trabajo suplementario

Sentado lo anterior, recuerda esta Sala que el señor Edgar Alberto Rodríguez Toro pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario que aduce ejecutó y, en tal virtud, se condene a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, dada a la citada incidencia salarial. Petición a la que se opone enfáticamente la accionada, significando que el tiempo extra laborado durante el período que duró la relación laboral fue efectivamente cancelado, además, que las situaciones fácticas expuestas por el promotor del litigio, no se encuentran demostradas, en tanto que aquel no allegó elemento de convicción tendiente a demostrar lo que considera como trabajo suplementario en el libelo incoatorio.

Perfilado así el debate que llama la atención de la Sala, es del caso precisar que en tratándose de trabajo suplementario cual sea la denominación que se le atribuya, impone al demandante probar con claridad y precisión el número de horas extras servidas, toda vez que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., quien alega la existencia de una obligación debe probarla, no siendo suficiente afirmar simplemente que se laboró en tiempo extra, diurno o nocturno, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que afirmar no es probar.

En esa medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que efectivamente lo ha trabajado.[1] *(Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53)*

Bajo ese contexto, la Sala de entrada advierte que la prueba aportada al plenario a fin de acreditar el trabajo en horas extras y en festivos y dominicales, adolece de la precisión requerida, en tanto que no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboró el accionante al servicio de la accionada, el tiempo suplementario o complementario que reclama, ni los horarios en que lo trabajó.

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

[1] "la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas>"

del trabajador. Además, se pretende demostrar tal circunstancia con la testimonial de Astrid Campos Espinosa y Pablo Enrique Cruz, quienes, indagados sobre el aspecto controvertido en el juicio, en nada informaron, menos con la certeza requerida, el número de horas exactas y sobre las se aplicaría el pretendido recargo, cuestión determinante para establecer cuántas horas diurnas y nocturnas prestaba el servicio para efectos de liquidar no sólo los pertinentes recargos sino para conocer el total de extras servidas en cada jornada laboral.

Así las cosas, surge evidente la improcedencia del reconocimiento de trabajo suplementario peticionado por carecer de sustento probatorio que permita efectivamente determinarlo con precisión y exactitud, por manera que sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en lo que hace a este aspecto la sentencia de primer grado.

Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST

Teniendo en cuenta que no salió a flote la pretensión de trabajo suplementario, la petitoria de indemnización moratoria seguirá su misma suerte, como quiera que aquella está edificada sobre la prosperidad y reconocimiento de la primera.

Debido proceso

En lo que respecta al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.ST., aduce el accionante que la encartada transgredió el debido proceso, postulado constitucional que demanda la prohibición de autoincriminación, en tanto que considera, que *"se ve reflejada en la versión dada por el señor aquí demandante, demostrando que se vulneraron sus derechos y que además no se cumplió con la ritualidad por parte de su empleador de hacerle saber las consecuencias jurídicas de la autoincriminación, ni el rigor de juramento, así como tampoco se evidenció la advertencia jurídica de que podría guardar silencio y ser acompañado de su abogado durante el desarrollo de la diligencia de descargos*". Además, esgrime como fundamento de la acción ordinaria que el vínculo fue finalizado de forma unilateral sin haberse garantizado el debido proceso, en tanto que tampoco se le dio la oportunidad de defenderse frente a las imputaciones esbozadas por el empleador.

Al respecto resulta oportuno señalar, para efectos de establecer si el finiquito contractual devino sin la observancia al debido proceso y resulta procedente ordenar el pago de indemnización por despido sin justa causa, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 13691 de 2016, señaló que el alcance del debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política, frente a las actuaciones del empleador cuando se trata de la terminación del contrato por justa causa no necesariamente comporta la violación del derecho de defensa cuando quiera que el empleador no sigue un trámite disciplinario, como por ejemplo oportunidad de probar y contraprobar, como si lo es la obligación del empleador de notificar los motivos que originan el despido al momento de la finalización del contrato, ello mientras no se acredite que dentro de la empresa existe un procedimiento que así lo establezca.

En dicha oportunidad esa Corporación citó la sentencia SL-15245 de 2014 en donde se dijo:

> *"De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del debido proceso en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega el recurrente,* ***en el sentido de que no se le dio a la actora oportunidad de probar y contraprobar, en razón a que, conforme a lo asentado por el ad***

quem y no derribado con el presente recurso, dentro de la empresa, ni en el reglamento interno de trabajo, ni en la convención de la empresa, se ha establecido un procedimiento para comprobar la justa causa de despido, previo a la terminación motivada del contrato por parte del empleador; *máxime si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional, se itera, ha sido enfática en señalar que «…****el conjunto de limitaciones y obligaciones que tiene el empleador para terminar unilateralmente el contrato al (sic) trabajador, no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales…».”***

Así entonces ha de señalarse desde ya que la parte actora no manifestó en los hechos del libelo introductor ni tampoco aportó al plenario reglamento, convención colectiva o acuerdo alguno de donde se desprenda la obligatoriedad de la empleadora de iniciar un procedimiento disciplinario para tomar la decisión del despido o que la misma correspondiera a una sanción de tal naturaleza, ejerciendo de igual forma, nulo esfuerzo probatorio para así demostrarlo, siendo del mismo modo ausente estipulación de tal tipo en el contrato de trabajo así como en el reglamento interno de trabajo.

Descrito lo anterior, observa la Sala que en el caso de marras, la decisión del empleador Conexión Móvil S.A.S. de finalizar el vínculo contractual con el promotor de la causa aduciendo una justa causa, ciertamente no tiene una naturaleza sancionatoria, máxime si se tiene en cuenta que esta consecuencia no se evidencia haber sido señalada como sanción disciplinaria en documento alguno emanado del empleador, ni tampoco en el contrato de trabajo, que implique el acatamiento de un procedimiento disciplinario en este caso. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sendos pronunciamientos ha señalado que solo se le reconoce el carácter sancionatorio al despido laboral cuando, de manera excepcional, se haya establecido en cualquiera de los instrumentos normativos que regulan las relaciones laborales (sentencia SL20778 de 2017)

De cara al aparte jurisprudencial, ha de señalarse que, si bien el pasado 29 de octubre de 2015 la empresa Conexión Móvil S.A.S., con fundamento en lo consagrado en el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo citó al trabajador para que éste presentara su versión respecto al presunto incumplimiento de sus obligaciones al omitir reportar la novedad sobre el golpe causado al automotor "*Móvil (B080)*", y tomó la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esa misma data, lo cierto es que ello no comporta violación al debido proceso en tanto el agotamiento de un proceso disciplinario para tomar la decisión de finalizar el vínculo contractual, se repite, no se hace visible en ninguna norma convencional o reglamentaria que así obligue al empleador.

Por el contrario, nótese que tal y como lo señaló el actor en su escrito introductor y con la documental por él aportada, fue escuchado en descargos, de manera que se siguió un procedimiento mínimo encaminado a determinar la ocurrencia de la justa causa y garantizar el derecho de defensa del trabajadora, debiéndose señalar que la contradicción no solamente se da en el marco de un proceso disciplinario y a través de una diligencia de descargos, en tanto puede darse en el debate ante el empleador o los estrados judiciales si tiene el convencimiento de que no se dio la justa causa de despido.

En tal contexto, escuchado en descargos al accionante y de cara a lo manifestada, el empleador consideró había lugar a la terminación del vínculo contractual con justa

causa y no a la imposición de sanción alguna; en ese orden el hecho de que se hubiere producido el despido el 29 de octubre de 2015, sin atender favorablemente las explicaciones dadas por el trabajador, ninguna vulneración al debido proceso y de defensa enmarca.

Además, es claro que la garantía constitucional contenida en el artículo 33 de la Constitución Política -derecho a la no autoincriminación- no fue quebrantada, no solo porque no se allegó prueba tendiente a demostrar que el trabajador hoy demandante hubiere sido obligado, como lo señala el apoderado judicial de la demandada, para contestar su diligencia de descargos, sino, además, "*porque la prohibición constitucional a la que alude el casacionista (artículo 33 de la Constitución Política) aplica frente al derecho sancionatorio, pues, la garantía constitucional de no autoincriminación hace parte de la esencia de cualquier actuación judicial o administrativa que comporte el ejercicio de la función punitiva del Estado, sin que la misma pueda ser extendida al trámite desplegado por el empleador conforme a su poder subordinante.*" (SL1376-2020)

En consecuencia, no resulta viable acceder a la pretensión de la demanda relacionada con el pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del CST, pues se repite, ello no vulnera el debido proceso del demandante por el hecho mismo de no corresponder esta decisión a una sanción, no siendo menester agotar un trámite disciplinario, lo que lleva a la Sala a confirmar en su integridad la sentencia de primer grado, a más porque tampoco evidencia la Sala que el despido haya devenido en injusto como a continuación pasa a explicarse:

Despido con justa causa

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

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

Siendo ello así, a página 161 del informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo al actor emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en el artículo 62, literal a), "*numeral 9*"; en concordancia con el artículo 58 numerales 1°, 3° y 5° del CST y Reglamento Interno de Trabajo, así como como lo consagrado en el contrato individual de trabajo. Decisión que obedeció a que el trabajador admitió la falta cometida, según la cual "*Hoy 29 de octubre de 2015 usted golpeó el móvil 8080 al interior el patio en la madrugada (04:30 a.m.) y no lo reportó a los responsables de patio de patio y lo relaciona en la lista de chequeo como si ya existiera, descubriéndose únicamente la novedad porque el personal de lavado se percató de la misma situación, novedad que para la*

compañía es un encubrimiento (…)"; aspecto que reprocha, "*puesto que afectan de forma notable la prestación del servicio de la empresa, teniendo en cuenta que se trata de un servicio público esencial, aunado a que usted no ha dado cumplimiento al procedimiento establecido en el reglamento interno de trabajo y el contrato de trabajo, pudiendo generar perjuicios a la compañía"*

Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio los motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que los hechos invocados ocurrieron y si se ajustan a una de las justas causas previstas en la ley; para ello, se examinarán las pruebas aportadas al plenario:

A folios 28 a 31 del cartapacio se encuentra el acta de descargos rendidos, que da cuenta que le fue indagado al actor acerca del informe de parte del director de operaciones en donde se informa la novedad presentada con relación al hecho ocurrido el 29 de octubre del 2015. Frente a lo cual, el demandante aceptó los hechos atribuidos señalando "*La verdad, el reporte es real, yo si golpie el móvil, dando reversa le pegue al fuelle del móvil, me asuste porque este tipo de novedades no las había tenido, no supe que hacer. Pensé que mi grupo iba bien y pensé en que la había embarrado. Tome la decisión de omitir la información. No me había pasado esto, por esto tome esta decisión."* Aspecto, además, que fue confesado por aquel en el interrogatorio de parte que se surtió y fue corroborado por los testigos traídos en conjunto por las partes.

De conformidad con la anterior, no cabe duda alguna a esta Sala que la conducta endilgada al trabajador hoy demandante por parte de la demandada en la carta de terminación del contrato de trabajo se encuentra ajustada a la realidad, siendo factible concluir, que aquél fue despedido con justa causa. Lo anterior, por cuanto aquel aceptó ante su empleador la conducta que se le reprocha, en tanto, que adujo que en efecto golpeó el móvil que le fue asignado y no presentó novedad a su superior, situación que interrumpió la prestación del servicio público del transporte.

Así las cosas, se colige que las conductas endilgadas al trabajador hoy demandante por parte de su otrora empleadora en la carta de terminación del contrato de trabajo, con fundamento en los numerales primero y quinto del artículo 58 del CST, concordante con el artículo 52, numerales 1, 3 5 y 18 del Reglamento Interno de Trabajo, que exigen al trabajador acatar las órdenes e instrucciones que imparte su empleador y comunicarle, oportunamente, las observaciones que tiendan a evitarle daños y perjuicios; estén plenamente probadas, por lo que es factible concluir, sin atisbo de duda alguna, que aquel fue despedido con justa causa.

Corolario de lo expuesto y demostrado como se encuentra que el señor EDGAR ALBERTO RODRÍGUEZ TORO no le asiste el derecho a la indemnización pretendida, pues no se demostró que su despido fue injusto a la luz de la legislación sustantiva nacional, se confirmará, como se dijo, en su integridad la sentencia proferida en primer grado, misma que absolvió a la demandada respecto a todas y cada una de las pretensiones dirigidas en su contra por la parte actora. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de octubre del año 2020, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS 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:	LEONOR GUZMÁN ABRIL
Demandadas:	COLPENSIONES Y ROSALBA CASTIBLANCO GARCÍA
Radicación:	19-2016-00122-01
Tema:	APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. HENRY DARIO MACHADO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Leonor Guzmán Abril, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Rosalba Castiblanco García, con el propósito de que ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a su favor, retroactivo pensional, indexación, intereses moratorios, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas procesales. En subsidio de lo anterior pidió que en caso de que la demandada Rosalba Castiblanco García "*probare documentalmente que estuvo casada y que el matrimonio sigue vigente, aunque no conviva con el Causante quien en vida respondía el nombre de* ***VICENTE FERRER ORJUELA FORIGUA (Q.E.P.D.)***", se conceda la prestación en proporción que corresponda, así como las demás pretensiones de orden condenatorio atrás esbozado.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con el señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua, convivió en unión libre desde aproximadamente el mes de noviembre del año 1996 y hasta el 4 de mayo del 2014, fecha de su fallecimiento, compartiendo lecho, techo y mesa con aquel, donde no procrearon hijos. Refirió que al momento de su deceso se encontraba gozando de pensión de jubilación que le fue concedida por Colpensiones. Explicó que después de la tristeza que causó la muerte de su compañero permanente, radicó ante Colpensiones solicitud de pensión de sobreviviente, misma que fue resuelta negativamente mediante Resolución No. GNR

17360 del 27 de enero del 2015, en tanto que concomitante a su reclamación se presentó la señora Rosalba Castiblanco García, de quien, sí sabía de su existencia y la de sus hijos, pero desconocía que fueran casados o que el vínculo continuaría por cuanto aquella nunca convivió con el causante en el lapso de los años 1996 a 2014. (Expediente digital, PDF 01. Expediente 19-2016-122, págs. 6 a 18)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01. Expediente 19-2016-122, pág. 50); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la actora no acredita el lleno de los requisitos exigidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, para efectos de acreditar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Indicó que con posterioridad al fallecimiento del causante se presentaron de manera simultánea dos reclamantes, las cuales manifiestan acreditar la calidad de cónyuge o compañera permanente, lo que comporta un conflicto que no puede ser dirimido por la Administradora. Propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de integración del litisconsorcio necesario, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 01. Expediente 19-2016-122, págs. 54 a 68)

3.2. Rosalba Castiblanco García. A través de proveído del 3 de abril del 2017, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, tuvo por no contestada la demanda por parte de esta. (Expediente digital, PDF 01. Expediente 19-2016-122, pág. 93)

3.3. Ministerio público. En su escrito de intervención propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho pretendido e inexistencia de los intereses moratorios. (Expediente digital, PDF 01. Expediente 19-2016-122, págs. 180 a 183)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto del 2021, en la que el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá declaró que la señora Leonor Guzmán Abril, en calidad de compañera permanente y Rosalba Castiblanco García, como cónyuge supérstite, les asiste el derecho al reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes a cargo de COLPENSIONES, con ocasión al fallecimiento del señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua, prestación que deberá ser reconocida a partir del 5 de mayo de 2014.

Así mismo, ordenó que la pensión de sobrevivientes se pagará sobre el 50% del salario mínimo mensual legal vigente; por concepto de mesadas causadas desde el 5 de mayo de 2014 y hasta que se verifique su pago; retroactivo que asciende a la suma de $35.531.947 al 31 de julio de 2021 para cada una de las beneficiarias, suma que deberá ser indexada. Finalmente, autorizó a la encartada a realizar los descuentos legales por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud y gravó a esta en costas.

Para arribar a tal determinación, tuvo como problema jurídico dilucidar si la demandante o la llamada en calidad de litisconsorte necesario son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua. Con tal propósito, luego de citar apartes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, encontró que no era materia de debate que al causante le fue reconocida pensión de invalidez a través de la Resolución núm. 346537 de 2013, en cuantía de $589.500 y que falleció el 4 de mayo del 2014, por lo que la norma para definir

sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Tras lo anterior, dedujo ineludible la demostración de la convivencia en primer lugar de la señora Leonor Guzmán Abril en aras de obtener la pensión de sobrevivientes, por lo que dijo, una vez se adentra al estudio de los medios de convicción, que se encontraba demostrada la convivencia exigida en la Ley en un lapso superior a los cinco años anteriores a la muerte del causante, para generar el reconocimiento pensional en su calidad de compañera permanente. Mientras tanto, en lo que hace a la señora Rosalba Castiblanco García sostuvo que aquella y el causante contrajeron matrimonio el día 18 de junio de 1977, vínculo que se encontraba vigente para la fecha en que falleció el señor Orjuela Forigua, sin embargo, la citada cónyuge adujo en su interrogatorio de parte que se separó del pensionado en el año 1995, hecho que fue reiterado por la demandante al momento de rendir su declaración.

Por manera que coligió que al estar vigente el vínculo matrimonial para el momento en que ocurrió el deceso a ella le correspondía demostrar siquiera 5 años en cualquier tiempo de convivencia con el causante, requisito que se encuentra debidamente probado y, por ende, le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. En tal virtud, añadió que dado a que no existe una convivencia simultánea, sino determinada por periodos lo cuales se encuentran debidamente establecidos, le correspondía a cada una de ellas una pensión equivalente al 50% de aquella que venía percibiendo el señor Orjuela Forigua.

Precisó que la pensión debía ser reconocida a partir del 5 de mayo de 2014 y como el óbito del pensionado aconteció el 4 de mayo del 2014, la solicitud se efectuó por la señora Leonor Guzmán Abril el 19 de mayo del 2014 y por la señora Rosalba Castiblanco García el 20 del mismo mes y año, peticiones que fueron resueltas mediante Resolución GNR17360 del 2015, notificada el 17 de febrero del 2015 y la demanda se presentó el 29 de marzo del 2016, no operó la prescripción. Estimó que había lugar condena en costas en contra de Colpensiones. (Expediente digital, Audio 08. AUD. ORD. 19-2016-00122-20210811_113012-Grabaci+¦n de la reuni+¦n)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la decisión en torno al reconocimiento pensional realizado a las señoras Leonor Guzmán Abril y Rosalba Castiblanco García en cuantía pensional de un 50% para cada una de ellas, en tanto que la actora no logró acreditar convivencia durante los últimos 5 años al fallecimiento del causante como lo consagra la norma, tampoco demostró esa dependencia económica con aquel, ya que el hecho de que esta cuidara y ayudara al fallecido por su estado de invalidez, no significa que convivieran. Significó que los deponentes al interior del proceso son personas allegadas a la actora y solo dan fe de que los veían juntos, pero no se allegó un testimonio como los hijos o familiares del causante y así corroborar lo dicho por la actora en cuanto a la convivencia y dependencia con el causante, por lo que no se cumplen los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia.

Refirió que en lo que hace a la señora Rosalba Castiblanco García, tampoco se logró acreditar este requisito de los 5 años anteriores a la muerte del causante, ni la dependencia económica y que no se liquidó esa sociedad conyugal, para ser beneficiaria de la prestación económica. Finalmente, peticiona se revoque la condena en costas en cuanto a las costas del proceso, ya que estas no se podían imponer en tanto que Colpensiones actúo en cumplimiento del orden legal y dejó en suspenso la pensión de sobrevivientes. (Expediente digital, Audio 08. AUD. ORD. 19-2016-00122-20210811_113012-Grabaci+¦n de la reuni+¦n)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Alegó en su favor que la sentenciadora de primer grado concedió pensión de sobrevivientes en un 50% y a la esposa del causante en el restante 50%, echando de menos situaciones que a su parecer, podría variar la decisión, si se tiene en cuenta los diferentes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto la señora Rosalba Castiblanco García, esposa del causante Vicente Ferrer Orjuela Forigua, habían realizado su separación de cuerpos desde hacía más de 16 años, y al decir de los testigos, testimonios que no fueron desvirtuados, la separación se debió al maltrato que la señora Castiblanco le infligía a su exesposo hoy fallecido.

6.2. Colpensiones. Indicó en su escrito que la norma aplicable es aquella que esté vigente para la fecha de ocurrencia el siniestro, en este caso el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificada ley 797 de 2003, que establece las calidades que deben reunirse que para ser beneficiario de pensión de sobrevivientes. En ese sentido, esgrimió que como se desprende de la Resolución No GNR 17360 del 27 de enero de 2015, se presentó a reclamar sustitución pensional de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua, además de la demandante Leonor Guzmán Abril como compañera permanente, no estableciendo de manera clara a quien de ellas le corresponde el derecho prestacional invocado, razón por la cual ese trámite se dejó en suspenso hasta que se decida si a alguna de ellas le asiste el derecho pretendido.

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 estudiará en consulta a su favor en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

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

- ✓ ¿Las demandantes son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso del señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua?

- ✓ Por otro lado, ¿Hay lugar al reconocimiento y pago de costas procesales a favor de las actoras y en contra de la demandada Colpensiones?

Fallecimiento

Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que se debe advertir es que el fallecimiento del señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua se encuentra acreditado con el registro de defunción, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 4 de mayo de 2014, como se indicó en el cartapacio.

Normatividad aplicable

Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 4 de mayo de 2014.

Calidad de pensionado del cujus

No se discute que el señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua fue pensionado por Colpensiones, por medio de Resolución GNR 346530 de 7 de diciembre de 2013, lo cual es aceptado por Colpensiones. (Expediente administrativo)

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. 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, siendo del caso precisar que la cónyuge supérstite debe acreditar dicha exigencia en cualquier tiempo.

Tiempo de convivencia

Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4° del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Bajo ese contexto, se procede a revisar si la cónyuge o compañera permanente cumplen con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

Derecho reclamado por la señora Rosalba Castiblanco García

- Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Rosalba Castiblanco García nació el 17 de octubre de 1953, según da fe la copia de su cédula de

ciudadanía (Expediente Administrativo)., luego para la muerte del señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua contaba con 60 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

- Calidad de cónyuge supérstite.

Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto la señora Rosalba Castiblanco García contrajo matrimonio con el señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua el 18 de junio de 1977 (expediente administrativo), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado, siendo importante advertir, además, que de dicha unión nacieron los señores Edwin Yesid Orjuela Castiblanco y Eder Billy Orjuela Castiblanco. (expediente administrativo).

- Prueba de convivencia de la cónyuge

Ahora, para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua, y teniendo en cuenta que la demandada Colpensiones arguye que este requisito no se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando que se allegaron declaraciones extraprocesales de Sofía Triana Cortes y Blanca Sofía Montaño Olaya, mismas que no requirieron de ratificación, en tanto que las partes no lo solicitaron, que al unísono dan cuenta que conocieron de vista, trato y comunicación a al causante, quien "*convivió en unión marital de hecho y en forma permanente por 2 años desde el mes de Junio de 1975 hasta el 17 de Junio de 1977 y se Casó el 18 de Junio de 1977 hasta el mes de Diciembre del año 2000 día de la separación con la señora* ***ROSALBA CASTIBLANCO GARCÍA*** *identificada con C.C. No. 41.607.667 de Bogotá ambos compartían los gastos del hogar, del hogar hay dos (02) hijos de nombres* ***EDWIN YESID ORJUELA CASTIBLANCO y EDER BILLY ORJUELA CASTIBLANCO*** *mayor de edad.*" Así mismo, declararon que la pareja compartió "*techo, lecho y mesa en el barrio Tintalito I Sector localidad de kennedy de la ciudad de Bogotá (…)*". Aspecto que se colige del interrogatorio de parte que absolvió la demandante y la señora Rosalba Castiblanco García, aunque con la aclaración de que la convivencia perduró hasta el año 1995.

Del soporte probatorio aludido, no existe conclusión distinta a que, si bien la cónyuge no demostró el requisito de convivencia con el causante en los últimos años de vida de éste, en razón a que dichas probanzas escatiman la inexistencia de una efectiva, real y material convivencia entre la pareja a la fecha del óbito, sin embargo, resultan claros los años que compartió la pareja antes del rompimiento de la convivencia, los cuales, a simple vista son superiores a los cinco años que exige la norma, tiempo en el cual resulta evidente que la pareja mantuvo lazos familiares, por manera que la cónyuge lo acompañó durante su vida productiva y participó en la construcción de la prestación económica, siendo solidaria en sus necesidades, al punto que el vínculo matrimonial se mantuvo vigente, es decir, pese a la separación de cuerpos que se suscitó, nunca se divorciaron.

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

Así las cosas, la Sala encuentra probada convivencia con el causante durante un lapso superior a 5 años, en cualquier tiempo, sin que sea dable exigir a la actora prueba de subordinación económica respecto de aquél, como se pretende por la demandada, pues no es una exigencia que contempla el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (SL 5169/19, SL4771/20, SL1476/21 y SL2248/21); razones más que suficientes para mantener incólume la decisión de primer grado en lo que hace a este aspecto.

Derecho reclamado por la señora Leonor Guzmán Abril

- Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Claudia Cecilia López Peñaranda nació el 28 de enero de 1957, según da cuenta el registro civil de nacimiento (expediente administrativo)., luego para la muerte del señor Vicente Ferrer Orjuela Forigua, contaba con 57 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

- Calidad de Compañera Permanente

Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle la convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 del 2007, en la que se señaló que se entiende por familia "*Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos*".

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(…) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

- Prueba de la convivencia de compañera permanente.

En relación con la inconformidad formulada respecto de la decisión proferida por la falladora de primera instancia sobre el derecho que le asiste a la demandante en calidad de compañera permanente, ha de precisar la Sala que analizado en su conjunto el material probatorio obrante en el proceso, se observa acreditada la convivencia en los términos señalados por el A quo, tal como se expone a continuación:

En lo atinente a los testigos, compareció a declarar la señora Polonia Sabogal Guzmán, vecina de la pareja, dijo conocer a la actora y al señor Orjuela Forigua, asegurando que vivieron juntos, en tanto que recordó que el fallecido le comentó que su primera esposa lo maltrataba y no le permitió volver a su casa, razón por la cual, junto con la señora Guzmán Abril arribaron al barrio Ciudad de Quito del municipio de Soacha, para realizar comunidad de vida. De manera que aquellos vivieron por más de 10 años, de forma permanente e ininterrumpida y que su cónyuge no fue a visitarlo, incluso dijo no conocerla.

Por su parte, la señora Rosa Elvira Bolívar de Villa, en su declaración aseguró que conoció a la demandante desde el año 1995, así como al señor Orjuela Forigua, esposo de aquella, cuando llegaron al barrio Ciudad de Quito del municipio de Soacha. Indicó que la pareja

convivió de forma permanente hasta el momento de su muerte en mayo de 2014, mismos que nunca se separaron. Agregó que la señora Guzmán Abril siempre lo socorrió y asistió cuando el causante enfermó, conduciendo al médico y a terapias, para efectos de hacer paliativa su enfermedad.

Así las cosas, es claro para la Sala que la compañera permanente del causante demostró el requisito de la convivencia con el causante por lo menos desde el año 1995 hasta la fecha del deceso, pues, emerge sin duda la existencia de la unión de la pareja con vocación de permanente, solidaridad y socorro mutuo, muchos más para los momentos de convalecencia del causante que le produjo la enfermedad catastrófica y que lo llevó a su fin. De allí que no se le halle razón a la pasiva, en tanto que las pruebas analizadas en conjunto evidencian comunidad de vida con vocación de permanencia y que se mantuvo hasta producirse la muerte del causante, sin que exista un solo elemento probatorio que desvirtúe esa convivencia o que de indicios siquiera que se hubiera visto interrumpida temporalmente.

Así las cosas, se mantendrá en firme las inferencias que tomó el juzgador primigenio, es decir, la convivencia con vocación de permanencia entre el pensionado y la compañera permanente desde el año 1995 al 4 de mayo del 2014, cumpliéndose con cabalidad el requisito de convivencia en los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante.

Las razones anteriores resultan suficientes para confirmar la sentencia confutada, en tanto que, no fue objeto de debate algún otro tema prestacional.

Costas impuestas en primera instancia a Colpensiones

Por último, en lo atinente al recurso de apelación de Colpensiones referente a las costas que impuso el juzgador de primer grado en su contra, cumple recordar que el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso y si bien, el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008 prevé que ante la controversia entre cónyuges y compañera(o) permanente la prestación debe quedar en suspenso mientras la jurisdicción dirima el conflicto, lo cierto es que en el presente caso, existió una clara oposición al reconocimiento de las prestación por parte de Colpensiones como se desprende del contenido de la contestación de la demanda y de los argumentos expuestos en el recurso de apelación formulado en el que señala que ninguna de las dos demandantes tiene derecho a la pensión deprecada, por manera que no es procedente su revocatoria como lo pretende su apoderado en sustento de la alzada.

Costas.

Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de junio del 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

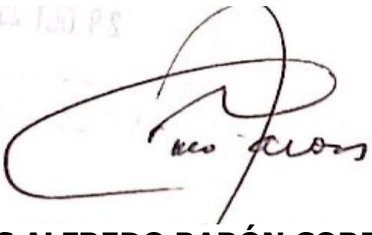
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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:	***EDGAR GUILLERMO MONTENEGRO RODRIGUEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y OTRA.***
RADICACIÓN:	***110013105-029-2016-00054-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – INTERESES MORATORIOS***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor EDGAR GUILLERMO MONTENEGRO RODRIGUEZ a través de mandataria judicial, y representado por GLORIA MATILDE MONTENEGRO RODRIGUEZ instauró demanda laboral en contra de COLPENSIONES y REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ, con el fin de que se declare que le asiste derecho a percibir el 100% de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo del causante, señor JOSE JOAQUIN MONTENGERO GUERRERO (q.e.p.d), a partir del 16 de junio de 2008, el retroactivo, la indexación, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que su padre, el señor JOSE JOAQUIN MONTENEGRO GUERRERO (q.e.p.d) era pensionado por COLPENSIONES conforme resolución No 010957 del 26 de junio de 2003; que por su condición de discapacidad mental absoluta, dependía de un todo y para todo de su padre; que mediante sentencia del 01 de octubre de 2010, proferida por el Juzgado 18 de Familia del Circuito de Bogotá, se declaró la interdicción definitiva por discapacidad mental absoluta, nombrando como representante legal y curadora a su hermana GLORIA MATILDE MONTENEGRO RODRIGUEZ; que fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá con una PCL del 62.82%, correspondiente a

enfermedad de origen común, estructurada desde el nacimiento; que solicitó la sustitución pensional el 27 de diciembre de 2010, pero mediante resolución No 013035 del 12 de abril de 2011 se reconoce la pensión de sobrevivientes a la señora REINA DEL CARMEN GÓMEZ JIMÉNEZ en calidad de compañera permanente del señor JOAQUIN MONTENGERO GUERRERO (q.e.p.d); que interpuso recurso de apelación manifestando que de ninguna manera le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a la señora REINA DEL CARMEN GÓMEZ JIMÉNEZ, pero el ISS, hoy COLPENSIONES no se pronunció frente a las irregularidades manifestadas en el recurso de apelación; que entabló denuncia penal contra la señora REINA DEL CARMEN GÓMEZ JIMÉNEZ, la cual correspondió a la Fiscalía 79 Seccional, Unidad de Orden Económico- fraude procesal, ya que reclamó la sustitución pensional sin tener derecho. (Fols. 56 a 69)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 73); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES: Se opone a todas las pretensiones invocadas con sustento en que deben ser el resultado de lo demostrado en el proceso por la parte actora, además que el ISS mediante resolución No 013035 del 12 de abril de 2011 reconoció la sustitución pensional a favor de la señora REINA DEL CARMEN GÓMEZ JIMENEZ, quien presentó reclamación pensional el 23 de agosto de 2010, sin que nada se dijera en dicho acto administrativo del reconocimiento solicitado a favor del señor EDGAR GUILLERMO MONTENEGRO RODRIGUEZ, dado que el ISS no conoció en ese momento de reclamación o recurso alguno por parte del actor. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de agotamiento de la reclamación administrativa, y pago. (Fols. 84 a 89).

3.2 REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ: Contestó la demanda a través de curado ad litem, quien se opone a las pretensiones de la demanda, ateniéndose a lo que se pruebe dentro del proceso. Como excepciones de mérito rotuló la de prescripción. (Fols. 154 a 155).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de agosto de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que el señor EDGAR GUILLERMO MONTENEGRO RODRIGUEZ, quien actúa a través de su curadora, GLORIA MATILDE MONTENEGRO, le asiste derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes del causante JOSE JOAQUIN MONTENEGRO GUERRERO; condenó a COLPENSIONES a pagar al demandante EDGAR GUILLERMO MONTENEGRO RODRIGUEZ, los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional pagado, a partir del 05 de noviembre de 2014 y el 31 de mayo de 2015, fecha que corresponde al ciclo en el cual se ordenó el pago de las mesadas causadas; negó las demás pretensiones; declaró probada la excepción de pago propuesta por COLPENSIONES. Finalmente se abstuvo de condenar en costas (fls. 230 y 231 con CD de la audiencia).

Preliminarmente precisó que la actuación de la parte actora carece de probidad y buena fe, ya que a pesar de que le fue reconocida la pensión de sobrevivientes un año antes de interponer la demanda, nada dijo al respecto en el escrito

demandatorio, y tampoco aportó el acto administrativo, lo que dista de los postulados de lealtad procesal y genera un desgaste en la función jurisdiccional.

Ahora, en vista que COLPENSIONES reconoció la pensión de sobrevivientes en un 50% a favor de EDGAR GUILLERMO MONTENEGRO RODRIGUEZ, resta hacer el estudio de los intereses moratorios, con lo cual, de conformidad con el artículo 1° de la ley 717 de 2001, la entidad de seguridad social cuenta con 2 meses para reconocer la pensión de sobrevivientes, y como quiera que la reclamación se presentó el 05 de septiembre de 2014, se procedió a condenar por intereses moratorios desde el 05 de noviembre de 2014 hasta el 31 de mayo de 2015, fecha en la cual se ordenó el pago de las mesadas causadas, sin lugar a la aplicación de la prescripción, dado que la demanda se presentó sin haber transcurrido el término trienal de los artículos 488 del CST, y 151 del CPTSS.

Seguidamente se ocupó de lo relativo al acrecimiento de la pensión de sobrevivientes, en la medida en que el actor pretende el 100%, siendo que un 50% fue reconocido a Reina del Carmen Gómez Jiménez, para lo cual consideró que es improcedente el acrecimiento, en la medida en que el acto administrativo que reconoció el 50% a Reina del Carmen Gómez Jiménez, gozaba de presunción de legalidad, misma que no fue derruida por la parte actora, ya que no aportó ningún medio de convicción para anular el manto de legalidad en el reconocimiento pensional dispensado a favor de Reina del Carmen Gómez Jiménez como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente de JOSE JOAQUIN MONTENEGRO GUERRERO; que lo único que se trajo al diligenciamiento fue el testimonio de Sandra Montenegro, pero aquella ni siquiera dijo conocer a Reina del Carmen Gómez Jiménez.

Conforme con lo anterior, en vista de que Reina del Carmen Gómez Jiménez está disfrutando del 50% de la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, es improcedente el acrecimiento pensional reclamado.

5. Impugnación y límites del ad quem. La alzada fue presentada por las siguientes partes procesales:

5.1 Demandante.: Manifestó que en el proceso se planteó que el reconocimiento pensional realizado a la señora Reina del Carmen se hizo con base en unas declaraciones juramentadas que se hicieron en una notaría pero no se hicieron las investigaciones pertinentes para demostrar la verdadera convivencia; que se le da el suficiente valor probatorio a unas declaraciones juradas de una persona que dice tener el derecho y de los testigos que se consiguen en cualquier parte para que digan lo mismo que ella dice y con eso simplemente reclama; que la norma desafortunadamente tiene esa falencia que permite que personas que no tienen los derechos y valiéndose de artimañas accedan al derecho; que lo único que se pudo hacer fue radicar una denuncia penal y desafortunadamente por el funcionamiento de la justicia penal, puede perdurar 5 años, y luego se ordena el archivo de las diligencias; que la actual beneficiaria de manera artificiosa logran acceder a esas reclamaciones y hacerse de esos derechos sin tener el derecho; que la beneficiaria fue convocada tanto en el primer proceso como en este proceso, y no se hizo presente, por lo que, si no tuviera nada que esconder ni nada que negar se hubiera presentado; que la anuencia de la señora de presentarse al proceso y que el juzgado tenga que nombrar un curador Ad litem para que la defienda debe dar un indicio grave en su contra; que la norma en cuanto al reconocimiento pensional en estas

circunstancias es demasiado laxa y Colpensiones tampoco investiga e indaga con la profundidad necesaria para verificar si una persona tiene o no tienen derecho como ocurrió en este caso; en síntesis solicita que el Tribunal revise desde ese aspecto la situación y se revoque la sentencia de primera instancia en el sentido de no reconocerle el otro 50% que la señora Reina del Carmen está disfrutando de manera ilegal.

5.2 COLPENSIONES.: Refiere que se debe revocar la condena por intereses moratorios, ya que estos se generan es ante la mora de una pensión reconocida, con lo cual, en el caso concreto se reconoció la prestación y se ha venido pagando, sin que exista mora en ninguna mesada pensional, para ello trajo como sustento la sentencia T- 500 del año 2000, C-024 del 2004 y SU 065 de 2018.

6. Alegatos de conclusión. Colpensiones presentó alegatos de conclusión solicitando se revoque la decisión de instancia en lo referido a los intereses moratorios.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes 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 y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Le asiste derecho al señor EDGAR GUILLERMO MONTENEGRO RODRIGUEZ al acrecimiento de la pensión de sobrevivientes en el 50% adicional que viene disfrutando la señora REINA DEL CARMEN GOMÉZ JIMENEZ? (ii) ¿Es ajustada a derecho la condena por intereses moratorios impuesta?

Revocatoria de reconocimiento pensional – acrecimiento pensional.

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que el señor JOSE JOAQUIN MONTENEGRO GUERRERO, era pensionado por parte del ISS, hoy COLPENSIONES a través de resolución No 010957 del 06 de junio de 2003 (Fol. 33); (ii) Que el señor JOSE JOAQUIN MONTENEGRO GUERRERO, falleció el 15 de junio de 2008 (Fol. 7); (iii) Que mediante resolución No 013035 del 12 de abril de 2011 el ISS, hoy COLPENSIONES reconoció la sustitución pensional a REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ, en calidad de compañera permanente y en un 100%, a partir del 15 de junio de 2008, en cuantía inicial de $1.145.426 (Fols. 33 a 37); (iv) Que mediante sentencia del 06 de junio de 2013 el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá declaró que a Edgar Guillermo Montenegro Rodríguez le asiste derecho al reconocimiento del 50% de la sustitución pensional del causante José Joaquín Montenegro Guerrero; no obstante, la decisión fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, mediante sentencia del 02 de agosto de 2013, cuyo fundamento basilar lo fue por no contar el señor Edgar Guillermo Montenegro Rodríguez con dictamen que determine la invalidez (Fols. 224 a 225 con Cd de audiencia); (v) Que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá-Cundinamarca, emitió dictamen del 25 de octubre de 2013, determinado que el señor Edgar Guillermo Montenegro Rodríguez, cuenta con una PCL del 62.8%, de origen común y con fecha de estructuración del 03 de agosto de 1954 (Fols. 23 a 28); (vi)

Que el 05 de septiembre de 2014 el señor Edgar Guillermo Montenegro Rodríguez solicitó la sustitución pensional ante COLPENSIONES (Fol. 39), siéndole concedida a través de Resolución GNR94792 del 28 de marzo de 2015, a partir del 15 de junio de 2008, y en un 50%, por estar percibiendo el otro 50% la señora Reina del Carmen Gómez Jiménez (Fols. 209 a 212). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la sustitución pensional por parte de COLPENSIONES, en un 100%.

Preliminarmente, previo a resolver de fondo el asunto, viene a propósito colegir que, cuando hay discusión de beneficiarios se recurre a la figura del intervención *ad excludendum,* pero en el sub examine, nos encontramos en una de las dos excepciones que ha consolidado la jurisprudencia (SL16855 de 2015), esto es, que se debe vincular al afiliado que viene percibiendo la prestación como litisconsorcio necesario, ello en la medida en que, como lo dice la Corte "***no sería razonable ni jurídico",*** que la decisión judicial le revoque o modifique una situación consolidada por la vía administrativa, revisable a través de la vía judicial, pues ello atentaría contra el derecho de defensa y contradicción, por manera que, una vez revisado el cartulario, constata la Sala que al proponerse la discusión del acrecimiento pensional por parte del demandante, en razón a que la señora REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ está disfrutando del 50% de la sustitución pensional, su vinculación al proceso debe ser como litisconsorcio necesario, lo que en efecto acontece en el presente proceso, a pesar de que en el auto admisorio (Fol. 71) se enuncie la vinculación como "tercera ad excludendum", pues dejando de lado tal imprecisión, se le dio trámite a la vinculación como litisconsorcio necesario, no solo porque el mismo auto admisorio ordenó correrle traslado de la demanda para que presente contestación, sino también porque ante su no comparecencia se procedió a su emplazamiento (Fol. 112) con la advertencia de habérsele nombrado curador ad litem (Fols. 102), mismo que procedió a tomar posesión, contestar la demanda y actuar en las diferentes etapas procesales, con lo cual, considera la Sala que desde la óptica procesal ninguna irregularidad se presenta.

Ahora, en lo tocante al acrecimiento de la sustitución pensional, esto es, aumentar del 50% al 100%, debe señalarse que la única manera de lograr dicho objetivo es privando del 50% a la señora REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ, pero tal como se encaminó el proceso y ante la orfandad probatoria, de ninguna manera puede dársele prosperidad a la súplica de la demanda relativa a reconocerle al demandante el otro 50% que la señora Reina del Carmen está "disfrutando de manera ilegal", según su dicho.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado No 32460 del 13 de mayo de 2008, trayendo a colación lo adoctrinado por la Corte Constitucional en sentencia C-1049 de 2004, dijo:

> *"Conviene aclarar que no es necesario que el beneficiado con la prestación haya actuado de mala fe o se haya valido de documentos o información falsa para obtener la prestación, sino que es suficiente que el derecho se haya otorgado en contravía de la Constitución o de la ley, y que se trate de un derecho reconocido a través de un acto administrativo"*

De igual manera, valga traer apartes de la sentencia C-1049 de 2004, en la que en concreto se expresa:

> *"En el presente caso, la disposición acusada le otorga a la administración, la facultad de demandar 'en cualquier tiempo' los actos administrativos mediante los cuales se reconozcan prestaciones periódicas, precisando que 'no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe'. Quiere ello decir, que la norma acusada, en cuanto le concede a la administración tal facultad, no vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, tal y como han sido entendidos por la Corte en múltiples fallos, por cuanto el legislador no está partiendo de la mala fe de los administrados, ni tampoco está defraudando expectativas legítimas que a los mismos se les hubiesen creado. Se trata, simplemente de que ningún ciudadano puede esperar que, con el paso del tiempo, se regularice o se torne intocable una prestación económica que le ha sido otorgada en contra del ordenamiento jurídico y en deterioro del erario público. Ello indica entonces, que si bien el legislador debe actuar sin menoscabar los derechos legítimamente adquiridos, no está imposibilitado para permitir a la administración, de manera excepcional, demandar en cualquier tiempo su propio acto, cuando encuentre que éste se ha proferido contrariando el ordenamiento jurídico, ello con el fin de defender intereses superiores de la comunidad".*

Descendiendo al sub examine, llama poderosamente la atención de la Sala que el apoderado judicial de la parte actora esgrima una serie de afirmaciones sin sustento probatorio alguno, pues si pretendía que la judicatura le reste efectos a la resolución No 013035 del 12 de abril de 2011, en la medida en que en su consideración fue reconocida la prestación de "manera ilegal" a la señora REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ, debía haber allegado al diligenciamiento los medios probatorios que sustenten sus afirmaciones, pero nada de ello aconteció.

Manifiesta el apoderado judicial que el reconocimiento pensional efectuado a REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ se hizo teniendo en cuenta unas declaraciones extra juicio en una notaría, pero olvida que tales declaraciones se asimilan al testimonio (SL4167-2020 y SL1669-2021), además tiene dicho la Corte que no requiere ratificación salvo que la parte contraria lo solicite (SL9160-2017), y que en el evento de solicitar la ratificación le corresponde a la parte interesada, hacer lo posible para lograrla, lo que no aconteció en la causa que aquí se estudia, ya que la parte actora solo se limita a realizar afirmaciones carentes de toda razonabilidad en el proceso judicial, tales como que en el reconocimiento pensional el ISS, hoy COLPENSIONES tuvo en cuenta *"declaraciones juradas de una persona que dice tener el derecho y de los testigos que consiguen en cualquier parte para que digan lo mismo que ella dice y con eso simplemente reclama"*, pues ninguna probanza existe en el proceso que lleven a la Judicatura a concluir tal afirmación.

Asimismo, indica que se interpuso una denuncia penal en contra de REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ, pero ninguna decisión del ente encargado de tal denuncia se cuenta en el proceso que amerite tomar alguna decisión respecto al derecho pensional que viene disfrutando la señora REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ, así como también, no existe actuación alguna de parte de COLPENSIONES en punto a que utilizando los mecanismos legales ponga en tela de juicio el reconocimiento pensional dispensado en la resolución No 013035 del 12 de abril de 2011, por lo que, las afirmaciones de la parte actora no pasan de ser simples afirmaciones sin ningún sustento probatorio. Y en cuanto a lo relacionado con la afirmación de que el proceso penal según su dicho terminará en archivo, es una cuestión subjetiva del apoderado que en nada aporta al tema objeto de litigio, pues se le recuerda al apoderado judicial

que en materia procesal el artículo 167 del CGP, "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", es decir, que de ninguna manera puede pretender que se deje sin efectos una resolución que reconoció la sustitución pensional a favor de una beneficiaria, apelando a afirmaciones netamente subjetivas y carentes de sustento probatorio que las respalde.

En el diligenciamiento solo se trajo a la señora Sandra Montenegro Rodríguez, pero de su dicho nada se puede extraer con el suficiente peso probatorio para entrar al estudio de la prestación ya reconocida a la señora REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ, pues afirmó no conocerla, pero se insiste, esa sola afirmación no da al traste con la presunción de legalidad de la cual esta revestida la resolución No 013035 del 12 de abril de 2011.

Finalmente sobre este aspecto, en lo relacionado a que debía recaer indicio en contra de la demandada REINA DEL CARMEN GOMEZ JIMENEZ al no comparecer al proceso, acota la Sala que no existe en el ordenamiento jurídico tal figura por el hecho de no comparecer al proceso, pues en eventos como en el presente, ante su falta de comparecencia es que se le nombra curador ad litem, y en lo relacionado con que "*si no tuviera nada que esconder ni nada que negar se hubiera presentado"*, no pasa de ser una simple conjetura que no tiene ni siquiera respaldo legal.

Colofón de lo dicho, el acrecimiento pensional pretendido esta llamado al fracaso, con lo cual se confirma la decisión de instancia en este aspecto.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, que coincide con la sentada ahora por nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1681-2020, según las cuales los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 199 se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior.**

Del mismo modo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha ido más allá y ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de **reajustes o reliquidaciones**, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

> *"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".*

Frente a su **causación**, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 22 de septiembre de 2021 (SL4321-2021), que se

causan a partir del plazo máximo de 2 meses a que se refiere el artículo 1° de la ley 717 de 2001, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios* ***no opera*** *cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013). *(negrilla fuera de texto)*

En el caso de autos, el derecho reclamado se debía reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2003, esto es, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se presentó el 05 de septiembre de 2014, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 05 de noviembre de 2014 para reconocer el derecho reclamado, pero como no lo hizo habría lugar a los intereses moratorios desde el 06 de septiembre de 2014 hasta el 30 de abril de 2015, pues en el ciclo de abril 2015, fue incluida en nómina de pensionados, y en mayo se pagó el retroactivo de $62.514.436, correspondiente a las mesadas causadas del 15 de junio de 2008 hasta el 31 de marzo de 2015 (Fol. 212 a 213), empero como COLPENSIONES propuso la excepción de **prescripción**, la Sala estudiará tal medio extintivo.

Para resolver, establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el término de prescripción de las acciones laborales de tres años contados a partir de que la obligación se hizo **exigible,** la que se puede interrumpir como regla general por una sola vez presentando la reclamación por escrito.

Respecto de la exigibilidad de los intereses moratorios nuestra CSJ (Sl16585-2015) ha determinado que la fecha de exigibilidad de los mismos tiene lugar desde el momento en que se sobrepasa el plazo que tiene la entidad de seguridad social para reconocer y pagar la pensión solicitada, porque "***si la ley ha conferido un plazo para el efecto, no puede considerarse que incurre en un retardo la entidad que cumple su obligación dentro de tal interregno".*** (Negrilla del texto), pero teniendo en cuenta que se causan de manera periódica, es decir, diaria, de esa misma manera se hacen exigibles, de allí que, la interrupción de la prescripción debe estudiarse teniendo en cuenta que se trata de acreencias de tracto sucesivo, por ende, cada día que avance y deje de reclamarse en los términos de que trata el artículo 151 del CPTSS, hará que se pierda su importe.

Descendiendo al caso concreto, debemos partir por decir que la resolución GNR94792 del 28 de marzo de 2015, fue notificada el 21 de abril de 2015 (Fol. 201) y en aquella se establece que el retroactivo será ingresado en la nómina del periodo 201504, que se paga en el periodo 201505, y como quiera que la entidad incurrió en mora desde el 06 de noviembre de 2014 (vencimiento del plazo de 2 meses), la misma se extiende hasta el 30 de abril de 2015, pues a partir de mayo del mismo año ya fue pagado el retroactivo pensional generado por las mesadas causadas desde el 15 de junio de 2008 hasta el 31 de marzo de 2015, y en ese orden, para que no opere la prescripción total debía haber interrumpido la prescripción o acudido a la vía judicial hasta el 06 de noviembre de 2017, lo que en efecto sucedió, debido a que la demanda se presentó el 15 de marzo de 2016 (Fol. 70), por lo que, hay lugar a prohijar que no operó la prescripción de los intereses moratorios, como bien lo determinó la *a quo*.

En consecuencia, realizadas las operaciones matemáticas por concepto de intereses moratorios, desde el 06 de noviembre de 2014 hasta el 30 de abril de 2015, sobre

las mesadas causadas entre el 15 de junio de 2008 al 31 de marzo de 2015 arroja la suma de **$7.526.026**.

Fecha del cálculo	1-may-15
Período	20154
Interés Bancario Corriente	19,37%
Tasa E.A. Moratoria	29,06
Tasa Nominal Anual	25,78%
Tasa Nominal Diaria	0,0706298%

Período						
Desde	**Hasta**	**Fecha de mora**	**Diferencia en días**	**Valor cuota**	**Tasa diaria**	**Valor presente**
15-jun-08	5-nov-14	6-nov-14	176	$ 58.336.906	0,07063%	$ 7.251.766
5-nov-14	30-nov-14	1-dic-14	151	$ 585.764	0,07063%	$ 62.472
1-dic-14	31-dic-14	1-ene-15	120	$ 1.405.834	0,07063%	$ 119.152
1-ene-15	31-ene-15	1-feb-15	89	$ 728.644	0,07063%	$ 45.803
1-feb-15	28-feb-15	1-mar-15	61	$ 728.644	0,07063%	$ 31.393
1-mar-15	31-mar-15	1-abr-15	30	$ 728.644	0,07063%	$ 15.439
1-abr-15	30-abr-15	1-may-15	0		0,07063%	$ 0
				$ 62.514.436	**TOTAL**	**$ 7.526.026**

Indexación

No se impartirá condena por indexación teniendo en cuenta que, no fue ordenada en la primera instancia, tampoco fue objeto de apelación por la parte actora y la sentencia sobre este tópico se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, por lo que habrá de dejarse incólume la decisión.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificatoria de la sentencia en lo respectivo a los intereses moratorios, impartiendo confirmación en lo demás.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, pues ambas partes apelaron, pero no salieron airosos sus pedimentos. Las de primera se confirman.

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 SEGUNDO de la sentencia proferida el 04 de agosto de 2021 por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

> *SEGUNDO: **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor EDGAR GUILLERMO MONTENEGRO RODRIGUEZ, el valor de **$7.526.026,** por*

concepto de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, generado por las mesadas pensionales causadas entre el 15 de junio de 2008 y el 31 de marzo de 2015, incluida la mesada adicional de junio y diciembre de cada año. Intereses que se calcularon a partir del 06 de noviembre de 2014 y hasta el 30 de abril de 2015, dado que, en el mes de mayo de 2015 le fue cancelado el retroactivo, conforme la resolución GNR94792 del 28 de marzo de 2015"

SEGUNDO.: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

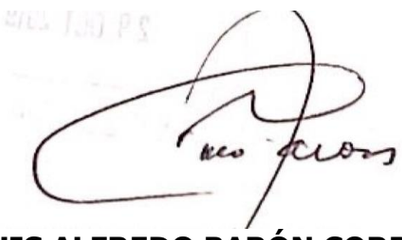
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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:	***EMERITA MOSQUERA***
DEMANDADO:	***UGPP y OTROS***
RADICACIÓN:	***110013105-020-2015-00357-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – COMPAÑERA PERMANENTE DE PENSIONADO.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. La señora EMÉRITA MOSQUERA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONALES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, proceda al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente de CALIMEDIO AGUDELO SOLIS, en un 50% a partir del 09 de abril de 1987, la indexación, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 25209 de 1973 el Terminal Marítimo de Buenaventura "Empresa Puertos de Colombia", reconoció la pensión de jubilación al señor Agudelo Solis Calimedio (q.e.p.d), a partir del 23 de noviembre de 1972; que el señor Agudelo Solis Calimedio falleció el 09 de abril de 1987; que entre el causante y la aquí demandante se inició una relación sentimental, compartiendo mesa, techo y lecho, desde el año de 1960, y se mantuvo vigente hasta la fecha de deceso de Agudelo Solis Calimedio; que de la relación sentimental se procrearon a Rubí, Fabiola, Wilber y Milton Agudelo Mosquera; que radicó solicitud de reconocimiento pensional el 23 de julio de 2013, y le fue negada mediante resolución RPD037678 del 15 de agosto de 2013; que mediante resolución No 009901 del 7 de enero de 1988 se reconoció la sustitución pensional en un 50% a la señora Bartola Murillo de Agudelo, en calidad de cónyuge, en un 12.5% a Wilber Agudelo Mosquera, Milton Agudelo Mosquera, Breiner Agudelo Rodríguez, Arlinton Agudelo Rentería, en calidad de hijos; que a la fecha la señora Bartola Murillo de Agudelo recibe el 100% de la sustitución pensional; que el 14 de abril de 2014 radicó solicitud de reconocimiento pensional, pero mediante auto

ADP004756 del 9 de mayo de 2014, la UGPP le comunicó el archivo de la solicitud. (Fols. 111 a 121)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 380 a 381); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 UGPP: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que no le asiste derecho a la actora al reconocimiento pensional pretendido, aunado a que la UGPP mediante resolución No 009901 del 7 de enero de 1988 reconoció la sustitución pensional a la señora BARTOLA MURILLO AGUDELO. Como excepciones de mérito rotuló las de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en los actos administrativos demandados, imposibilidad de condena en costas, prescripción, y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones. (Fols. 435 a 441).

3.2 BARTOLA MURILLO AGUDELO: Como quiera que a folio 564 se allegó certificado de defunción, se procedió a emplazar a los herederos determinados e indeterminados (Fol. 575), quienes contestaron la demanda a través de curador ad litem, el cual manifestó que se declaren improsperas las pretensiones conforme a las excepciones de fondo que se invocan. Propuso como excepciones de fondo las de falta de requisitos legales, caducidad y prescripción, falta de jurisdicción y competencia, e indebido agotamiento de la vía gubernativa. (Fols. 585 a 588)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de marzo de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que EMERITA MOSQUERA es beneficiaria de la sustitución pensional que en vida devengaba el señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (q.e.p.d); condenó a la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP a sustituir el 100% de la pensión de jubilación que en vida devengaba el señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (Q.E.P.D) a la señora EMERITA MOSQUERA a partir del 18 de junio del año 2018, junto con los incrementos legales anuales y una mesada adicional, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE; absolvió a la UGPP de las demás pretensiones de la demanda y finalmente gravó en costas a la UGPP (Fols. 689 a 691 expediente digital, con audio de la audiencia virtual).

Su decisión se basó en que de conformidad con el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha del deceso del causante (09 de abril de 1987), en el sub examine, la ley 33 de 1973, norma que solo indicó el reconocimiento pensional a favor de la cónyuge, pero no se refirió a la compañera permanente; que luego se expidió la ley 12 de 1975 y ley 113 de 1985, en la que se consagra a la compañera permanente como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pero ello solo es posible a falta de cónyuge; que con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, y los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales es procedente la sustitución pensional a la compañera permanente en los mismos términos que le corresponde a la cónyuge, pues se evita tratos discriminatorios; que en el caso concreto la demandante logra acreditar alrededor de 35 años de convivencia con anterioridad al fallecimiento del señor CALIMEDIO AGUDELO, por lo que se encuentran acreditados los presupuestos para acceder a la

sustitución pensional, correspondiéndole el porcentaje de la pensión de manera compartida con la cónyuge Bartola Murillo, sin embargo, como a aquella le fue reconocida la prestación en un 100% hasta el 18 de junio de 2018, fecha en la que falleció, por sustracción de materia el reconocimiento se ordenará solo a partir del 18 de julio de 2018, ello en razón a que el derecho aquí reconocido se da en virtud de la aplicación de la jurisprudencia, y el ente de seguridad social no estaba obligada a su reconocimiento por la vía administrativa; igualmente, que de llegar a reconocer la prestación desde fecha anterior, conllevaría a un detrimento del patrimonio público.

Declaró no probada la excepción de prescripción, ya que el reconocimiento se efectúa a partir del 18 de julio de 2018, fecha para la cual ya estaba en trámite el presente proceso.

Absolvió de los intereses moratorios en razón a que el reconocimiento pensional surge de la aplicación jurisprudencial, y en su lugar se ordenó la indexación con el fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

6. Impugnación y límites del ad quem. se presentó inconformidad por ambas las partes procesales, así:

6.1 Demandante.: Manifiesta que el reconocimiento pensional debe dispensarse desde el 23 de julio de 2010, esto es, tres años anteriores a la reclamación de la pensión de sobrevivientes, situación para la cual debe tenerse en cuenta que la actora es una persona de 88 años de edad, y convivió con el causante alrededor de 37 años, procreando 3 hijos; que ordenar el reconocimiento desde la fecha en que lo hizo el a quo se estaría dando un trato discriminatorio frente a la cónyuge; que el derecho a la pensión es un derecho irrenunciable; que ambas beneficiarias, tanto compañera permanente como cónyuge les corresponde en un 50% a cada una, por lo que la actora tendría derecho al 50% desde el 23 de julio de 2010 hasta cuando falleció la cónyuge beneficiaria, fecha en la que procede el 100%.

6.2 UGPP.: Que la entidad acorde a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico reconoció la sustitución pensional mediante resolución No 9901 del 7 de enero de 1988 a la cónyuge supérstite e hijos del causante, sin que se encuentre acreditada la convivencia de la demandante en el presente proceso; que la entidad ha actuado dentro del marco de la buena fe.

7. Alegatos de conclusión. La UGPP manifiesta que se revoque la sentencia de primer grado, ya que no se demuestra la convivencia exigida, además que no es posible establecer con exactitud si existió o no convivencia simultánea.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes 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 como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable, conforme el artículo 69 *ejusdem*.

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

¿La señora EMERITA MOSQUERA reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (q.e.p.d.), en virtud de lo establecido en la ley 12 de 1975 y demás normas concordantes de la época?

Fallecimiento

El señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (Q.E.P.D) falleció el 9 de abril de 1987, según registro civil de defunción obrante a folio 97.

Normatividad aplicable

Así las cosas, lo primero que viene a propósito colegir es que, en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente a la fecha del deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

> *"Impone además recordar, que la jurisprudencia ha orientado que, en las controversias relativas a la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del deceso del causante, en virtud del artículo 16 del CST, que dispone que las normas sobre el trabajo producen efecto general inmediato y no tienen efectos retroactivos sobre situaciones ya definidas o consumadas en el pasado, como lo ha dejado sentado la Corporación en sentencias como la CSJ SL, 19 feb. 2014, rad. 46101; CSJ SL, 5 feb. 2014, rad. 42193; CSJ SL, 29 en. 2014, rad. 37955 y CSJ SL, 6 ag. 2014, rad. 46862, entre otras".*

En el *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en la ley 33 de 1973, y sus normas concordantes, pues el causante falleció el 09 de abril de 1987, y el tenor literal de tal disposición reza:

> *"**ARTÍCULO 1°.-** 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.*
>
> *Si concurrieren cónyuges e hijos, la mesada pensional se pagará, el cincuenta por ciento al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.*
>
> *La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben las demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital".*

Con posterioridad se expidió la ley 12 de 1975, en la que extiende el beneficio prestacional a la compañera permanente, en los siguientes términos:

> *"ARTÍCULO 1º.- 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".*

Ahora, como se extrae del texto normativo, la pensión allí consagrada se establece a favor de la cónyuge sobreviviente y compañera o compañero permanente (SL672-2021); no obstante, solo lo era de manera excluyente, es decir, a falta de cónyuge venía a suceder el compañero o compañera permanente, tal como aconteció en el sub examine, pues "Puertos de Colombia" mediante resolución No 009901 del 7 de enero de 1988 (Fols. 136 a 138), reconoció la sustitución pensional en un 50% a la señora Bartola Murillo de Agudelo, en calidad de cónyuge, y el restante a favor de los hijos.

Para resolver, valga a propósito traer a colación la sentencia de la Corte Constitucional SU454-2020, en la que se presentó acción constitucional contra la decisión del 27 de noviembre de 2018, tomada por la Sala de Descongestión No. 4 de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se denegó el derecho a la sustitución pensional por tener la demandante la calidad de compañera permanente y ser su derecho supletorio o a falta de cónyuge supérstite, caso de contornos similares al aquí debatido (pensionado de Foncolpuertos), en tal oportunidad la Corte Constitucional adoctrinó que:

> *"La autoridad judicial accionada estaba obligada a realizar un examen de constitucionalidad de la disposición concernida, artículo 55 de la Ley 90 de 1946, para determinar el derecho de la peticionaria a la sustitución pensional. Esto es, a la luz de los postulados de la Constitución Política de 1991, específicamente, del artículo 42 el cual prescribe que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos; sus relaciones se basan en la igualdad de derechos, así como en el respeto recíproco entre todos sus integrantes y el Estado y la sociedad están obligados a garantizar su protección integral.*
>
> *La decisión de la accionada, de excluir a quien aduce ostentar la condición de compañera permanente de la sustitución pensional por aplicar la prevalencia de la cónyuge en el derecho a acceder al beneficio, prevista en el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, configuró una violación directa de la Constitución Política. La Carta de 1991 establece expresamente que no son admisibles las distinciones fundadas en el origen del vínculo familiar y, por tanto, prevé que las determinaciones que en su vigencia mantengan estas diferenciaciones reproducen un tratamiento discriminatorio infundado e inadmisible, merecedor de reproche*
> *(…)*
> *Así las cosas, si un juez de la República se enfrenta, como en esta oportunidad, a una providencia que ubica irrazonablemente a las uniones de hecho en una situación de clara desventaja con respecto a las familias surgidas del matrimonio debe declarar su inconstitucionalidad por contrariar el propósito del actual Constituyente que proclama por un Estado social de derecho igualitario".*

De lo que viene dicho, esta Corporación se aviene al precedente sentado por la Corte Constitucional en las sentencias SU574 de 2019 y SU454 de 2020, como verdadera fuente de derecho al tratarse de una *"ratio decidendi"* que se exterioriza más allá del caso particular y permite adecuar la norma a eventos en que la reclamante sea compañera permanente a pesar de coexistir cónyuge supérstite del causante, ello bajo los postulados de la Constitución de 1991, en especial del desarrollo del concepto de familia.

Al respecto, la sentencia SU377-2017, nos enseña: "*Ahora bien, 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".*

Ello así, lo primero que advierte la Sala es que el a quo no se equivocó al realizar el estudio de la prestación y considerar que la actora podía ser beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente.

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que el Terminal Marítimo de Buenaventura Puertos de Colombia le reconoció pensión de jubilación a partir del 23 de noviembre de 1973, conforme Resolución N° 25209 de 21 de mayo de 1973 (Fol. 1 a 2 archivo No 1 Expediente administrativo).

Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente de pensionado

Como se dijo anteriormente, por el hecho de que conforme a la normatividad vigente de la época el derecho pensional solo surgiera ante la falta de cónyuge supérstite, lo cierto es que a la luz de los principios orientadores de la Constitución de 1991 ello no es óbice para estudiar el derecho que le puede asistir tanto a la cónyuge como a la compañera permanente del causante, por ello, en virtud del Decreto 3041 de 1966 y ley 90 de 1946, en cuyo artículo 55 de esta última disposición, se establece que tendrá derecho a la prestación siempre y cuando "*la reclamante hubiera hecho vida marital, durante los 3 años anteriores a la muerte de su compañero, a menos que hubieran procreado hijos".*

Veamos, en efecto la prueba testimonial recabada, en particular de Mercedes Rentería Mina, Miriam López Bravo y Pedro Aurelio Quintana, da cuenta de que conocieron a la pareja compuesta por EMERITA MOSQUERA y el señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (q.e.p.d.), quienes en calidad de vecinos o cercanos visitaban a la familia, compartían con los hijos de la pareja e incluso dieron cuenta del fallecimiento del señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (q.e.p.d.) y que fue la señora EMERITA MOSQUERA quien estuvo al pendiente; asimismo dieron cuenta que producto de esa relación procrearon a cuatro hijos de nombres Ruby, Fabiola, Wilber y Milton Javier, además manifestaron no haber conocido a la señora Bartola Murillo, dado que en el lapso que les consta la convivencia de la pareja, aproximadamente 20 a 25 años, siempre estuvieron juntos EMERITA MOSQUERA y el señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (q.e.p.d.), junto con sus hijos, tesituras más que suficientes para dar por acreditada la convivencia exigida. A lo anterior se suma que fruto de la relación entre EMERITA PORRAS y el señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (q.e.p.d.), nació RUBY, FABIOLA, WILBER y MILTON JAVIER AGUDELO MOSQUERA, este último nacido el 07 de noviembre de 1986 (Fol. 1 archivo No 37 expediente administrativo), lo que perfectamente llevaría a causar la prestación sin necesidad de exigirle la demostración de los 3 años de convivencia, razón por la cual, considera la Judicatura

que están más que acreditados los requisitos para que la señora EMERITA MOSQUERA sea beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente de CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (q.e.p.d.), a la luz de la ley 12 de 1975, y sus demás normas complementarias.

Causado como está el derecho a favor de EMERITA MOSQUERA, se procede a la condena en concreto, para lo cual, ha de precisarse que la sustitución pensional primigeniamente otorgada mediante resolución No 09901 del 7 de enero de 1988, a Bartola Murillo de Agudelo en calidad de cónyuge, WILBER y MILTON JAVIER AGUDELO MOSQUERA en calidad de hijos, y BREINER AGUDELO RODRIGUEZ en calidad de hijo (Fol. 136 a 137 expediente digitalizado), ya no se viene reconociendo por parte de la UGPP, pues respecto a BARTOLA MURILLO DE ANGULO (cónyuge), aquella falleció el 18 de junio de 2018 (Fol. 564 expediente digitalizado), y respecto de los hijos, su derecho se encuentra extinguido, pues cumplieron la mayoría de edad.

Aunado a lo anterior, la UGPP no allegó manifestación alguna de que por circunstancias excepcionales haya seguido reconociendo la sustitución pensional a alguno de los beneficiarios antes expuestos.

En lo atinente a la fecha a partir de la cual habrá de ordenarse el reconocimiento pensional, atendiendo a la particularidad de que la beneficiaria que venía percibiendo el 100% de la prestación falleció el 18 de junio de 2018 (Fol. 564 expediente digitalizado), será a partir de tal calenda que se proceda a reconocer la prestación a la demandante, puesto que sólo a partir de esa fecha la administradora de pensiones dejó de reconocer la sustitución pensional.

Debe hacerse notar que en el presente asunto no podría considerarse que ante la solicitud de la demandante elevada el 23 de julio de 2013, la UGPP debía o tenía la obligación de suspender el pago de la mesada pensional a quien se la venía reconociendo (cónyuge), toda vez que en el sub júdice no se presentó un conflicto de beneficiarios en los términos estrictos del art. 34 del Decreto 758 de 1990 y el art. 6 de la Ley 1204 de 2008, que ameritara una suspensión de pago con antelación a la fecha que se ordena el reconocimiento pensional (18 de junio de 2018), pues en el presente asunto la UGPP venía reconociendo una prestación apegada al ordenamiento jurídico y solo a través de esta proceso judicial es que se logra la declaratoria del derecho en favor de la aquí reclamante en calidad de compañera permanente, ante el acogimiento del criterio jurisprudencial que en época reciente ha delimitado la Corte Constitucional a través de la sentencia SU454 de 2020, además, para que la UGPP pueda entrar a suspender un derecho previamente reconocido se requiere que hayan acaecido *"actos o hechos manifiestamente ilegales por parte de su beneficiario"* (T-199-2018), lo que se itera no acontece en el sub examine, pues la UGPP venía reconociendo la prestación ceñida a los parámetros legales.

No desconoce esta Corporación, que en los conflictos de beneficiarios reclamantes de pensión de sobrevivientes en los que las entidades pagadoras de pensiones no actúan con buena fe exenta de culpa, sí es su responsabilidad reconocer íntegramente el derecho pensional al verdadero beneficiario sin descontar lo pagado previamente, y perseguir los dineros que hubiere abonado a los supuestos beneficiarios sin derecho, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ en sentencia SL4099 de 22 de marzo de 2017. No obstante, dicha

tesitura no es la que se presenta en el *sub lite*, por cuanto la UGPP acreditó haber actuado de buena fe al reconocer la pensión de sobrevivientes a la cónyuge e hijos supérstites que reclamaron inicialmente, en una fecha en la cual no se había proferido el precedente judicial vertical según el cual la compañera permanente también podría concurrir como beneficiaria de la sustitución pensional a la luz de la ley 12 de 1975.

Así las cosas, la alzada atinente a que se ordene el reconocimiento del retroactivo pensional desde el 23 de julio de 2010 se desestima.

Frente al monto pensional, al no existir a la fecha más beneficiarios de la prestación le corresponde a la actora el 100% de la prestación que venía percibiendo el señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS, para lo cual, se procederá a actualizar la mesada pensional que recibía el de *cujus* desde el año de 1987 ($46.261,89 - Fol. 332 archivo expediente digitalizado) hasta el año 2018, y luego, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **$ 77.455.800**, correspondiente a las mesadas causadas entre 18 de junio de 2018 y el 31 de octubre de 2021, y a partir del 1º de noviembre de 2021 la UGPP deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a $1.691.124, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Calimedio Agudelo Solis (Q.E.P.D), fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

AÑO	IPC	VALOR RECONOCIDO	MESADAS	TOTAL
1987	24,02%	$ 46.262		$ 0
1988	28,12%	$ 57.374		$ 0
1989	26,12%	$ 73.508		$ 0
1990	32,36%	$ 92.708		$ 0
1991	26,82%	$ 122.708		$ 0
1992	25,13%	$ 155.618		$ 0
1993	22,60%	$ 194.725		$ 0
1994	22,59%	$ 238.733		$ 0
1995	19,46%	$ 292.663		$ 0
1996	21,63%	$ 349.615		$ 0
1997	17,68%	$ 425.237		$ 0
1998	16,70%	$ 500.418		$ 0
1999	9,23%	$ 583.988		$ 0
2000	8,75%	$ 637.890		$ 0
2001	7,65%	$ 693.706		$ 0
2002	6,99%	$ 746.774		$ 0
2003	6,49%	$ 798.974		$ 0
2004	5,50%	$ 850.827		$ 0
2005	4,85%	$ 897.623		$ 0
2006	4,48%	$ 941.158		$ 0
2007	5,69%	$ 983.321		$ 0
2008	7,67%	$ 1.039.272		$ 0
2009	2,00%	$ 1.118.985		$ 0
2010	3,17%	$ 1.141.364		$ 0
2011	3,73%	$ 1.177.546		$ 0
2012	2,44%	$ 1.221.468		$ 0

2013	1,94%	$ 1.251.272		$ 0
2014	3,66%	$ 1.275.546		$ 0
2015	6,77%	$ 1.322.231		$ 0
2016	5,75%	$ 1.411.747		$ 0
2017	4,09%	$ 1.492.922		$ 0
2018	3,18%	$ 1.553.982	8,433333333	$ 13.105.252
2019	3,80%	$ 1.603.399	14	$ 22.447.588
2020	1,61%	$ 1.664.328	14	$ 23.300.596
2021		$ 1.691.124	11	$ 18.602.364
			TOTAL	**$ 77.455.800**

Se autoriza igualmente a la UGPP para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

Ninguna de las mesadas atrás reconocidas se encuentra prescrita, atendiendo a que la presentación de la demanda ocurrió el 19 de marzo de 2015 (Fol. 378 expediente digitalizado), y las mesadas se reconocen a partir del 18 de junio de 2018, vale decir, en el transcurso del presente proceso, según y conforme lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que "*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*", en lo que al punto concluye:

> *"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".*

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la UGPP cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexadas a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

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 **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 16 de marzo de 2021 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

> *"**SEGUNDO**: **CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a sustituir el 100% de la PENSIÓN DE JUBILACION que en vida devengaba el señor CALIMEDIO AGUDELO SOLIS (Q.E.P.D) a la señora EMERITA MOSQUERA a partir del 18 de junio del año 2018, en su condición de compañera permanente, y como retroactivo pensional causado desde el 18 de junio de 2018 hasta el 31 de octubre de 2021, la suma de **$77.455.800**. A partir del 1º de noviembre de 2021, la UGPP, deberá pagar cancelar una mesada pensional de $1.691.124, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre. Estas mesadas deberán indexarse teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectué su pago.*
> *Parágrafo: Se autoriza a UGPP a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud".*

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia venida en apelación y consulta.

TERCERO: **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS 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: ***PABLO EMILIO RUIZ ORTIZ***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***110013105-015-2020-00379-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA: ***RELIQUIDACIÓN PENSIONAL***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificado en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Pablo Emilio Ruiz Ortiz a través de mandatario judicial instauró demanda laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin que reliquide la pensión de vejez teniendo en cuenta el IBL de toda la vida laboral, en consecuencia, se condene al pago de la mesada pensional en suma de $2.831.257, a partir del 01 de julio de 2020, el retroactivo, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante Resolución SUB158421 del 24 de julio de 2020 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 01 de julio de 2020, en cuantía inicial de $1.946.944, ante lo cual presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo resuelto el de reposición a través de resolución No 188445 del 3 de septiembre de 2020, mediante la cual negó la reliquidación pretendida; que se tuvo en cuenta un IBL y una tasa de reemplazo inferior a la que legalmente le corresponde; que el IBL de toda la vida laboral arroja un valor de $3.539.790,94 al que se le aplica la tasa del 79.98%, dando como resultado una mesada inicial de $2.831.257, por lo que le asiste derecho a la reliquidación pensional. (Fols. 1 a 13, Archivo No 001 Exp. Digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 1 archivo No 14 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, la pensión se encuentra liquidada bajo los parámetros legales y se incluyeron los factores salariales que se reflejan en su historia laboral, asimismo que la tasa de reemplazo corresponde al tope máximo por contar con 1.854 semanas, esto es, del 79.10%; que no existe mala fe de COLPENSIONES. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, y declaratoria de otras excepciones. (Fols. 1 a 8 Archivo No 16 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 1° de julio de 2020, en cuantía inicial de $2.027.073, y no de $1.946.944 como lo había determinado COLPENSIONES en la resolución SUB158421 del 24 de julio de 2020; condenó a COLPENSIONES a reconocer la indexación desde la causación hasta la inclusión en nómina; absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones; ordenó los descuentos al sistema de seguridad social en salud, y gravó en costas a COLPENSIONES (fl. 1 a 3 Archivo No 28 y 29 Exp. Digital).

Indicó que el problema jurídico a resolver era si le asistía derecho al actor a la reliquidación de la mesada pensional, los intereses moratorios e indexación.

Frente al IBL manifestó que en la ley 100 de 1993 existen tres maneras de obtener el IBL, el primero el que establece el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, esto es, el del tiempo que le hiciere falta o el de toda la vida laboral, el segundo, el que establece el artículo 21 de la citada disposición, esto es, los últimos 10 años o toda la vida laboral si cuenta con más de 1.250 semanas, y el tercero, el que se desprende de la ley 797 de 2003, es decir, de los últimos 10 años o el de toda la vida laboral, ya que el mínimo de semanas para causar la prestación son 1.300 semanas.

Que, una vez realizada la liquidación por parte del Despacho, se encuentra que el IBL actualizado al 2020 se obtiene un IBL de $2.533.841, y de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, le corresponde una tasa de reemplazo del 80.57%, pero como el máximo es del 80%, arroja una mesada inicial para el año 2020 de $2.027.073 y no de $ 1.946.944 que tuvo en cuenta COLPENSIONES.

Asimismo, indicó que el error en la liquidación aportada por el actor puede acontecer en el factor de indexación, el que para el año 2020 presenta inconsistencia.

Frente a los intereses moratorios adujo que no son procedentes, ya que la entidad de seguridad social ha venido reconociendo la pensión de vejez, y en el presente asunto se trata de diferencias pensionales, lo cual en su criterio son improcedentes los intereses; no obstante, en su lugar ordenó la indexación por la pérdida del valor adquisitivo del dinero.

Declaró no probada la indexación ya que el reconocimiento pensional fue a partir del 1 de julio de 2020, y la demanda se presentó en el mismo año. Finalmente, condenó en costas a COLPENSIONES.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la parte actora, quien manifiesta que se sostiene en la liquidación aportada al diligenciamiento por su parte, en la que se obtiene un IBL superior al que dispuso el a quo; en lo referente a los intereses moratorios hizo hincapié en que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL3130 de 2020 abandonó el criterio que venía sosteniendo sobre la improcedencia de los intereses en reajustes y reliquidaciones, y que por lo tanto, al estar en el presente asunto frente a un saldo pendiente de pago por causa de la reliquidación hay lugar a los intereses moratorios pretensos.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante.: Solicita que se modifique la decisión de instancia en lo que tiene que ver con el cálculo del IBL y la procedencia de los intereses moratorios, ya que estos últimos también son procedentes en reliquidaciones o reajustes.

6.2 Colpensiones.: Esgrime que debe absolverse a Colpensiones de las suplicas de la demanda, dado que no existen motivos de hecho y de derecho que permitan generar retroactivo a favor del actor, así como tampoco intereses moratorios.

7. 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 en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

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

(i) ¿La asiste derecho al demandante a la reliquidación del IBL? En caso positivo (ii) ¿Le asiste derecho al retroactivo por reajuste en la mesada pensional?, y (iii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en caso positivo, desde que fecha?

PENSION DE VEJEZ- IBL

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que el demandante nació el 30 de junio de 1958 (fol. 4 Archivo No 002); (ii) Que solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez el 30 de junio de 2020, la cual le fue concedida a través de resolución SUB158421 del 24 de julio de 2020 (Fols. 19 a 26 Archivo No 002), en cuantía inicial de $ 1.946.944, a partir del 01 de julio de 2020; (iii) Que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación (Fol. 27 Archivo No 02), y fue desatado el de reposición mediante resolución SUB188445 del 03 de septiembre de 2020, negándole la reliquidación de la mesada pensional (Fol. 31 a 40 Archivo No 002). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho a que le sea reliquidada la pensión de vejez teniendo en cuenta el IBL de toda la vida laboral.

Es así que no es objeto de disenso el reconocimiento pensional, mismo que se efectuó bajo los parámetros del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende de la resolución SUB158421 del 24 de julio de 2020 (Fols. 19 a 26 Archivo No 002), siendo el punto neural la liquidación del IBL que dio lugar a la primera mesada pensional a partir del 01 de julio de 2020, pues mientras el actor insiste en que debe ser de $2.831.257, el a quo encontró que lo es de $2.027.073, superior a la mesada pensional reconocida por COLPENSIONES que lo fue de $1.946.944.

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el sistema contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años, o toda la vida laboral en el caso de acreditar más de 1250 semanas, debiendo aplicar el IBL que resulte más favorable, para lo cual ha de aplicarse la fórmula de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para establecer la tasa de reemplazo.

Así las cosas, en vista que el demandante desde el libelo genitor suplica que le sea aplicado el IBL de toda la vida laboral y precisamente ese fue el que el a quo encontró que le era favorable, y como al respecto no se presentó inconformidad por la parte actora, la Sala solo procederá a realizar el cálculo del IBL de toda la vida laboral con base en la historia laboral más actualizada, obrante en el expediente (Archivo No 25 Expediente administrativo), según anexo que se glosa a la sentencia, obteniéndose la suma de **$2.522.999,06**, suma inferior a la que llegó el juzgador primigenio, que lo fue de **$2.533.841** y a la vez superior al que encontró COLPENSIONES en la resolución SUB158421 del 24 de julio de 2020 por valor de **$2.461.371;** sin embargo, aprecia la Sala que a pesar de haberse formulado apelación por la parte activa, al encontrarse un menor valor del IBL y revisarse la sentencia en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta, habrá de tenerse en cuenta para los efectos de la condena la suma que arrojó la liquidación realizada por esta Corporación, esto es, un IBL de toda la vida laboral de $2.522.999,06, sin que ello vulnere el principio de la *non reformatio in pejus* (C-583/97).

Acota la Sala que la liquidación presentada por el apoderado judicial de la activa, no detalla los IPC que dan lugar al IPC acumulado, sin embargo, se aclara que sobre esta materia ha de tenerse en cuenta como IPC inicial el del año inmediatamente anterior a la cotización y como IPC final el del año inmediatamente anterior a la causación de la prestación, como lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia, entre otras providencias la SL5509-2016, y SL5010-2016, en los siguientes términos:

> *"tomando como IPC final el acumulado a diciembre de la anualidad inmediatamente anterior a la fecha de causación de la pensión que corresponde para la demandante al acumulado del 2001 (66.73), y como IPC inicial el acumulado a diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha en que se devengó o generó el salario base de cotización, operación que se ajusta a la disposición legal estudiada y a la doctrina de esta Corporación".*

Ahora, en lo que respecta a la liquidación realizada por el Juzgado de origen, debe decirse que la diferencia que se presenta con la liquidación realizada por esta Colegiatura es ínfima, pero está circunscrita lo es en relación con algunos periodos con cotización simultánea y en lo que refiere a las cotizaciones en el año de 1994 se observa que se realizan solo por un día lo cual genera diferencia en el promedio

mensual y anual del salario devengado, en relación con el promedio de toda la vida laboral.

Tasa de reemplazo artículo 34 ley 100 de 1993

De acuerdo con lo anterior, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 34 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, precepto normativo del que podemos extraer que, para la determinación de la tasa de reemplazo, se debe tener en cuenta la formula allí plasmada:

r = 65.50 - 0.50 s,

Donde **r** corresponde a la tasa de reemplazo, **S** equivale al ingreso base de liquidación, dividido por el valor de salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el año 2020, que equivale a $877.803.

De acuerdo con lo expuesto, tenemos entonces que para hallar **S** es necesario efectuar la siguiente operación:

s= IBL/SMLMV
s= $2.522.999,06/ $877.803

Así las cosas, tenemos que el valor de S equivale a 2,87.

Establecido lo anterior, continuamos con el desarrollo de la formula señalada en la norma en cita (r = 65.50 - 0.50 s), para lo cual debemos en primer lugar, tomar el resultado de S: 2.87 y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

2.87 X 0.5= 1.43

r = 65.50 – 1.43
r = 65.50 – 1.43
r = 64.07

Ahora bien, contempla el norma objeto de estudio que a partir del año 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, sin que en ningún caso el valor total de la pensión pueda ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Tenemos entonces que el mínimo de semanas requeridas a los que alude la norma en cita corresponde a 1.300, por ende, el demandante cuenta con 554.43 semanas adicionales, es decir que le corresponde un porcentaje adicional de 1.5% del ingreso base de liquidación en relación a cada 50 semanas adicionales.

Por lo planteado precedentemente, válidamente podemos efectuar la siguiente formulación:

Semanas adicionales = (1854.43 - 1300 = 554.43 554/50 = 11 x 1.5%= 16.5 %).

En consecuencia, se tiene que el actor cuenta con 554.43 semanas adicionales de cotización, esto es, 11 puntos sobre los cuales aplicar el 1.5% de porcentaje adicional, para un total de 16.5% de incremento sobre el porcentaje atrás calculado.

Efectuada entonces la sumatoria de r (64.07) más el porcentaje resultante de las semanas adicionales (16.5%), tenemos una tasa de reemplazo equivalente a 80.57%, sin embargo, como el máximo permitido por la norma es el 80%, se confirmará la decisión en este aspecto, tal como lo determinó el a quo.

Adicionalmente, se debe resaltar que sobre la manera de liquidar la prestación de vejez bajo los parámetros expuestos en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL3785 de 2019, enseñó cómo se debe proceder a efectuar el cálculo de tasa de reemplazo, así:

> *"En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en $4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009, correspondiente a $497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio"*

De suerte que, una vez realizadas las operaciones aritméticas del caso, constata la Corporación que el monto correspondiente a la mesada pensional con el IBL de $2.522.999,06, al aplicársele el 80 % de tasa de reemplazo arroja una mesada inicial de **$2.018.399,25** para el año 2020.

Ahora, para efecto del disfrute y el retroactivo, como COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción, hay lugar a estudiar dicho medio exceptivo, tal como lo establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que dispone el término de tres años contados a partir de que la obligación se hizo exigible, la que se puede interrumpir presentando la reclamación por escrito.

En el sub examine, ningún reajuste esta afecto por la prescripción, dado que el disfrute pensional lo fue desde el 01 de julio de 2020, se efectuó la reclamación de la reliquidación a través de la interposición del recurso de reposición y apelación el 05 de agosto de 2020 (Fol. 27 Archivo No 02), y la demanda se instauró el 20 de octubre de 2020 (Fol. 1 archivo No 04), con lo cual, ninguna diferencia por mesadas se encuentra afecta por la prescripción, tal como acertadamente lo determinó el juez primigenio.

Ello así, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia y una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena correspondiente a las mesadas causadas entre el 01 de julio de 2020 al 31 de octubre de 2021, se obtiene la suma de $1.226.244, y a partir del 01 de noviembre de 2021 Colpensiones deberá cancelar una mesada pensional de

$2.050.895, la cual se incrementará anualmente conforme con el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y sobre 13 mesadas pensionales, según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

REAJUSTE PENSIONAL						
Año	**IPC**	**Valor reconocido**	**Valor real**	**Diferencia mensual**	**# mesadas**	**Total retroactivo**
2020	1,61%	$ 1.946.944	$ 2.018.399	$ 71.455	7	$ 500.187
2021		$ 1.978.290	$ 2.050.895	$ 72.606	10	$ 726.057
					TOTAL	**$ 1.226.244**

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, que coincide con la sentada ahora por nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1681-2020, según las cuales los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 199 se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensión** reconocida en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior.**

Del mismo modo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha ido más allá y ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de **reajustes o reliquidaciones**, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

> *"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".*

Frente a su **causación**, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9° de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios **no opera** cuando la decisión de negar la pensión tiene un*

respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley" (CSJ SL787-2013). (negrilla fuera de texto)

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

> *"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:*
>
> > *Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.*
>
> *Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".*

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno COLPENSIONES reconoce la prestación de manera deficitaria, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se elevó el 30 de junio de 2020 (Fol. 19), por lo que tenía hasta el 30 de octubre de 2020 para reconocer y pagar la pensión de vejez en debida forma, pero como no lo hizo, tales intereses se causan desde el 01 de noviembre de 2020, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación. Intereses que se causan sobre cada una de las diferencias sobre las mesadas generadas desde el 01 de julio de 2020, y las que se sigan causando hasta el momento del pago.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificatoria de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por cuanto la apelación prosperó parcialmente solo en lo referido a los intereses moratorios. Las de primera se confirman.

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 y SEGUNDO** de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedarán así:

> ***"PRIMERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor PABLO EMILIO RUIZ ORTIZ, el valor de* ***$1.226.244,*** *por concepto de diferencia pensional por las mesadas causadas desde el 01 de julio de 2020 hasta el 31 de octubre de 2021. A partir del 01 de noviembre de 2021, se seguirá reconociendo la pensión en cuantía de* ***$2.050.895,*** *con 13 mesadas pensionales, y en lo sucesivo con los reajustes de ley a que alude el artículo 14 de la ley 100 de 1993.*
>
> ***Parágrafo: ORDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios desde el 01 de noviembre de 2020, sobre las diferencias de las mesadas causadas desde el 01 de julio de 2020 y las que se sigan causando hasta la fecha en que se efectué el pago de la obligación, cuyo cálculo correrá a cargo de COLPENSIONES y deberá realizarlo con la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento del pago.*
>
> ***TERCERO:*** *ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones invocadas en la demanda".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS 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-

CALCULO IBL TODA LA VIDA LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA LABORAL

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DIAS	**13024**
F. FINAL	31-dic-21		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-ene-67	31-ene-67					2019	103,80	1966	0,09
1-sep-78	30-sep-78	$ 3.300	4	$ 725.392	$ 223	2019	103,80	1977	0,47
1-oct-78	31-oct-78	$ 3.300	31	$ 725.392	$ 1.727	2019	103,80	1977	0,47
1-nov-78	30-nov-78	$ 3.300	30	$ 725.392	$ 1.671	2019	103,80	1977	0,47
1-dic-78	31-dic-78	$ 3.300	31	$ 725.392	$ 1.727	2019	103,80	1977	0,47
1-ene-79	31-ene-79	$ 3.300	31	$ 612.513	$ 1.458	2019	103,80	1978	0,56
1-feb-79	28-feb-79	$ 4.410	28	$ 818.540	$ 1.760	2019	103,80	1978	0,56
1-mar-79	31-mar-79	$ 4.410	31	$ 818.540	$ 1.948	2019	103,80	1978	0,56
1-abr-79	30-abr-79	$ 4.410	30	$ 818.540	$ 1.885	2019	103,80	1978	0,56
1-may-79	31-may-79	$ 4.410	31	$ 818.540	$ 1.948	2019	103,80	1978	0,56
1-jun-79	30-jun-79	$ 4.410	17	$ 818.540	$ 1.068	2019	103,80	1978	0,56
1-jul-79	31-jul-79					2019	103,80	1978	0,56
1-ago-79	31-ago-79					2019	103,80	1978	0,56
1-sep-79	30-sep-79					2019	103,80	1978	0,56
1-oct-79	31-oct-79					2019	103,80	1978	0,56
1-nov-79	30-nov-79					2019	103,80	1978	0,56
1-dic-79	31-dic-79	$ 5.790	21	$ 1.074.682	$ 1.733	2019	103,80	1978	0,56
1-ene-80	31-ene-80	$ 5.790	31	$ 834.407	$ 1.986	2019	103,80	1979	0,72
1-feb-80	29-feb-80	$ 5.790	29	$ 834.407	$ 1.858	2019	103,80	1979	0,72
1-mar-80	31-mar-80	$ 5.790	31	$ 834.407	$ 1.986	2019	103,80	1979	0,72
1-abr-80	30-abr-80	$ 5.790	30	$ 834.407	$ 1.922	2019	103,80	1979	0,72
1-may-80	31-may-80	$ 5.790	31	$ 834.407	$ 1.986	2019	103,80	1979	0,72
1-jun-80	30-jun-80	$ 5.790	30	$ 834.407	$ 1.922	2019	103,80	1979	0,72

1-jul-80	31-jul-80	$ 5.790	31	$ 834.407	$ 1.986	2019	103,80	1979	0,72
1-ago-80	31-ago-80	$ 5.790	31	$ 834.407	$ 1.986	2019	103,80	1979	0,72
1-sep-80	30-sep-80	$ 5.790	30	$ 834.407	$ 1.922	2019	103,80	1979	0,72
1-oct-80	31-oct-80	$ 11.850	31	$ 1.707.723	$ 4.065	2019	103,80	1979	0,72
1-nov-80	30-nov-80	$ 11.850	30	$ 1.707.723	$ 3.934	2019	103,80	1979	0,72
1-dic-80	31-dic-80	$ 11.850	31	$ 1.707.723	$ 4.065	2019	103,80	1979	0,72
1-ene-81	31-ene-81	$ 11.850	31	$ 1.357.254	$ 3.231	2019	103,80	1980	0,91
1-feb-81	28-feb-81	$ 11.850	28	$ 1.357.254	$ 2.918	2019	103,80	1980	0,91
1-mar-81	31-mar-81	$ 11.850	31	$ 1.357.254	$ 3.231	2019	103,80	1980	0,91
1-abr-81	30-abr-81	$ 11.850	30	$ 1.357.254	$ 3.126	2019	103,80	1980	0,91
1-may-81	31-may-81	$ 11.850	31	$ 1.357.254	$ 3.231	2019	103,80	1980	0,91
1-jun-81	30-jun-81	$ 11.850	30	$ 1.357.254	$ 3.126	2019	103,80	1980	0,91
1-jul-81	31-jul-81	$ 11.850	31	$ 1.357.254	$ 3.231	2019	103,80	1980	0,91
1-ago-81	31-ago-81	$ 11.850	31	$ 1.357.254	$ 3.231	2019	103,80	1980	0,91
1-sep-81	30-sep-81	$ 11.850	30	$ 1.357.254	$ 3.126	2019	103,80	1980	0,91
1-oct-81	31-oct-81	$ 14.610	31	$ 1.673.374	$ 3.983	2019	103,80	1980	0,91
1-nov-81	30-nov-81	$ 14.610	30	$ 1.673.374	$ 3.855	2019	103,80	1980	0,91
1-dic-81	31-dic-81	$ 14.610	31	$ 1.673.374	$ 3.983	2019	103,80	1980	0,91
1-ene-82	31-ene-82	$ 14.610	31	$ 1.324.864	$ 3.153	2019	103,80	1981	1,14
1-feb-82	28-feb-82	$ 14.610	28	$ 1.324.864	$ 2.848	2019	103,80	1981	1,14
1-mar-82	31-mar-82	$ 14.610	31	$ 1.324.864	$ 3.153	2019	103,80	1981	1,14
1-abr-82	30-abr-82	$ 21.420	30	$ 1.942.409	$ 4.474	2019	103,80	1981	1,14
1-may-82	31-may-82	$ 21.420	31	$ 1.942.409	$ 4.623	2019	103,80	1981	1,14
1-jun-82	30-jun-82	$ 21.420	30	$ 1.942.409	$ 4.474	2019	103,80	1981	1,14
1-jul-82	31-jul-82	$ 21.420	31	$ 1.942.409	$ 4.623	2019	103,80	1981	1,14
1-ago-82	31-ago-82	$ 21.420	31	$ 1.942.409	$ 4.623	2019	103,80	1981	1,14
1-sep-82	30-sep-82	$ 21.420	30	$ 1.942.409	$ 4.474	2019	103,80	1981	1,14
1-oct-82	31-oct-82	$ 21.420	31	$ 1.942.409	$ 4.623	2019	103,80	1981	1,14
1-nov-82	30-nov-82	$ 21.420	30	$ 1.942.409	$ 4.474	2019	103,80	1981	1,14
1-dic-82	31-dic-82	$ 21.420	31	$ 1.942.409	$ 4.623	2019	103,80	1981	1,14
1-ene-83	31-ene-83	$ 21.420	31	$ 1.566.364	$ 3.728	2019	103,80	1982	1,42
1-feb-83	28-feb-83	$ 21.420	28	$ 1.566.364	$ 3.367	2019	103,80	1982	1,42

1-mar-83	31-mar-83	$ 21.420	31	$ 1.566.364	$ 3.728	2019	103,80	1982	1,42
1-abr-83	30-abr-83	$ 21.420	30	$ 1.566.364	$ 3.608	2019	103,80	1982	1,42
1-may-83	31-may-83	$ 21.420	31	$ 1.566.364	$ 3.728	2019	103,80	1982	1,42
1-jun-83	30-jun-83	$ 30.150	30	$ 2.204.756	$ 5.079	2019	103,80	1982	1,42
1-jul-83	31-jul-83	$ 30.150	1	$ 2.204.756	$ 169	2019	103,80	1982	1,42
1-ago-83	31-ago-83	$ 30.150	31	$ 2.204.756	$ 5.248	2019	103,80	1982	1,42
1-sep-83	30-sep-83	$ 30.150	30	$ 2.204.756	$ 5.079	2019	103,80	1982	1,42
1-oct-83	31-oct-83	$ 39.310	31	$ 2.874.593	$ 6.842	2019	103,80	1982	1,42
1-nov-83	30-nov-83	$ 39.310	30	$ 2.874.593	$ 6.621	2019	103,80	1982	1,42
1-dic-83	31-dic-83	$ 39.310	31	$ 2.874.593	$ 6.842	2019	103,80	1982	1,42
1-ene-84	31-ene-84	$ 39.310	31	$ 2.464.901	$ 5.867	2019	103,80	1983	1,66
1-feb-84	29-feb-84	$ 39.310	29	$ 2.464.901	$ 5.488	2019	103,80	1983	1,66
1-mar-84	31-mar-84	$ 39.310	31	$ 2.464.901	$ 5.867	2019	103,80	1983	1,66
1-abr-84	30-abr-84	$ 39.310	30	$ 2.464.901	$ 5.678	2019	103,80	1983	1,66
1-may-84	31-may-84	$ 39.310	31	$ 2.464.901	$ 5.867	2019	103,80	1983	1,66
1-jun-84	30-jun-84	$ 39.310	30	$ 2.464.901	$ 5.678	2019	103,80	1983	1,66
1-jul-84	31-jul-84	$ 39.310	31	$ 2.464.901	$ 5.867	2019	103,80	1983	1,66
1-ago-84	31-ago-84	$ 39.310	31	$ 2.464.901	$ 5.867	2019	103,80	1983	1,66
1-sep-84	30-sep-84	$ 39.310	30	$ 2.464.901	$ 5.678	2019	103,80	1983	1,66
1-oct-84	31-oct-84	$ 39.310	31	$ 2.464.901	$ 5.867	2019	103,80	1983	1,66
1-nov-84	30-nov-84	$ 30.150	30	$ 1.890.531	$ 4.355	2019	103,80	1983	1,66
1-dic-84	31-dic-84	$ 30.150	31	$ 1.890.531	$ 4.500	2019	103,80	1983	1,66
1-ene-85	31-ene-85	$ 30.150	31	$ 1.597.925	$ 3.803	2019	103,80	1984	1,96
1-feb-85	28-feb-85	$ 30.150	28	$ 1.597.925	$ 3.435	2019	103,80	1984	1,96
1-mar-85	31-mar-85	$ 30.150	31	$ 1.597.925	$ 3.803	2019	103,80	1984	1,96
1-abr-85	30-abr-85	$ 30.150	30	$ 1.597.925	$ 3.681	2019	103,80	1984	1,96
1-may-85	31-may-85	$ 30.150	31	$ 1.597.925	$ 3.803	2019	103,80	1984	1,96
1-jun-85	30-jun-85	$ 30.150	30	$ 1.597.925	$ 3.681	2019	103,80	1984	1,96
1-jul-85	31-jul-85	$ 30.150	31	$ 1.597.925	$ 3.803	2019	103,80	1984	1,96
1-ago-85	31-ago-85	$ 30.150	31	$ 1.597.925	$ 3.803	2019	103,80	1984	1,96
1-sep-85	30-sep-85	$ 30.150	30	$ 1.597.925	$ 3.681	2019	103,80	1984	1,96
1-oct-85	31-oct-85	$ 30.150	31	$ 1.597.925	$ 3.803	2019	103,80	1984	1,96

1-nov-85	30-nov-85	$ 41.040	30	$ 2.175.086	$ 5.010	2019	103,80	1984	1,96
1-dic-85	31-dic-85	$ 41.040	31	$ 2.175.086	$ 5.177	2019	103,80	1984	1,96
1-ene-86	31-ene-86	$ 41.040	31	$ 1.776.253	$ 4.228	2019	103,80	1985	2,40
1-feb-86	28-feb-86	$ 41.040	28	$ 1.776.253	$ 3.819	2019	103,80	1985	2,40
1-mar-86	31-mar-86	$ 41.040	31	$ 1.776.253	$ 4.228	2019	103,80	1985	2,40
1-abr-86	30-abr-86	$ 41.040	30	$ 1.776.253	$ 4.091	2019	103,80	1985	2,40
1-may-86	31-may-86	$ 47.370	31	$ 2.050.222	$ 4.880	2019	103,80	1985	2,40
1-jun-86	30-jun-86	$ 47.370	30	$ 2.050.222	$ 4.723	2019	103,80	1985	2,40
1-jul-86	31-jul-86	$ 47.370	31	$ 2.050.222	$ 4.880	2019	103,80	1985	2,40
1-ago-86	31-ago-86	$ 47.370	31	$ 2.050.222	$ 4.880	2019	103,80	1985	2,40
1-sep-86	30-sep-86	$ 47.370	30	$ 2.050.222	$ 4.723	2019	103,80	1985	2,40
1-oct-86	31-oct-86	$ 47.370	31	$ 2.050.222	$ 4.880	2019	103,80	1985	2,40
1-nov-86	30-nov-86	$ 41.040	30	$ 1.776.253	$ 4.091	2019	103,80	1985	2,40
1-dic-86	31-dic-86	$ 41.040	31	$ 1.776.253	$ 4.228	2019	103,80	1985	2,40
1-ene-87	31-ene-87	$ 41.040	31	$ 1.468.399	$ 3.495	2019	103,80	1986	2,90
1-feb-87	28-feb-87	$ 41.040	28	$ 1.468.399	$ 3.157	2019	103,80	1986	2,90
1-mar-87	31-mar-87	$ 41.040	31	$ 1.468.399	$ 3.495	2019	103,80	1986	2,90
1-abr-87	30-abr-87	$ 41.040	30	$ 1.468.399	$ 3.382	2019	103,80	1986	2,90
1-may-87	31-may-87	$ 89.070	31	$ 3.186.898	$ 7.586	2019	103,80	1986	2,90
1-jun-87	30-jun-87	$ 89.070	30	$ 3.186.898	$ 7.341	2019	103,80	1986	2,90
1-jul-87	31-jul-87	$ 70.260	31	$ 2.513.882	$ 5.984	2019	103,80	1986	2,90
1-ago-87	31-ago-87	$ 89.070	31	$ 3.186.898	$ 7.586	2019	103,80	1986	2,90
1-sep-87	30-sep-87	$ 89.070	30	$ 3.186.898	$ 7.341	2019	103,80	1986	2,90
1-oct-87	31-oct-87	$ 89.070	31	$ 3.186.898	$ 7.586	2019	103,80	1986	2,90
1-nov-87	30-nov-87	$ 89.070	30	$ 3.186.898	$ 7.341	2019	103,80	1986	2,90
1-dic-87	31-dic-87	$ 89.070	31	$ 3.186.898	$ 7.586	2019	103,80	1986	2,90
1-ene-88	31-ene-88	$ 89.070	31	$ 2.569.789	$ 6.117	2019	103,80	1987	3,60
1-feb-88	29-feb-88	$ 89.070	29	$ 2.569.789	$ 5.722	2019	103,80	1987	3,60
1-mar-88	31-mar-88	$ 89.070	31	$ 2.569.789	$ 6.117	2019	103,80	1987	3,60
1-abr-88	30-abr-88	$ 89.070	30	$ 2.569.789	$ 5.919	2019	103,80	1987	3,60
1-may-88	31-may-88	$ 89.070	31	$ 2.569.789	$ 6.117	2019	103,80	1987	3,60
1-jun-88	30-jun-88	$ 89.070	30	$ 2.569.789	$ 5.919	2019	103,80	1987	3,60

1-jul-88	31-jul-88	$ 89.070	31	$ 2.569.789	$ 6.117	2019	103,80	1987	3,60
1-ago-88	31-ago-88	$ 89.070	31	$ 2.569.789	$ 6.117	2019	103,80	1987	3,60
1-sep-88	30-sep-88	$ 89.070	30	$ 2.569.789	$ 5.919	2019	103,80	1987	3,60
1-oct-88	31-oct-88	$ 99.630	31	$ 2.874.459	$ 6.842	2019	103,80	1987	3,60
1-nov-88	30-nov-88	$ 99.630	30	$ 2.874.459	$ 6.621	2019	103,80	1987	3,60
1-dic-88	31-dic-88	$ 99.630	31	$ 2.874.459	$ 6.842	2019	103,80	1987	3,60
1-ene-89	31-ene-89	$ 99.630	31	$ 2.243.584	$ 5.340	2019	103,80	1988	4,61
1-feb-89	28-feb-89	$ 99.630	28	$ 2.243.584	$ 4.823	2019	103,80	1988	4,61
1-mar-89	31-mar-89	$ 99.630	31	$ 2.243.584	$ 5.340	2019	103,80	1988	4,61
1-abr-89	30-abr-89	$ 99.630	30	$ 2.243.584	$ 5.168	2019	103,80	1988	4,61
1-may-89	31-may-89	$ 99.630	31	$ 2.243.584	$ 5.340	2019	103,80	1988	4,61
1-jun-89	30-jun-89	$ 99.630	30	$ 2.243.584	$ 5.168	2019	103,80	1988	4,61
1-jul-89	31-jul-89	$ 99.630	31	$ 2.243.584	$ 5.340	2019	103,80	1988	4,61
1-ago-89	31-ago-89	$ 99.630	31	$ 2.243.584	$ 5.340	2019	103,80	1988	4,61
1-sep-89	30-sep-89	$ 99.630	30	$ 2.243.584	$ 5.168	2019	103,80	1988	4,61
1-oct-89	31-oct-89	$ 123.210	31	$ 2.774.586	$ 6.604	2019	103,80	1988	4,61
1-nov-89	30-nov-89	$ 123.210	30	$ 2.774.586	$ 6.391	2019	103,80	1988	4,61
1-dic-89	31-dic-89	$ 123.210	31	$ 2.774.586	$ 6.604	2019	103,80	1988	4,61
1-ene-90	31-ene-90	$ 123.210	31	$ 2.200.950	$ 5.239	2019	103,80	1989	5,81
1-feb-90	28-feb-90	$ 123.210	28	$ 2.200.950	$ 4.732	2019	103,80	1989	5,81
1-mar-90	31-mar-90	$ 123.210	31	$ 2.200.950	$ 5.239	2019	103,80	1989	5,81
1-abr-90	30-abr-90	$ 123.210	30	$ 2.200.950	$ 5.070	2019	103,80	1989	5,81
1-may-90	31-may-90	$ 123.210	31	$ 2.200.950	$ 5.239	2019	103,80	1989	5,81
1-jun-90	30-jun-90	$ 123.210	30	$ 2.200.950	$ 5.070	2019	103,80	1989	5,81
1-jul-90	31-jul-90	$ 123.210	31	$ 2.200.950	$ 5.239	2019	103,80	1989	5,81
1-ago-90	31-ago-90	$ 123.210	31	$ 2.200.950	$ 5.239	2019	103,80	1989	5,81

1-sep-90	30-sep-90	$ 123.210	30	$ 2.200.950	$ 5.070	2019	103,80	1989	5,81
1-oct-90	31-oct-90	$ 136.290	31	$ 2.434.603	$ 5.795	2019	103,80	1989	5,81
1-nov-90	30-nov-90	$ 136.290	30	$ 2.434.603	$ 5.608	2019	103,80	1989	5,81
1-dic-90	31-dic-90	$ 136.290	31	$ 2.434.603	$ 5.795	2019	103,80	1989	5,81
1-ene-91	31-ene-91	$ 165.180	31	$ 2.230.625	$ 5.309	2019	103,80	1990	7,69
1-feb-91	28-feb-91	$ 165.180	28	$ 2.230.625	$ 4.796	2019	103,80	1990	7,69
1-mar-91	31-mar-91	$ 165.180	31	$ 2.230.625	$ 5.309	2019	103,80	1990	7,69
1-abr-91	30-abr-91	$ 165.180	30	$ 2.230.625	$ 5.138	2019	103,80	1990	7,69
1-may-91	31-may-91	$ 165.180	31	$ 2.230.625	$ 5.309	2019	103,80	1990	7,69
1-jun-91	30-jun-91	$ 165.180	30	$ 2.230.625	$ 5.138	2019	103,80	1990	7,69
1-jul-91	31-jul-91	$ 165.180	31	$ 2.230.625	$ 5.309	2019	103,80	1990	7,69
1-ago-91	31-ago-91	$ 165.180	31	$ 2.230.625	$ 5.309	2019	103,80	1990	7,69
1-sep-91	30-sep-91	$ 165.180	30	$ 2.230.625	$ 5.138	2019	103,80	1990	7,69
1-oct-91	31-oct-91	$ 215.790	31	$ 2.914.073	$ 6.936	2019	103,80	1990	7,69
1-nov-91	30-nov-91	$ 215.790	30	$ 2.914.073	$ 6.712	2019	103,80	1990	7,69
1-dic-91	31-dic-91	$ 215.790	31	$ 2.914.073	$ 6.936	2019	103,80	1990	7,69
1-ene-92	31-ene-92	$ 215.790	31	$ 2.298.884	$ 5.472	2019	103,80	1991	9,74
1-feb-92	29-feb-92	$ 215.790	29	$ 2.298.884	$ 5.119	2019	103,80	1991	9,74
1-mar-92	31-mar-92	$ 215.790	31	$ 2.298.884	$ 5.472	2019	103,80	1991	9,74
1-abr-92	30-abr-92	$ 215.790	30	$ 2.298.884	$ 5.295	2019	103,80	1991	9,74
1-may-92	31-may-92	$ 215.790	31	$ 2.298.884	$ 5.472	2019	103,80	1991	9,74

1-jun-92	30-jun-92	$ 215.790	30	$ 2.298.884	$ 5.295	2019	103,80	1991	9,74
1-jul-92	31-jul-92	$ 215.790	31	$ 2.298.884	$ 5.472	2019	103,80	1991	9,74
1-ago-92	31-ago-92	$ 215.790	31	$ 2.298.884	$ 5.472	2019	103,80	1991	9,74
1-sep-92	30-sep-92	$ 215.790	30	$ 2.298.884	$ 5.295	2019	103,80	1991	9,74
1-oct-92	31-oct-92	$ 215.790	31	$ 2.298.884	$ 5.472	2019	103,80	1991	9,74
1-nov-92	30-nov-92	$ 275.850	30	$ 2.938.723	$ 6.769	2019	103,80	1991	9,74
1-dic-92	31-dic-92	$ 275.850	31	$ 2.938.723	$ 6.995	2019	103,80	1991	9,74
1-ene-93	31-ene-93	$ 234.720	31	$ 1.999.484	$ 4.759	2019	103,80	1992	12,19
1-feb-93	28-feb-93	$ 234.720	28	$ 1.999.484	$ 4.299	2019	103,80	1992	12,19
1-mar-93	31-mar-93	$ 234.720	31	$ 1.999.484	$ 4.759	2019	103,80	1992	12,19
1-abr-93	30-abr-93	$ 234.720	30	$ 1.999.484	$ 4.606	2019	103,80	1992	12,19
1-may-93	31-may-93	$ 275.850	31	$ 2.349.853	$ 5.593	2019	103,80	1992	12,19
1-jun-93	30-jun-93	$ 275.850	30	$ 2.349.853	$ 5.413	2019	103,80	1992	12,19
1-jul-93	31-jul-93	$ 321.540	31	$ 2.739.068	$ 6.520	2019	103,80	1992	12,19
1-ago-93	31-ago-93	$ 321.540	31	$ 2.739.068	$ 6.520	2019	103,80	1992	12,19
1-sep-93	30-sep-93	$ 321.540	30	$ 2.739.068	$ 6.309	2019	103,80	1992	12,19
1-oct-93	31-oct-93	$ 298.110	31	$ 2.539.477	$ 6.045	2019	103,80	1992	12,19
1-nov-93	30-nov-93	$ 298.110	30	$ 2.539.477	$ 5.850	2019	103,80	1992	12,19
1-dic-93	31-dic-93	$ 298.110	31	$ 2.539.477	$ 6.045	2019	103,80	1992	12,19
1-ene-94	31-ene-94	$ 410.222	31	$ 2.852.067	$ 6.789	2019	103,80	1993	14,93
1-feb-94	28-feb-94	$ 410.222	28	$ 2.852.067	$ 6.132	2019	103,80	1993	14,93

1-mar-94	31-mar-94	$ 410.222	31	$ 2.852.067	$ 6.789	2019	103,80	1993	14,93
1-abr-94	30-abr-94	$ 410.222	29	$ 2.852.067	$ 6.351	2019	103,80	1993	14,93
1-abr-94	30-abr-94	$ 157.139	1	$ 1.092.508	$ 84	2019	103,80	1993	14,93
1-may-94	31-may-94	$ 370.874	31	$ 2.578.500	$ 6.137	2019	103,80	1993	14,93
1-jun-94	30-jun-94	$ 344.753	30	$ 2.396.894	$ 5.521	2019	103,80	1993	14,93
1-jul-94	31-jul-94	$ 344.753	28	$ 2.396.894	$ 5.153	2019	103,80	1993	14,93
1-jul-94	31-jul-94	$ 347.273	3	$ 2.414.414	$ 556	2019	103,80	1993	14,93
1-ago-94	31-ago-94	$ 347.273	29	$ 2.414.414	$ 5.376	2019	103,80	1993	14,93
1-ago-94	31-ago-94	$ 346.549	2	$ 2.409.380	$ 370	2019	103,80	1993	14,93
1-sep-94	30-sep-94	$ 346.549	28	$ 2.409.380	$ 5.180	2019	103,80	1993	14,93
1-sep-94	30-sep-94	$ 336.728	2	$ 2.341.100	$ 360	2019	103,80	1993	14,93
1-oct-94	31-oct-94	$ 336.728	30	$ 2.341.100	$ 5.393	2019	103,80	1993	14,93
1-oct-94	31-oct-94	$ 466.650	1	$ 3.244.382	$ 249	2019	103,80	1993	14,93
1-nov-94	30-nov-94	$ 466.650	29	$ 3.244.382	$ 7.224	2019	103,80	1993	14,93
1-nov-94	30-nov-94	$ 335.325	1	$ 2.331.346	$ 179	2019	103,80	1993	14,93
1-dic-94	31-dic-94	$ 335.325	29	$ 2.331.346	$ 5.191	2019	103,80	1993	14,93
1-dic-94	31-dic-94	$ 438.564	2	$ 3.049.114	$ 468	2019	103,80	1993	14,93
1-ene-95	31-ene-95	$ 503.705	30	$ 2.858.328	$ 6.584	2019	103,80	1994	18,29
1-feb-95	28-feb-95	$ 610.949	30	$ 3.466.896	$ 7.986	2019	103,80	1994	18,29
1-mar-95	31-mar-95	$ 569.825	30	$ 3.233.533	$ 7.448	2019	103,80	1994	18,29
1-abr-95	30-abr-95	$ 590.400	30	$ 3.350.288	$ 7.717	2019	103,80	1994	18,29

1-may-95	31-may-95	$ 492.000	30	$ 2.791.907	$ 6.431	2019	103,80	1994	18,29
1-jun-95	30-jun-95	$ 524.800	30	$ 2.978.034	$ 6.860	2019	103,80	1994	18,29
1-jul-95	31-jul-95	$ 807.000	30	$ 4.579.408	$ 10.548	2019	103,80	1994	18,29
1-ago-95	31-ago-95	$ 748.800	30	$ 4.249.146	$ 9.788	2019	103,80	1994	18,29
1-sep-95	30-sep-95	$ 748.800	30	$ 4.249.146	$ 9.788	2019	103,80	1994	18,29
1-oct-95	31-oct-95	$ 748.800	30	$ 4.249.146	$ 9.788	2019	103,80	1994	18,29
1-nov-95	30-nov-95	$ 748.800	30	$ 4.249.146	$ 9.788	2019	103,80	1994	18,29
1-dic-95	31-dic-95	$ 748.800	30	$ 4.249.146	$ 9.788	2019	103,80	1994	18,29
1-ene-96	31-ene-96	$ 882.799	30	$ 4.196.698	$ 9.667	2019	103,80	1995	21,83
1-feb-96	29-feb-96	$ 891.733	30	$ 4.239.169	$ 9.765	2019	103,80	1995	21,83
1-mar-96	31-mar-96	$ 877.800	30	$ 4.172.934	$ 9.612	2019	103,80	1995	21,83
1-abr-96	30-abr-96	$ 947.467	30	$ 4.504.121	$ 10.375	2019	103,80	1995	21,83
1-may-96	31-may-96	$ 891.733	30	$ 4.239.169	$ 9.765	2019	103,80	1995	21,83
1-jun-96	30-jun-96	$ 884.767	30	$ 4.206.054	$ 9.688	2019	103,80	1995	21,83
1-jul-96	31-jul-96	$ 891.733	30	$ 4.239.169	$ 9.765	2019	103,80	1995	21,83
1-ago-96	31-ago-96	$ 916.117	30	$ 4.355.087	$ 10.032	2019	103,80	1995	21,83
1-sep-96	30-sep-96	$ 891.733	30	$ 4.239.169	$ 9.765	2019	103,80	1995	21,83
1-oct-96	31-oct-96	$ 836.000	30	$ 3.974.223	$ 9.154	2019	103,80	1995	21,83
1-nov-96	30-nov-96	$ 891.733	30	$ 4.239.169	$ 9.765	2019	103,80	1995	21,83
1-dic-96	31-dic-96	$ 891.733	30	$ 4.239.169	$ 9.765	2019	103,80	1995	21,83
1-ene-97	31-ene-97	$ 1.195.202	30	$ 4.673.101	$ 10.764	2019	103,80	1996	26,55

1-feb-97	28-feb-97	$ 951.368	30	$ 3.719.738	$ 8.568	2019	103,80	1996	26,55
1-mar-97	31-mar-97	$ 1.028.280	30	$ 4.020.455	$ 9.261	2019	103,80	1996	26,55
1-abr-97	30-abr-97	$ 1.096.832	30	$ 4.288.486	$ 9.878	2019	103,80	1996	26,55
1-may-97	31-may-97	$ 1.028.280	30	$ 4.020.455	$ 9.261	2019	103,80	1996	26,55
1-jun-97	30-jun-97	$ 1.028.280	30	$ 4.020.455	$ 9.261	2019	103,80	1996	26,55
1-jul-97	31-jul-97	$ 1.062.556	30	$ 4.154.470	$ 9.570	2019	103,80	1996	26,55
1-ago-97	31-ago-97	$ 1.028.280	30	$ 4.020.455	$ 9.261	2019	103,80	1996	26,55
1-sep-97	30-sep-97	$ 1.028.280	30	$ 4.020.455	$ 9.261	2019	103,80	1996	26,55
1-oct-97	31-oct-97	$ 1.062.556	30	$ 4.154.470	$ 9.570	2019	103,80	1996	26,55
1-nov-97	30-nov-97	$ 1.028.280	30	$ 4.020.455	$ 9.261	2019	103,80	1996	26,55
1-dic-97	31-dic-97	$ 1.028.280	30	$ 4.020.455	$ 9.261	2019	103,80	1996	26,55
1-ene-98	31-ene-98	$ 1.062.556	30	$ 3.532.189	$ 8.136	2019	103,80	1997	31,23
1-feb-98	28-feb-98	$ 1.429.302	30	$ 4.751.340	$ 10.944	2019	103,80	1997	31,23
1-mar-98	31-mar-98	$ 1.225.504	30	$ 4.073.867	$ 9.384	2019	103,80	1997	31,23
1-abr-98	30-abr-98	$ 1.225.504	30	$ 4.073.867	$ 9.384	2019	103,80	1997	31,23
1-may-98	31-may-98	$ 1.225.504	30	$ 4.073.867	$ 9.384	2019	103,80	1997	31,23
1-jun-98	30-jun-98	$ 1.225.504	30	$ 4.073.867	$ 9.384	2019	103,80	1997	31,23
1-jul-98	31-jul-98	$ 1.225.504	30	$ 4.073.867	$ 9.384	2019	103,80	1997	31,23
1-ago-98	31-ago-98	$ 1.225.504	30	$ 4.073.867	$ 9.384	2019	103,80	1997	31,23
1-sep-98	30-sep-98	$ 1.225.504	30	$ 4.073.867	$ 9.384	2019	103,80	1997	31,23
1-oct-98	31-oct-98	$ 1.225.504	30	$ 4.073.867	$ 9.384	2019	103,80	1997	31,23

1-nov-98	30-nov-98	$ 1.225.504	30	$ 4.073.867	$ 9.384	2019	103,80	1997	31,23
1-dic-98	31-dic-98	$ 1.266.354	30	$ 4.209.662	$ 9.697	2019	103,80	1997	31,23
1-ene-99	31-ene-99	$ 1.427.304	30	$ 4.067.447	$ 9.369	2019	103,80	1998	36,42
1-feb-99	28-feb-99	$ 1.458.350	30	$ 4.155.920	$ 9.573	2019	103,80	1998	36,42
1-mar-99	31-mar-99	$ 3.601.690	30	$ 10.263.885	$ 23.642	2019	103,80	1998	36,42
1-abr-99	30-abr-99	$ 3.592.930	30	$ 10.238.921	$ 23.585	2019	103,80	1998	36,42
1-may-99	31-may-99	$ 3.258.350	30	$ 9.285.455	$ 21.388	2019	103,80	1998	36,42
1-jun-99	30-jun-99	$ 3.258.351	30	$ 9.285.457	$ 21.388	2019	103,80	1998	36,42
1-jul-99	31-jul-99	$ 1.722.922	30	$ 4.909.882	$ 11.310	2019	103,80	1998	36,42
1-ago-99	31-ago-99	$ 1.987.495	30	$ 5.663.847	$ 13.046	2019	103,80	1998	36,42
1-sep-99	30-sep-99	$ 1.987.495	30	$ 5.663.847	$ 13.046	2019	103,80	1998	36,42
1-oct-99	31-oct-99	$ 1.987.495	30	$ 5.663.847	$ 13.046	2019	103,80	1998	36,42
1-nov-99	30-nov-99	$ 1.987.495	30	$ 5.663.847	$ 13.046	2019	103,80	1998	36,42
1-dic-99	31-dic-99	$ 4.729.200	30	$ 13.476.996	$ 31.043	2019	103,80	1998	36,42
1-ene-00	31-ene-00	$ 2.210.691	30	$ 5.767.461	$ 13.285	2019	103,80	1999	39,79
1-feb-00	29-feb-00	$ 2.210.691	30	$ 5.767.461	$ 13.285	2019	103,80	1999	39,79
1-mar-00	31-mar-00	$ 2.210.691	30	$ 5.767.461	$ 13.285	2019	103,80	1999	39,79
1-abr-00	30-abr-00	$ 2.210.691	30	$ 5.767.461	$ 13.285	2019	103,80	1999	39,79
1-may-00	31-may-00	$ 2.210.691	30	$ 5.767.461	$ 13.285	2019	103,80	1999	39,79
1-jun-00	30-jun-00	$ 2.210.871	30	$ 5.767.931	$ 13.286	2019	103,80	1999	39,79
1-jul-00	31-jul-00	$ 2.210.691	30	$ 5.767.461	$ 13.285	2019	103,80	1999	39,79

1-ago-00	31-ago-00	$ 2.210.691	30	$ 5.767.461	$ 13.285	2019	103,80	1999	39,79
1-sep-00	30-sep-00	$ 2.173.950	30	$ 5.671.608	$ 13.064	2019	103,80	1999	39,79
1-oct-00	31-oct-00	$ 2.210.690	30	$ 5.767.459	$ 13.285	2019	103,80	1999	39,79
1-nov-00	30-nov-00	$ 2.210.691	30	$ 5.767.461	$ 13.285	2019	103,80	1999	39,79
1-dic-00	31-dic-00	$ 5.202.000	30	$ 13.571.474	$ 31.261	2019	103,80	1999	39,79
1-ene-01	31-ene-01	$ 2.211.000	30	$ 5.304.237	$ 12.218	2019	103,80	2000	43,27
1-feb-01	28-feb-01	$ 2.173.130	30	$ 5.213.386	$ 12.009	2019	103,80	2000	43,27
1-mar-01	31-mar-01	$ 2.211.160	30	$ 5.304.621	$ 12.219	2019	103,80	2000	43,27
1-abr-01	30-abr-01	$ 2.211.000	30	$ 5.304.237	$ 12.218	2019	103,80	2000	43,27
1-may-01	31-may-01	$ 2.211.630	30	$ 5.305.748	$ 12.221	2019	103,80	2000	43,27
1-jun-01	30-jun-01	$ 2.307.000	30	$ 5.534.543	$ 12.748	2019	103,80	2000	43,27
1-jul-01	31-jul-01	$ 2.999.110	30	$ 7.194.930	$ 16.573	2019	103,80	2000	43,27
1-ago-01	31-ago-01	$ 2.326.370	30	$ 5.581.012	$ 12.856	2019	103,80	2000	43,27
1-sep-01	30-sep-01	$ 2.348.520	30	$ 5.634.150	$ 12.978	2019	103,80	2000	43,27
1-oct-01	31-oct-01	$ 2.336.160	30	$ 5.604.499	$ 12.910	2019	103,80	2000	43,27
1-nov-01	30-nov-01	$ 2.404.000	30	$ 5.767.248	$ 13.285	2019	103,80	2000	43,27
1-dic-01	31-dic-01	$ 5.720.143	30	$ 13.722.747	$ 31.610	2019	103,80	2000	43,27
1-ene-02	31-ene-02	$ 2.534.820	30	$ 5.649.139	$ 13.012	2019	103,80	2001	46,58
1-feb-02	28-feb-02	$ 2.616.670	30	$ 5.831.551	$ 13.433	2019	103,80	2001	46,58
1-mar-02	31-mar-02	$ 2.614.000	30	$ 5.825.601	$ 13.419	2019	103,80	2001	46,58
1-abr-02	30-abr-02	$ 2.614.000	30	$ 5.825.601	$ 13.419	2019	103,80	2001	46,58

1-may-02	31-may-02	$ 2.614.000	30	$ 5.825.601	$ 13.419	2019	103,80	2001	46,58
1-jun-02	30-jun-02	$ 4.793.000	30	$ 10.681.754	$ 24.605	2019	103,80	2001	46,58
1-jul-02	31-jul-02					2019	103,80	2001	46,58
1-ago-02	31-ago-02	$ 309.000	30	$ 688.642	$ 1.586	2019	103,80	2001	46,58
1-sep-02	30-sep-02	$ 309.000	30	$ 688.642	$ 1.586	2019	103,80	2001	46,58
1-oct-02	31-oct-02	$ 309.000	30	$ 688.642	$ 1.586	2019	103,80	2001	46,58
1-nov-02	30-nov-02	$ 309.000	30	$ 688.642	$ 1.586	2019	103,80	2001	46,58
1-dic-02	31-dic-02	$ 309.000	30	$ 688.642	$ 1.586	2019	103,80	2001	46,58
1-ene-03	31-ene-03	$ 332.000	30	$ 691.543	$ 1.593	2019	103,80	2002	49,83
1-feb-03	28-feb-03	$ 332.000	30	$ 691.543	$ 1.593	2019	103,80	2002	49,83
1-mar-03	31-mar-03	$ 332.000	30	$ 691.543	$ 1.593	2019	103,80	2002	49,83
1-abr-03	30-abr-03	$ 332.000	30	$ 691.543	$ 1.593	2019	103,80	2002	49,83
1-jul-08	31-jul-08	$ 461.500	30	$ 738.984	$ 1.702	2019	103,80	2007	64,82
1-ago-08	31-ago-08	$ 461.500	30	$ 738.984	$ 1.702	2019	103,80	2007	64,82
1-sep-08	30-sep-08	$ 461.500	30	$ 738.984	$ 1.702	2019	103,80	2007	64,82
1-oct-08	31-oct-08	$ 461.500	30	$ 738.984	$ 1.702	2019	103,80	2007	64,82
1-nov-08	30-nov-08	$ 461.500	30	$ 738.984	$ 1.702	2019	103,80	2007	64,82
1-dic-08	31-dic-08	$ 641.739	30	$ 1.027.595	$ 2.367	2019	103,80	2007	64,82
1-ene-09	31-ene-09	$ 496.900	30	$ 738.956	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-feb-09	28-feb-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-mar-09	31-mar-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-abr-09	30-abr-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80

1-may-09	31-may-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-jun-09	30-jun-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-jul-09	31-jul-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-ago-09	31-ago-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-sep-09	30-sep-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-nov-09	30-nov-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	$ 497.000	30	$ 739.105	$ 1.702	2019	103,80	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-feb-10	28-feb-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-mar-10	31-mar-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-abr-10	30-abr-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-may-10	31-may-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-jun-10	30-jun-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-jul-10	31-jul-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-ago-10	31-ago-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-sep-10	30-sep-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-dic-10	31-dic-10	$ 515.000	30	$ 750.843	$ 1.730	2019	103,80	2009	71,20
1-ene-11	31-ene-11	$ 535.600	30	$ 756.874	$ 1.743	2019	103,80	2010	73,45

1-feb-11	28-feb-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-jun-11	30-jun-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-nov-11	30-nov-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-dic-11	31-dic-11	$ 536.000	30	$ 757.439	$ 1.745	2019	103,80	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	$ 536.000	30	$ 730.221	$ 1.682	2019	103,80	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19
1-abr-12	30-abr-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19
1-jun-12	30-jun-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19
1-oct-12	31-oct-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19

1-nov-12	30-nov-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19
1-dic-12	31-dic-12	$ 567.000	30	$ 772.454	$ 1.779	2019	103,80	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-mar-13	31-mar-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-sep-13	30-sep-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-dic-13	31-dic-13	$ 589.500	30	$ 784.014	$ 1.806	2019	103,80	2012	78,05
1-ene-14	31-ene-14	$ 1.742.000	30	$ 2.272.755	$ 5.235	2019	103,80	2013	79,56
1-feb-14	28-feb-14	$ 1.781.000	30	$ 2.323.638	$ 5.352	2019	103,80	2013	79,56
1-mar-14	31-mar-14	$ 1.781.000	30	$ 2.323.638	$ 5.352	2019	103,80	2013	79,56
1-abr-14	30-abr-14	$ 1.781.000	30	$ 2.323.638	$ 5.352	2019	103,80	2013	79,56
1-may-14	31-may-14	$ 1.781.000	30	$ 2.323.638	$ 5.352	2019	103,80	2013	79,56
1-jun-14	30-jun-14	$ 2.471.000	30	$ 3.223.868	$ 7.426	2019	103,80	2013	79,56
1-jul-14	31-jul-14	$ 2.471.000	30	$ 3.223.868	$ 7.426	2019	103,80	2013	79,56

1-ago-14	31-ago-14	$ 2.471.000	30	$ 3.223.868	$ 7.426	2019	103,80	2013	79,56
1-sep-14	30-sep-14	$ 2.471.000	30	$ 3.223.868	$ 7.426	2019	103,80	2013	79,56
1-oct-14	31-oct-14	$ 2.471.000	30	$ 3.223.868	$ 7.426	2019	103,80	2013	79,56
1-nov-14	30-nov-14	$ 2.471.000	30	$ 3.223.868	$ 7.426	2019	103,80	2013	79,56
1-dic-14	31-dic-14	$ 1.855.000	30	$ 2.420.184	$ 5.575	2019	103,80	2013	79,56
1-ene-15	31-ene-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-feb-15	28-feb-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-mar-15	31-mar-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-abr-15	30-abr-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-may-15	31-may-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-jun-15	30-jun-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-jul-15	31-jul-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-ago-15	31-ago-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-sep-15	30-sep-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-oct-15	31-oct-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-nov-15	30-nov-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-dic-15	31-dic-15	$ 1.855.000	30	$ 2.334.785	$ 5.378	2019	103,80	2014	82,47
1-ene-16	31-ene-16	$ 1.855.000	30	$ 2.186.761	$ 5.037	2019	103,80	2015	88,05
1-feb-16	29-feb-16	$ 690.000	30	$ 813.404	$ 1.874	2019	103,80	2015	88,05
1-mar-16	31-mar-16	$ 690.000	30	$ 813.404	$ 1.874	2019	103,80	2015	88,05
1-abr-16	30-abr-16	$ 690.000	30	$ 813.404	$ 1.874	2019	103,80	2015	88,05

1-may-16	31-may-16	$ 690.000	30	$ 813.404	$ 1.874	2019	103,80	2015	88,05
1-jun-16	30-jun-16	$ 690.000	30	$ 813.404	$ 1.874	2019	103,80	2015	88,05
1-jul-16	31-jul-16	$ 689.455	30	$ 812.762	$ 1.872	2019	103,80	2015	88,05
1-ago-16	31-ago-16	$ 2.000.000	30	$ 2.357.694	$ 5.431	2019	103,80	2015	88,05
1-sep-16	30-sep-16	$ 2.000.000	30	$ 2.357.694	$ 5.431	2019	103,80	2015	88,05
1-oct-16	31-oct-16	$ 2.000.000	30	$ 2.357.694	$ 5.431	2019	103,80	2015	88,05
1-nov-16	30-nov-16	$ 2.000.000	30	$ 2.357.694	$ 5.431	2019	103,80	2015	88,05
1-dic-16	31-dic-16	$ 2.000.000	30	$ 2.357.694	$ 5.431	2019	103,80	2015	88,05
1-ene-17	31-ene-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-feb-17	28-feb-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-mar-17	31-mar-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-abr-17	30-abr-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-may-17	31-may-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-jun-17	30-jun-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-jul-17	31-jul-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-ago-17	31-ago-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-sep-17	30-sep-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-oct-17	31-oct-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-nov-17	30-nov-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-dic-17	31-dic-17	$ 2.000.000	30	$ 2.229.553	$ 5.136	2019	103,80	2016	93,11
1-ene-18	31-ene-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92

1-feb-18	28-feb-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-mar-18	31-mar-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-abr-18	30-abr-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-may-18	31-may-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-jun-18	30-jun-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-jul-18	31-jul-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-ago-18	31-ago-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-sep-18	30-sep-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-oct-18	31-oct-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-nov-18	30-nov-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-dic-18	31-dic-18	$ 2.000.000	30	$ 2.141.975	$ 4.934	2019	103,80	2017	96,92
1-ene-19	31-ene-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-feb-19	28-feb-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-mar-19	31-mar-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-abr-19	30-abr-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-may-19	31-may-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-jun-19	30-jun-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-jul-19	31-jul-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-ago-19	31-ago-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-sep-19	30-sep-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-oct-19	31-oct-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00

1-nov-19	30-nov-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-dic-19	31-dic-19	$ 2.000.000	30	$ 2.076.000	$ 4.782	2019	103,80	2018	100,00
1-ene-20	31-ene-20	$ 2.000.000	30	$ 2.000.000	$ 4.607	2019	103,80	2019	103,80
1-feb-20	29-feb-20	$ 2.000.000	30	$ 2.000.000	$ 4.607	2019	103,80	2019	103,80
1-mar-20	31-mar-20	$ 2.000.000	30	$ 2.000.000	$ 4.607	2019	103,80	2019	103,80
1-abr-20	30-abr-20	$ 2.000.000	30	$ 2.000.000	$ 4.607	2019	103,80	2019	103,80
1-may-20	31-may-20	$ 2.000.000	30	$ 2.000.000	$ 4.607	2019	103,80	2019	103,80
1-jun-20	30-jun-20	$ 2.000.000	30	$ 2.000.000	$ 4.607	2019	103,80	2019	103,80

TOTAL DIAS	13024
TOTAL SEMANAS	1860,57

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	$ 2.522.999,06
SEMANAS COTIZADAS	1.861
PENSION A RECONOCER	$ 2.018.399,25
PORCENTAJE APLICADO	80%
PENSION RECONOCIDA	0
DIFERENCIA	$ 2.018.399,25

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***DANILO PANCHE VELOZA***
DEMANDADO:	***EAAB ESP S.A. y OTROS.***
RADICACIÓN:	***110013105-019-2018-00105-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN***
TEMA:	***COMPARTIBILIDAD PENSIONAL.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dra. HENRY DARIO MACHADO GUALDRON, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor DANILO PANCHE VELOZA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que le asiste derecho al disfrute pleno de la pensión de vejez y la pensión de jubilación a cargo de COLPENSIONES y de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP, respectivamente, en consecuencia que se condene a pagar el 100% de la mesada pensional reconocida en la resolución No 1331 del 26 de diciembre de 2008 por la EAAB ESP; decretar que el demandante no debe devolver suma alguna a la EAAB ESP por concepto de mesadas ya pagadas; condenar a las sanciones e indemnizaciones a que haya lugar, la indexación, la devolución de los aportes pagados en exceso para cuando causó la pensión de vejez, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, mediante resolución No 1331 del 26 de diciembre de 2008 le concedió la pensión de jubilación convencional, en cuantía de $1.990.723, con efectos a partir del 01 de noviembre de 2008, y con la advertencia de que continuaría pagando los aportes al ISS, para que en un futuro asumiera la obligación pensional; que el ISS le reconoció la pensión de vejez mediante resolución No 32586 del 28 de julio de 2009, a partir del 01 de agosto de 2009; que mediante resolución No 020905 del 2 de julio de 2010 al resolver el recurso de reposición el ISS, le manifestó que el pago del retroactivo quedará en suspenso hasta que se allegue la autorización a quien se debe girar; que mediante resolución No 01073 del 22 de marzo de 2011 el ISS, resolvió el recurso de apelación confirmando la negativa al pago del retroactivo pensional; que la EAAB ESP al enterarse que el ISS le

reconoció la pensión de vejez, decidió aplicar la compartibilidad, decisión que le comunicó a través de oficio No 14300-2010-4642 del 1 de octubre de 2010, en la que además le informó que a partir del 1 de noviembre de 2010 solo continuará pagando el mayor valor entre la mesada pensional que venía reconociendo y la mesada reconocida por el ISS; que mediante resolución GNR398352 del 12 de noviembre de 2014 COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez en cuantía de $1.510.609, a partir del 01 de noviembre de 2008, y aunque estableció que será ingresado en nómina en el periodo 201411, pagadera en el periodo 201412, ello no se cumplió; que COLPENSIONES le adeuda la suma de $40.536.578 por concepto de retroactivo calculado desde el 1 de noviembre de 2008 hasta el 12 de noviembre de 2014; que la EAAB ESP le exigió a través de oficio No 044157 del 26 de octubre de 2017 y oficio No 003463 del 4 de septiembre de 2017, el pago de $9.858.812 como mayor valor pagado en su favor; que laboró para FRIGORIFICO GUADALUPE por un periodo superior a 20 años, tiempo durante el cual cotizó al ISS; que tiene derecho a percibir la pensión de jubilación convencional reconocida por la EAAB y la pensión del ISS; que la EAAB no cumplió con la obligación de afiliar al actor al ISS desde la fecha de vinculación acaecida el 04 de mayo de 1988; que a la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación convencional la EAAB ESP solo había cotizado al ISS 452.08 semanas; que los aportes pensionales de FRIGORIFICO GUADALUPE y de la EAAB ESP son independientes; que causó la prestación sin tener en cuenta las cotizaciones realizadas por la EAAB ESP.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 327); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES.: Arguye que no le asiste derecho al demandante a percibir la pensión de jubilación convencional y la pensión de vejez, dado que de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Nacional nadie puede beneficiarse doblemente del tesoro público, existiendo incompatibilidad entre ambas prestaciones; asimismo, que de conformidad con la Ley 549 de 1999, parágrafo 4° artículo 17, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los no cotizados al ISS son utilizados para financiar la pensión, por lo que no existe obligación de parte de COLPENSIONES de pagar suma de dinero alguno al demandante. Como medios enervantes de las pretensiones propuso las que denominó buena fe, prescripción, e innominada o genérica.

3.2 EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB ESP.: Como réplica a la demanda precisó que el actor pretende confundir la compartibilidad pensional, ya que la misma se estatuyó para evitar la doble erogación del erario público, con la figura de la compatibilidad de las dos pensiones; que es claro que todos los aportes a pensión se suman para el reconocimiento de la pensión legal, siendo que en el caso concreto se tuvieron en cuenta todos los periodos sufragados por otros empleadores distintos a la EAAB ESP, y los cotizados por dicha entidad; que la aplicación de la compartibilidad pensional es para todos los pensionados de la EAAB ESP. Como excepciones de fondo rotuló las de cobro de lo no debido, y compensación.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 08 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones invocadas en el escrito de demanda, y se abstuvo de imponer costas (fls. 1 a 3 Archivo 08 Expediente digital, con audiencia virtual, archivo 07).

Su decisión se basó en que existe compartibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por la EAAB ESP y la pensión de vejez reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES, estando obligada la EAAB EPS solo al pago del mayor si lo hubiere, ello de conformidad con el artículo 18 del Acuerdo 029 de 1985.

Que el Acuerdo 029 de 1985 estableció la figura de la compartibilidad pensional con la finalidad de que el ISS asumiera la prestación causada por el mismo riesgo, siendo excepcional el poder disfrutar de dos prestaciones, siempre y cuando se encuentre pactado expresamente en pacto o convención colectiva, situación que no se logra extraer del proceso, pues la Convención Colectiva 2008-2011 no cuenta con el acta de depósito de que trata el artículo 469 del CST, y en gracia de discusión la resolución que reconoció la pensión de jubilación convencional fue expresa en manifestarle que aquella pensión sería compartida hasta tanto el ISS reconozca la pensión de vejez, razón por la que, ante la falta de acuerdo expreso de que no aplicaría la compartibilidad se debe entender que la EAAB solo está obligada al pago del mayor valor una vez reconocida la pensión de vejez a cargo del ISS, lo que efectivamente ocurrió a partir del 1 de noviembre de 2011.

Así mismo, consideró que en cuanto al retroactivo pensional que aduce le adeuda COLPENSIONES no está en cabeza del demandante sino a favor de la EAAB ESP, ya que aquella solo estaba obligada al pago del mayor valor; frente a las cotizaciones en exceso a que alude el demandante, no es procedente la figura de la devolución, ya que tales cotizaciones se tuvieron en cuenta para causar la pensión de vejez de conformidad con el acuerdo 049 de 1990, además que tal figura no existe en el ordenamiento jurídico, máxime que el número elevado de cotizaciones le permitió obtener el 90% como tasa de reemplazo.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por el **demandante**, quien solicita que se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones, dado que existen dos prestaciones compatibles, ya que la pensión de jubilación convencional es por el tiempo laborado en el sector público, y la pensión de vejez por las cotizaciones realizadas en el sector privado, lo que permite también deducir que su financiación es distinta; que los recursos que administra el ISS son de carácter privado; que no existe incompatibilidad entre ambas prestaciones; que la EAAB ESP incumplió con el deber de afiliar al actor al ISS; que no puede sostenerse que la pensión se generó con los aportes de la EAAB ESP, lo que le permite gozar de las dos prestaciones de manera independiente; que de conformidad con el Decreto 28979 de 1985 le asiste derecho a percibir las dos prestaciones; que COLPENSIONES le adeuda el retroactivo de $40.536.538; que de conformidad con el artículo 79 de la Convención Colectiva tiene derecho a la pensión de jubilación convencional y la pensión de vejez del ISS; que debe aplicarse el principio de favorabilidad, además de que es beneficiario del régimen de transición; que tiene 20 años en el sector público y 20 años en el sector privado, lo que le permite obtener y disfrutar de las dos prestaciones; que debe proceder la devolución de las cotizaciones ya que para la pensión de vejez solo se tuvieron en cuenta las del sector privado; que la EAAB asumió el riesgo al no haberlo afiliado al ISS.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: En la oportunidad legal manifiesta que no es procedente acceder a las dos prestaciones, ya que son incompatibles, y se estaría atentando contra el artículo 128 de la Constitución Política.

6.2 EAAB ESP: Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que el demandante confunde las figuras de la compatibilidad y compartibilidad.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte procesal 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Es procedente disfrutar de la pensión de jubilación convencional reconocida por la EAAB ESP, y

la pensión de vejez reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES? (ii) ¿La pensión de jubilación convencional otorgada por la EAAB ESP es compartible con la pensión de vejez?

COMPARTIBILIDAD PENSIONAL.

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que mediante resolución No 1331 del 26 de diciembre de 2008, se reconoció la pensión de jubilación a partir del 01 de noviembre de 2008, en la suma de $1.990.723 (fols. 43 a 53); (ii) Que mediante resolución No 032586 del 28 de julio de 2009, el otrora ISS, hoy COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez a partir del 01 de agosto de 2008, en cuantía de $1.110.198 (Fols. 67 a 69); (iii) Que mediante Resolución No 020905 del 12 de julio de 2010, el ISS modificó la mesada pensional, dejando en suspenso el pago del retroactivo hasta tanto se allegue autorización a quien se debe girar (Fols. 71 a 74); (iv) Que mediante Resolución No 01073 del 22 de marzo de 2011 se modificó la resolución No 020905 del 12 de julio de 2010, aumentando el monto de la pensión a $1.218.509 a partir del 01 de noviembre de 2008 (Fols. 77 a 85); (v) Que mediante oficio del 01 de octubre de 2010, reiterado a través de oficio del 30 de marzo de 2011 la EAAB le comunica al actor que aquel adeuda el valor de $14.103.067 por concepto de retroactivo por mesadas pensionales canceladas por el ISS, sin aplicación de la compartibilidad (Fols. 87 a 92). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional reconocida por la EAAB ESP y a la vez el pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES.

Para resolver de tajo el problema jurídico, baste traer a colación la sentencia SL4602-2020, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al estudiar un asunto de similares contornos, contra la misma entidad aquí demandada, estimó que se aplica la figura de la compartibilidad pensional de conformidad con las previsiones del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año y artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, en los siguientes términos:

> *(…) en la sentencia CSJ SL4282-2017, en la que adoctrinó:*
>
> > *[…] Sobre la figura de la compartibilidad pensional se ha entendido, desde los orígenes de la Ley 90 de 1946, que su finalidad es la subrogación total o parcial de una obligación que estaba en cabeza del empleador, pero que al reunirse los requisitos legales pertinentes, es asumida por la entidad de seguridad social a la que se encuentren inscritos los empleadores y afiliados sus trabajadores.*
> >
> > *La mencionada ley en punto a las pensiones legales y extralegales, solo vino a ser reglamentada en 1985 por medio del artículo 5° del Acuerdo 029, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, que consagró esa posibilidad para los empleadores inscritos al ISS, que a partir de la fecha de publicación del mismo otorgaran pensiones de jubilación reconocidas en convención, pacto, laudo arbitral o voluntariamente, siempre que continuaran cotizando para los riesgos de IVM hasta el momento en que los afiliados cumplieran los requisitos exigidos por el Instituto, dejando la obligación para esos empleadores de pagar el mayor valor frente a la pensión que venían reconociendo. Posteriormente, con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, se hizo una consagración similar.* ***Solo se agregó en el parágrafo de su artículo 18 que esa compartibilidad pensional no operaría cuando, en la convención, pacto, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se dispusiera expresamente la compatibilidad entre las dos prestaciones****" (Negrilla fuera del texto)*

Colofón de lo dicho, los argumentos esbozados en la alzada por el apoderado judicial del demandante no están llamados a prosperar, pues de manera cristalina se concluye que la

pensión de jubilación convencional es compartible con la pensión de vejez que viene percibiendo el actor a cargo del ISS, hoy COLPENSIONES, quedando a cargo de la EAAB ESP solo el mayor valor si lo hubiere, como en efecto aconteció, ello en razón a que la mesada pensional que venía percibiendo como pensión de jubilación es superior a la de vejez que reconoció COLPENSIONES, aunado a que, la única excepción para que no opere la compartibilidad ocurre cuando está expresamente en la convención colectiva, pacto, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, situación que no se logra acreditar en el diligenciamiento, máxime que la Convención Colectiva (Fols. 107 a 154) allegada carece de la nota de depósito, lo que hace que la misma no produzca efectos de conformidad con el artículo 469 del CST (SL378-2018), y en gracia de discusión debe decirse que desde que la EAAB ESP le reconoció la pensión de jubilación convencional le previno acerca de la compartibilidad pensional en los siguientes términos: *"Artículo segundo: Esta pensión dejará de estar a cargo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, cuando el ex trabajador a sus beneficiarios obtengan pensión en el Instituto de Seguro Social. En tal evento, la Empresa continuará pagando el mayor valor, si lo hubiere, a partir de la sustitución que llegare a tener esta pensión por una pensión otorgada por el Instituto de Seguro Social"* (Fol. 51).

Así mismo, acota la Sala que ciertamente el actor previo a las cotizaciones que efectuó con la EAAB ESP al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, registra 1.020 semanas con el empleador Frigorífico San Martin desde el 14 de octubre de 1968 hasta el 03 de mayo de 1988 (Fol. 103), pero ello de ninguna manera abre camino para que se beneficie de la pensión de vejez y de la pensión de jubilación, pues al haberse reconocido la pensión de jubilación y continuar cotizando la EAAB ESP al ISS, subrogó el riesgo a cargo del ISS, e independientemente del numero de cotizaciones que tenga el afiliado en el ISS, opera la compartibilidad y solo responde el empleador por el mayor valor, además que, la compartibilidad opera por ministerio de la ley (SL4602-2020), salvo acuerdo en contrario que aquí no aplica, y por ende no es posible desde ningún panorama jurídico entender que, al tener 20 años de cotizaciones con empleadores privados, diferentes a las cotizaciones realizadas con la EAAB ESP, pueda disfrutar de la pensión de vejez y de la pensión de jubilación al tiempo, pues es una hipótesis que no tiene sustento normativo, pues el amplio numero de cotizaciones lo único que le representa es aumentar su tasa de reemplazo y el IBL de toda la vida laboral dependiendo del IBC reportado por los empleadores, pero no el disfrute de dos prestaciones que cubren el mismo riesgo.

Frente al retroactivo pensional que aduce debe COLPENSIONES pagarle, baste con decir que al estar disfrutando de la pensión de jubilación convencional por parte de la EAAB ESP y una vez reconocida la prestación por el ISS, hoy COLPENSIONES, al ser la pensión de vejez inferior a la pensión de jubilación convencional, se entiende que la EAAB ESP solo está obligada al pago del mayor valor, y por ende, al continuar pagando de manera completa la prestación hasta tanto fue enterada del reconocimiento pensional a cargo del ISS, tal retroactivo le corresponde a la EAAB ESP y no al demandante, pues en la práctica recibiría un doble pago por el mismo concepto.

Lo anterior tiene estribo en la sentencia SL4602-2020, en los siguientes términos:

> *"En relación con ello y respecto a la licitud del pago de las mesadas pensionales retroactivas a la empleadora, debe decir la Sala, que la sentencia CSJ SL, 19 may. 2009, rad. 34249, reiterada en la CSJ SL4962-2016, señaló, lo siguiente:*
>
> *La censura considera que el retroactivo pensional lo pagó la demandada, al empleador jubilante, el cual es un tercero, sin que exista disposición alguna que lo faculte para tal fin y que, además, la compartibilidad pensional no autoriza al ISS a disponer libremente de los dineros del trabajador; frente a lo cual se aclara que no se puede confundir el retroactivo pensional, con la pensión misma, puesto que una vez definida la compartibilidad pensional, el valor de las mesadas pensionales cubiertas temporalmente por la empleadora, mientras el ISS asumió la pensión de vejez, no le corresponden al demandante, así lo definió la Sala en la sentencia del 15*

de junio de 2006, radicación 27311 y reiterada en la del 21 de noviembre de 2007, radicación 31891".

Al respecto, sobre el tema del retroactivo generado en pensiones compartidas, la Corte Constitucional en sentencia T-042 de 2016, delínea las hipótesis que pueden presentarse bien sea en tratándose del reconocimiento pensional o de su reliquidación como se presenta en el sub examine, de la que conviene resaltar el siguiente apartado: "*En el caso de las pensiones compartidas, como fue el empleador quien pagó al trabajador las mesadas que debieron haber sido asumidas por la administradora de pensiones, que son precisamente los dineros reconocidos a título de retroactivos, es al primero y no al segundo a quien le deben ser reembolsados estos montos".*

Así las cosas, en lo que respecta a que el retroactivo que en su momento COLPENSIONES dejó en suspenso deba ser girado al actor o que se le adeude a aquel no prospera.

Finalmente, en lo tocante a que se deben devolver las cotizaciones en exceso a las mínimas para adquirir el derecho pensional, acota la Sala que aquello es improcedente desde cualquier punto de vista, ya que la única figura existente en el régimen de prima media con prestación definida es la indemnización sustitutiva, pero aquella opera cuando no es posible acceder a la pensión de vejez, situación que no acontece en el sub examine, aunado a que, en el régimen de prima media con prestación definida los aportes hacen parte de un fondo común de naturaleza pública (artículo 32 de la ley 100 de 1993) que permiten garantizar el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados, es decir, ayudan a materializar el principio de solidaridad, y por ende, no puede el actor pretender que solo se tengan en cuenta las cotizaciones que le ayuden a causar la prestación y se le devuelvan las que cotizó en exceso.

Colofón de todo lo dicho, para la Sala no queda otra disyuntiva que confirmar el fallo confutado, por estar ajustado a derecho.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

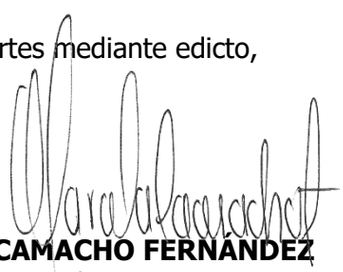
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia venida en apelación proferida el 08 de septiembre de 2021 por el Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, conforme la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

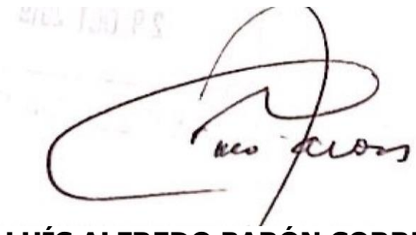
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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:	***ALDEMAR RODRIGUEZ CEDIEL***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y OTROS.***
RADICACIÓN:	***110013105-011-2017-00105-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN***
TEMA:	***NULIDAD DICTAMEN- ENFERMEDAD DEGENERATIVA***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MARIA ALEJANDRA ALMANZA NUÑEZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Aldemar Rodríguez Cediel a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que el estado de salud que genera la pérdida de capacidad laboral superior al 50% es a partir de junio de 2014, así como la pensión de invalidez a la que puede tener derecho, la indexación, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que tiene cotizado más de 750 semanas entre el 20 de mayo de 1980 y el 31 de mayo de 2014; que padece patologías graves y crónicas tales como hipotiroidismo y diabetes Mellitus tipo 2, entre otras, lo que le generó pérdida total de visión y/o ceguera desde el mes de julio de 2014; que la actividad laboral que desempeñaba era de conductor de automotor; que la ceguera o pérdida total de la visión le ha menguado ostensiblemente su calidad de vida porque no puede laborar y no tiene recursos económicos para suplir sus necesidades básicas; que depende en casi todas sus actividades de vida diaria de su cónyuge; que entre el mes de junio de 2011 y el mes de junio de 2014 cuenta con 107.22 semanas cotizadas (Fols. 1 a 9).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 96); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestaciones. Colpensiones dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que no existe historia clínica que soporte los dichos del actor, como tampoco dictamen de pérdida de capacidad laboral, por lo que no es posible establecer el porcentaje que determine si es considerado invalido o no; que no existe fecha que determine la estructuración de la invalidez para determinar el número de semanas requeridas para la pensión de invalidez. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, y la innominada o genérica. (Fols. 84 a 91)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de julio de 2021, mediante la cual el Juzgado absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante, declarando probado los hechos sustento de las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido propuestas por la demandada e, impuso costas a la parte actora (fls. 177 a 178 con Cd de audiencia)**.**

Partió el a quo planteando el problema jurídico en resolver, el cual consistió en determinar si le asiste derecho a la pensión de invalidez.

Consideró que en el transcurso del proceso se efectuó un dictamen de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, quien en dictamen del 25 de julio de 2019 determinó que el actor contaba con una PCL del 72.93% con fecha de estructuración del 19 de febrero de 2018.

Preciso que del dictamen se corrió traslado y la parte demandante solicitó que se dé tramite en apelación del dictamen, es decir, remitiendo a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y a la vez que se citara al perito a la audiencia para que rindiera el dictamen en audiencia, a lo que el Despacho accedió en lo referente a la citación del perito, negando el trámite de la apelación del dictamen; no obstante, el apoderado del actor con posterioridad desistió de que el perito fuera escuchado en audiencia, a lo que se accedió, y en razón a ello, para efectos de la solución al problema jurídico se tiene solo el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá.

Ello así, consideró que de conformidad con el artículo 61 del CPTSS no está sujeto a tarifa legal; sin embargo, en el caso de autos no puede desconocer que la prueba idónea para determinar la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral lo es el dictamen emitido por la autoridad especializada para ello, como lo es la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, y pese a que no desconocía de que algunas patologías se presentaron incluso con anterioridad al año 2014, lo cierto es que acogía lo dispuesto en el precitado dictamen, esto es, que la pérdida de capacidad laboral es del 72.93 % con fecha de estructuración del 19 de febrero de 2018.

Frente a la pensión de invalidez adujo que además de tener la invalidez superior al 50%, el cual acredita, debe también cumplir el requisito de densidad de semanas, esto es, 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, siendo que en el caso concreto, entre el 19 de febrero de 2015 y el 19 de febrero de 2018 no acredita ninguna cotización. Asimismo, que no le era aplicable la condición más beneficiosa bajo la prerrogativa de la ley 100 de 1993 en su versión original, ya que para ello la invalidez debía acontecer entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2016, lo que no acontece dado que la estructuración es del 19 de febrero de 2018.

De lo expuesto, ante la no configuración de la pensión de invalidez, declaró probada las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la **parte demandante** colige no estar de acuerdo, ya que no se efectuó el estudio de la prestación desde lo manifestado por la jurisprudencia respecto a eventos donde se está frente a enfermedades crónicas y degenerativas, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencias T-169 de 2011, T-710 de 2009, T-138—2012, y SL3275-2019; que el Juez puede modificar la fecha de estructuración cuando se está frente a enfermedades crónicas y degenerativas, revisando las circunstancias particulares de cada caso; que desde que se tuvo conocimiento del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez se resaltaron los yerros que cometió la Junta frente a la fecha de estructuración, aunado a que no explica ninguna razón para determinar la estructuración desde el 2018; que el actor tuvo un coma diabético en el año 2014, y de allí perdió la visión; igualmente que el actor se dedicaba a la labor de conductor de camión, labor que no pudo seguir ejerciendo, y todo ello esta soportado en la historia clínica allegada al proceso; que venía cotizando de manera juiciosa hasta el año 2014, contando con más del 750 semanas antes de perder la capacidad laboral; que el Juez debía haber auscultado la historia clínica y modificar la fecha de estructuración; que en lo que refiere al trámite del dictamen, solo se corrió traslado en la audiencia de trámite, ante lo cual se interpuso recurso de apelación para que fuera calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; que frente al desistimiento de la comparecencia del perito se efectuó en la medida en que el proceso llevaba varios años, con lo cual consideró que no era necesario que rindiera el dictamen en audiencia; que se dio un trámite indebido al dictamen.

6. Alegatos de conclusión. Colpensiones, en la oportunidad legal solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en la normatividad aplicable para hacerse acreedor a la pensión de invalidez.

7. 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.

Los **problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala, consisten en dilucidar:

(i) ¿Hay lugar a acoger el dictamen médico pericial de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que determinó una PCL del 72.93%, con fecha de estructuración del 19 de febrero de 2018? En caso positivo (ii) ¿Se puede modificar la fecha de estructuración? y (iii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez?

DICTAMEN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-PENSIÓN DE INVALIDEZ- ENFERMEDADES CRÓNICAS, DEGENERATIVAS Y/O CONGÉNITAS.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que en el transcurso del proceso se ordenó la práctica de dictamen de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, la cual, procedió a emitir dictamen No 19325219 datado el 25 de julio de 2019, asignando una PCL 72.93 %, con fecha de estructuración del 19 de febrero de 2018 (Fols. 149 a 150); que el señor ALDEMAR RODRIGUEZ CEDIEL, se encuentra afiliado a COLPENSIONES desde el 20 de mayo de 1980 y cotizó de manera dependiente hasta el 16 de mayo de 2014, acreditando 753.14 semanas (Fols. 14 a 15); que el 08 de noviembre de 2016 solicitó el reconocimiento pensional ante COLPENSIONES (fols. 10 a 12).

Lo primero que viene a propósito colegir, es que en materia laboral el CPT y la SS establece en el artículo 51 que "*Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, pero la prueba pericial sólo tendrá lugar cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieran conocimientos especiales",* razón por la cual, en lo atinente al dictamen pericial, al no existir regulación específica en el ámbito laboral, se recurre a las disposiciones del otrora CPC, hoy CGP a la luz de lo pregonado en el artículo 145 del Estatuto Adjetivo Laboral.

En ese orden, tenemos que el CPC en el artículo 238, establece la contradicción del dictamen, permitiendo que una vez se corra traslado del mismo, las partes puedan solicitar que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave, y en el evento de presentarse esto último, puede el administrador de justicia decretar las pruebas que considere necesarias para resolver el error grave o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos. Entre tanto, con el advenimiento del CGP, el artículo 228 regula la contradicción del dictamen y establece que la parte contra la cual se aduzca podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro dictamen o realizar ambas actuaciones, y a renglón seguido precisa que: *"En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave".*

Así las cosas, la censura referente a que se dio un trámite indebido al dictamen, no tiene vocación de prosperidad, ello con base en que para efectos de la contradicción debía el actor ceñirse a lo dispuesto en el artículo 228 del CGP, siendo improcedente el recurso de apelación contra el mismo en el transcurso del proceso judicial, tal como lo hizo el apoderado judicial de la parte demandante el 05 de febrero de 2020 (Fol. 151), pues confunde el trámite del dictamen y su contradicción en la vía judicial con el trámite administrativo de calificación de pérdida de capacidad laboral, siendo que en este último evento si es procedente presentar recurso de apelación contra el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, para que el mismo sea revisado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, tal como lo prevé el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, pero se itera, una vez decretado el dictamen en el

transcurso del proceso judicial, una vez incorporado el mismo, se pone a disposición de las partes para que puedan ejercer el derecho de defensa y contradicción, el cual se materializa solicitando la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones, precisando que en el sub examine la parte demandante solicitó la comparecencia del perito, pero posteriormente desistió, lo que lleva a considerar que ninguna garantía fundamental se le vulneró a la parte, por el contrario se le dio el trámite que corresponde a la luz del artículo 228 y siguientes del CGP.

En ese orden, despachada la anterior precisión preliminar e introduciéndonos en el debate sustancial de la controversia, cumple acotar que inveteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2005, rad. 24223, replicada en providencia SL18016 del 6 de diciembre de 2016, adoctrina que pese a que los falladores de instancia gozan de libertad para valorar las pruebas conforme el artículo 61 del C.P.T y S.S, cuando "*lo hacen respecto de un medio probatorio, como el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, será de perentoria observancia adoptarlo,…*", (…) "*sin perjuicio de lo que puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso.*"

Así mismo, ha delineado que el juzgador puede apartarse de la calificación de invalidez proveniente de las juntas, "*«…porque exhiba una equivocación grave o porque los razonamientos del perito encierren una infracción legal...» (CSJ SL3090-2014),* empero, "*debe apoyarse en otras pruebas que le ofrezcan una mejor convicción, pero no tasar arbitraria e inconsultamente el estado de invalidez*".

De igual manera, debe tenerse en cuenta las previsiones legales contenidas en el Artículo 241 del C.P.C, hoy 232 del C.G.P, según las cuales el juez: "*apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, y las demás pruebas que obren en el proceso".*

Así las cosas, en línea de principio teniendo en cuenta que el dictamen médico de PCL realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 25 de julio de 2019 (Fols. 149 a 150) indica que el estado de la invalidez se estructuró el 19 de febrero de 2018, es dable concluir que la norma aplicable al presente caso es la Ley 860 de 2003, que a su vez modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual señala como requisitos para acceder a la pensión de invalidez de origen común el haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Al aplicar la norma al caso concreto se encuentra que el afiliado debe cumplir con las 50 semanas en el periodo comprendido entre el 19 de febrero de 2018 al 19 de febrero de 2015 y revisado el reporte de semanas se observa que no cuenta con semanas cotizadas en este interregno de tiempo (Fols. 14 a 17), ello en la medida en que dejó de cotizar el 16 de mayo de 2014.

Ahora, el apoderado judicial del actor refiere que debe tenerse en cuenta para efecto de la acreditación de las 50 semanas en los últimos 3 años, las cotizaciones que se efectuaron con anterioridad a la última cotización por entender que a partir de allí se estructuró la pérdida de capacidad laboral, ello conforme a los soportes de la historia clínica allegados al expediente.

Al respecto, ciertamente la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T- 054 de 2012, asunta la posibilidad de contar las semanas cotizadas entre la fecha de estructuración de la invalidez y la fecha de calificación de la misma o hasta la última cotización; no obstante, cumple precisar que tal postura se aplica a casos excepcionales, tratándose de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas, siempre y cuando las cotizaciones sean producto de la capacidad laboral residual que posiblemente le permitió desempeñar una labor y, en esa medida, trabajar y cotizar, tal como se dejó sentado en la sentencia SU 588 de 2016.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3275 de 2019, en la cual siguiendo la misma línea de razonamiento que la Corte Constitucional fijó en la sentencia SU-588 de 2016, respecto de la pensión de invalidez y la fecha de estructuración en tratándose de enfermedades crónicas, degenerativas y/o congénitas, precisó:

> *"Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.*
>
> *Ahora bien**, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal**, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, **su historia laboral**, entre otras, pues precisamente en razón a que **el afiliado puede trabajar** y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, **es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida**"*
> *(…)*
> *En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional **o, incluso, la data de la última cotización efectuada**, porque **se presume** que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario" (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Del mismo modo, la Corte Constitucional en sentencia T-013 de 2015 ha delineado respecto a la capacidad laboral residual que: *"En ese sentido, la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, **pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados** realmente correspondan a la prestación de una labor, **ya sea material o intelectual**, que implique un esfuerzo personal y que*

derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario" (Negrilla fuera del texto).

En este punto, sea preciso traer a colación la sentencia SL2772-2021, en la que estudia un caso de similares contornos al que concita la atención en esta oportunidad, de una persona con el mismo diagnóstico médico del aquí demandante, en la que adoctrina:

> *"Ahora, según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de Salud (OPS), debido a sus características, las enfermedades de tipo «crónico» son de larga duración y progresión generalmente lenta, y se catalogan como una patología para la cual «aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para mantener a la persona en un* ***estado funcional****, mediante el consumo constante de fármacos (...); dichas enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».*
>
> *(…)*
> *De acuerdo con la OMS, encajan dentro de este grupo «las enfermedades cardíacas, los infartos, el cáncer, las enfermedades respiratorias y la* ***diabetes****», en tanto constituyen padecimientos y condiciones que, a pesar de tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir manejo durante años o decenios y el hecho de que desafían seriamente la capacidad de los servicios de salud1. Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado.*
> *(…)*
> *En consecuencia, como quiera que la afección pertenece a tal grupo, resultaba procedente estudiar el asunto a la luz de la excepción a la regla general y, por tanto, era válido aplicar alguna de las tres fechas posibles para efectos de contabilizar las 50 semanas de cotización que exige la Ley 860 de 2003"*

Así pues, teniendo en cuenta los anteriores derroteros legales y jurisprudenciales considera la Sala que la decisión de instancia se debe revocar, pues el a quo consideró que para determinar la fecha de estructuración se debía recurrir al dictamen de pérdida de capacidad laboral; no obstante, desconoció que en estos eventos se debe ponderar varias aristas, entre estas su historia laboral, el diagnóstico, su historia clínica entre otras probanzas que permitan al operador judicial constatar que la fecha de estructuración determinada por la Junta calificadora corresponda con lo que emane del proceso y de su situación particular.

En el caso particular que concita la atención de la Sala, el juez de primer grado ni siquiera se detuvo al análisis de la situación médica del actor, tan solo manifestó que no desconocía que algunas patologías se presentaron antes del año 2014 y que su invalidez era significativa en el porcentaje, pero que en lo referente a la fecha de estructuración el dictamen resultaba ser la prueba idónea y fue así que tuvo como

1 Documento técnico del proyecto de desarrollo de autonomía para la prevención y control de las condiciones crónicas en el distrito capital plan de intervenciones colectivas. SDS. 2009.

inamovible la estructuración del 19 de febrero de 2018, y en ese orden, al no acreditarse la densidad de semanas en los últimos 3 años antes de la estructuración, impartió absolución.

De la documental allegada al plenario que milita a folios 18 y 75 y Cd de folio 76, la Sala no puede arribar a la misma conclusión del cognoscente de instancia, y es que, esta Judicatura aprecia que en el mismo dictamen de pérdida de capacidad laboral (Fols. 149 a 150) se da cuenta de que el diagnóstico del actor venia presentándose desde antes del año 2014, pues en los antecedentes se expresa: "*presenta antecedentes de diabetes que derivó en coma diabético presentándose perdida completa de agudeza visual bilateral, acumula 4 años en tratamiento oftalmológico, con perdida completa de agudeza visual por ojo izquierdo y visión subnormal por ojo derecho*"; sin embargo, la Junta calificadora no reparó en aquello y delimita la fecha de estructuración el 19 de febrero de 2018, data en la cual se realizó la valoración completa oftalmológica, pero no se revisa la situación clínica del actor, ya que al padecer de una enfermedad crónica para la fecha de la valoración (18 de febrero de 2018) su estado de salud ya había avanzado, lo que daba lugar a auscultar en su historia clínica la evolución de su enfermedad para luego si, determinar en qué fecha se estructura la invalidez.

A folio 29, se constata que fue atendido por "Nuestra IPS" el 13 de septiembre de 2013, y allí se indica: "Paciente de 57 años en manejo actual de patologías crónicas como HTA DM", y en la descripción de patologías crónicas se detalla: "Diabetes Mellitus", "hipotiroidismo", "Hipertensión Arterial".

A folio 31, obra consulta de fecha 27 de septiembre de 2013, y allí se dice: "Paciente con antecedentes de Hipotiroidismo + Diabetes Mellitus refiere adherencia a tratamiento médico y dieta hiposodica, pero no sabe que es diabetes ni sabe de patología tiroidea".

Para el 19 de mayo de 2014, realiza una consulta medida bajo el motivo "NO ESTOY VIENDO BVIEN", y más adelante se expresa "asocia que ha presentado perdida de la visión izquierda quien fue manejado en optometría con uso de anteojos con persistencia de cuadro".

El 10 de junio de 2014 tiene otra consulta y en aquella se refiere "Paciente con diabetes no controlada adherente al tratamiento; se revisa paraclínicos (…) a pesar de dosis máximas de antidiabéticos orales se inicia insulina detemir debido a severa disminución de agudeza visual secundaria a diabetes", "se explica la importancia de asistir a talleres de crónicos para tomar conciencia de su patología y comprometerse con la misma para evitar complicaciones posteriores".

Así las cosas, tal como aconteció en la sentencia T- 498/20, las Juntas de calificación procedieron a estructurar la invalidez con la última valoración, sin consideración a los antecedentes reportados en la historia clínica en la que con suficiencia se establece que la enfermedad "diabetes mellitus" del actor se venía manifestando incluso desde el año 2013, y que si bien para el año 2015 en adelante se hizo más evidente, debe destacarse que su enfermedad avanzó al punto que para la valoración en el año 2018 según consta en el dictamen tenía diagnóstico de "ceguera ambos ojos", y la deficiencia en lo relacionado con el diagnostico H541 se califica "OI CIEGO-OD CUENTA DEDOS 10CM" con un porcentaje del 95%, es decir, para esa calenda al estar frente a una enfermedad crónica, ya había generado una alteración funcional

significativa, con lo cual, no podía asumirse que en tal fecha se presenta la estructuración, pues como se dejó detallado con anterioridad, para el 10 de junio de 2014, ya se había reportado en su historia clínica *"severa disminución de agudeza visual secundaria a diabetes".*

Así las cosas, tal como lo concluyera la Corte Constitucional (T-469/18, T-202A/18) y la Corte Suprema de Justicia (SL2272/21), en estos eventos, le corresponde al juez determinar el momento a partir del cual verifica el cumplimiento de las exigencias de la Ley 860 de 2003, entre estas "*(ii) la fecha de la última cotización" o "incluso, la data de la última cotización efectuada, porque* ***se presume*** *que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico"*, respectivamente.

En ese orden, atendiendo a que la última cotización efectuada por el actor fue para el 16 de mayo de 2014 (Fol. 17), calenda en la que los padecimientos ya se presentaban, hay lugar a tener esta fecha como fecha de estructuración de la invalidez, por corresponder a la fecha en que a consecuencia de su enfermedad le impidió seguir laborando en condiciones normales y ser productivo laboralmente.

El otro aspecto que hace alusión la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es verificar si puede presentarse fraude al sistema en casos como los que solo se cotiza el tiempo correspondiente para causar la prestación; no obstante, en el sub examine ha de tenerse en cuenta que el diagnóstico de la enfermedad crónica - diabetes data desde mucho antes del año 2014, y a pesar de ello, de su historia laboral se constata que el actor efectuó cotizaciones hasta el 16 de mayo de 2014 de manera dependiente con el aportante "TECA TRANSPORTES S.A.", acumulando en total 753.14 semanas, densidad cotizacional con la cual de ninguna manera se desprende que su intención sea la de defraudar el sistema, por el contrario, considera la Sala que a pesar de su situación estuvo activo laboralmente por espacio aproximado de 14 años, los cuales no se pueden desconocer.

Ello así, siendo que el último mes en que el accionante realizó aportes al fondo de pensiones como cotizante dependiente fue el 16 de mayo de 2014, se tomará como fecha de estructuración esa misma data, estimándose que fue a partir de allí que no le fue posible al demandante seguir laborando, al no haber más cotizaciones al sistema general de pensiones.

Pensión de invalidez por riesgo común – densidad mínima de cotizaciones

Establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, que tendrá derecho a la pensión de invalidez quien haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, y como quiera que la fecha de estructuración fue el 16 de mayo de 2014, una vez revisada la historia laboral de cotizaciones al sistema general de pensiones (fol. 14 a 17), se tiene que acredita más de las 50 semanas exigidas por la norma en cita, pues tiene 107.29 semanas.

En cuanto al **quantum pensional**, de la historia laboral de cotizaciones se aprecia que el ingreso base de cotización en la mayoría de periodos se efectuó sobre un salario mínimo legal mensual vigente, y en algunos periodos de manera superior, pero no de manera significativa, por lo que al aplicarle el 45 % de que trata el literal a) del

artículo 40 de la Ley 100 de 1993, su pensión será inferior al SMLMV, razón por la que, en aplicación de la anterior norma referida, que esgrime que "*En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual",* se procederá a reconocer la prestación en cuantía de UN (1) SMLMV.

Respecto al **disfrute** de la pensión de invalidez, establece el artículo 40 de la ley 100 de 1993, que *"comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado".*

Ahora, ninguna de las mesadas se encuentra afectada por el fenómeno de la **prescripción**, pues en materia de pensión de invalidez, ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que *"el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, que no de su reconocimiento pues ella es imprescriptible, se insiste, empieza a correr desde que el afectado ha tenido 'conocimiento acabado' de su estado de invalidez laboral, (…),* esto es *"desde cuando queda firme la 'determinación' de la incapacidad o invalidez laboral*". (Sentencia SL 5703-2015, radicación 53600 del 06 de mayo de 2015). En el sub judice el estado de invalidez superior al 50 % y que hace exigible el derecho se vino a consolidar con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 27 de julio de 2019 (fol. 149) y la fecha de estructuración se delimitó en esta instancia, en el transcurso del proceso, determinándose que corresponde al 16 de mayo de 2014, por tanto, ninguna mesada queda sometida a la prescripción.

Por lo anterior, como quiera que no se cuenta con reportes de incapacidades recibidas por el actor y con arreglo al artículo 283 del CGP la condena se extenderá desde la fecha estructuración de la enfermedad hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia. Ello así, realizadas las operaciones matemáticas por las mesadas causadas entre el 16 de mayo de 2014 y el 31 de octubre de 2021, se obtiene por concepto de retroactivo pensional un valor de **$73.584.126**, y a partir del 1º de noviembre de 2021 Colpensiones deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a **$908.526**, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que se pagará sobre 13 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	**IPC**	**# mesadas**	**Valor pensión (mínimo)**	**Total Retroactivo (mínimo)**
2014	3,66 %	8,5	$ 616.000	$ 5.236.000
2015	6,77 %	13	$ 644.350	$ 8.376.550
2016	5,75 %	13	$ 689.454	$ 8.962.902
2017	4,09 %	13	$ 737.717	$ 9.590.321
2018	3,18 %	13	$ 781.242	$ 10.156.146
2019	3,80 %	13	$ 828.116	$ 10.765.508
2020	1,61 %	13	$ 877.803	$ 11.411.439
2021		10	$ 908.526	$ 9.085.260

TOTAL	**$ 73.584.126**

Se autoriza a COLPENSIONES para que se realice los descuentos al subsistema general en salud, ya que dicha obligación opera por ministerio de la ley, incluso no se requiere de autorización judicial en ese sentido (SL969-2021).

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, que coincide con la sentada ahora por nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1681-2020, según las cuales los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 199 se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensión** reconocida en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior.**

Frente a su **causación**, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a que se refiere el artículo 9° de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios **no opera** cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013). (negrilla fuera de texto)

En el sub examine, no es procedente ordenar los intereses moratorios en la medida en que solo a través de la presente sentencia se declara el derecho pensional a favor del actor, aunado a que se materializa atendiendo a la postura jurisprudencial en estos casos particulares, como también lo aquilató la CSJ en sentencia SL2772-2021.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que "*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*", en lo que al punto concluye:

> *"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".*

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la

entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la a quo.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria de la sentencia de primer grado, impartiéndose condena conforme lo atrás vertido.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia, por no haberse causado, ya que, a pesar de la prosperidad de la apelación, ello tuvo lugar al seguir la tesis de la Corte Constitucional vertida, entre otras, en sentencia T-202A/18, de manera que si bien en el sub examine se estableció como fecha de estructuración el 16 de mayo de 2014, lo fue por el estudio particular y concreto de la patología del actor. Las de primera se revocan, y correrán a cargo de la parte demandada. Tásense.

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.: REVOCAR la sentencia proferida el 02 de julio de 2021 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la entidad demandada de las suplicas del actor, para en su lugar, **DECLARAR** que la fecha de estructuración de la invalidez del señor ALDEMAR RODRIGUEZ CEDIEL, corresponde al 16 de mayo de 2014, y en consecuencia, le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, conforme las consideraciones vertidas en la parte considerativa de la presente providencia.

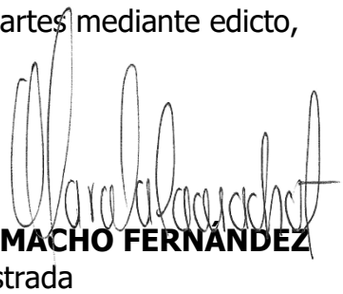
SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante, la suma de **$ 73.584.126,** por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 16 de mayo de 2014 y el 31 de octubre de 2021, incluida la mesada adicional de diciembre de cada anualidad. A partir del 01 de noviembre de 2021, la demandada seguirá reconociendo al demandante una mesada pensional equivalente a **$ 908.526,** junto con la mesada adicional de diciembre de cada año, en lo sucesivo con los reajustes que fije o acoja el Gobierno Nacional, y autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo pensional aquí ordenado, y las que se sigan causando hasta el momento del pago efectivo de la obligación, indexación que debe efectuarse desde la causación de cada mesada pensional, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Por sustracción de materia declarar no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO. SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

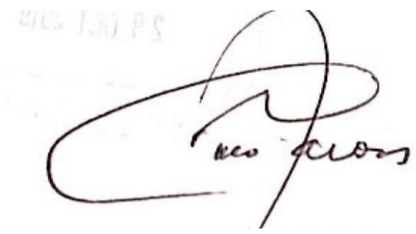
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: ***POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.***
DEMANDADO: ***COLMENA SEGUROS S.A.***
RADICACIÓN: ***110013105-011-2015-01029-02***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA: ***REEMBOLSO PRESTACIONES ECONOMICAS***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiunos (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dra. JORGE ANDRES QUINTERO LEE, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de POSITIVA S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La sociedad POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. a reembolsar a favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., los gastos que esta última asumió por concepto de prestaciones asistenciales y/o económicas, a prorrata del 100% y por el tiempo en que los trabajadores enlistados en la demanda, estuvieron expuestos a riesgos laborales que dieron lugar a sus enfermedades, o de manera subsidiaria el porcentaje que se establezca en el proceso; que se condene a RIESGOS LABORALES COLMENA SEGUROS DE VIDA S.A. a pagar a favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., el valor de $43.980.257 por concepto de mesadas causadas y pagadas a la afiliada OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, y las mesadas que se sigan causando por este concepto hasta la fecha que se produzca el pago, así como la suma de $731.361.460 por concepto de reserva matemática constituida por POSITIVA S.A, para atender el pago de la pensión de invalidez por la enfermedad profesional de la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, y los reajustes que a esta reserva hayan de efectuarse por mandato legal, el pago de los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1996 hasta el 28 de febrero de 2013 la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, en su condición de trabajadora de la Fiscalía General de la Nación, estuvo vinculada por cuenta de su empleador a la administradora de riesgos laborales COLMENA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.; que a partir del 01 de marzo de 2013 los riesgos laborales de la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, fueron asumidos por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.; que la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO durante su vinculación con la Fiscalía General de la Nación, estuvo expuesta a riesgos psicosociales por el ejercicio de su función como Fiscal; que mediante dictamen No 271813 del 21 de marzo de 2013 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se estableció que la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO tiene una PCL del 55.63% por las patologías de trastorno depresivo mayor grave, hipoacusia bilateral y síndrome vertiginoso; que la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO a consecuencia de la PCL, adquirió el derecho a la pensión de invalidez, a partir del mes de diciembre de 2014; que presentó ante COLMENA SEGUROS DE VIDA S.A. solicitud de reembolso por los gastos sufragados en relación con el reconocimiento pensional efectuado a la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, el cual a corte de noviembre de 2015 asciende a la suma de $43.980.257; que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. constituyó una reserva matemática para atender al pago de la pensión de invalidez de la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, el cual con corte al mes de noviembre de 2015 asciende a la suma de $731.361.460; que la exposición al riesgo profesional que desencadenó el reconocimiento pensional fue mientras estaba afiliada a COLMENA SEGUROS DE VIDA S.A. (Fols. 3 a 12).

2. Contestación de COLMENA SEGUROS S.A..: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el sustento de que las mismas están fundadas en hechos que no se encuentran debidamente acreditados dentro del proceso, además que se pretende el reembolso de una suma de dinero que no ha sido cancelada aún por la aseguradora, sobre el cual no existe certeza de su pago futuro y además, cuyo cálculo se encuentra errado; que no existe prueba alguna del pago de las mesadas pensionales de forma retroactiva; que respecto a la reserva matemática no procede su pago ya que esa suma no ha sido cancelada por la parte demandante, ya que es una simple reserva sujeta a la causación efectiva, y no existe certeza de su pago a futuro. Como excepciones de mérito rotuló las de no existe prueba debida de la ocurrencia del siniestro, no existe prueba debida del pago de las prestaciones por concepto de mesadas pensionales causadas a la señora ROVIRA, el pago de las mesadas pensionales futuras constituye un pago incierto sobre el cual la actora no tiene derecho a reclamar su reembolso, el cobro de prestaciones pretendido por la actora implica una doble indemnización de un mismo "perjuicio", indebida acumulación de intereses moratorios e indexación, incompatibilidad en el cobro de los intereses moratorios e indexación. (Fols. 53 a 89)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de agosto de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a la ARL COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A. a reconocer y pagar a favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la suma de $43.980.257, correspondiente al 100% de las mesadas pensionales canceladas a la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, hasta la mesada de noviembre de 2015 y desde la fecha de su reconocimiento; así como la suma de $731.361.460 que corresponde al 100% de la reserva matemática calculada a favor de la demandante para el pago de las mesadas pensionales futuras,

suma que deberá ser sufragada de manera indexada; absolvió a COLMENA S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a COLMENA S.A. (fls. 235 a 237 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que de conformidad con el Decreto 2195 de 1994 y ley 776 de 2002, el afiliado tendrá derecho las prestaciones asistenciales y económicas a cargo de la última ARL donde se encuentre afiliado, precisando que en el caso concreto la ARL POSITIVA S.A. reconoció la pensión de invalidez a la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, por haber sido calificada con una PCL del 55.63% con fecha de estructuración del 06 de abril de 2011.

Indicó que la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, venía afiliada por su empleador Fiscalía General de la Nación a riesgos laborales con COLMENA S.A. desde el 01 de enero de 1996 hasta el 28 de febrero de 2013, y desde el 01 de marzo de 2014 continuó afiliada a cargo de POSITIVA S.A., en ese orden, como la invalidez fue estructurada el 06 de abril de 2011, fecha en la que se encontraba afiliada a COLMENA S.A., está facultada POSITIVA S.A. para reclamar el reembolso de lo que viene reconociendo como pensión de invalidez, y conforme a la exposición del riesgo está a cargo de COLMENA S.A. el 100 % de la prestación económica, pues POSITIVA S.A. procedió al reconocimiento pensional por ser la última entidad donde se encuentra afiliada al momento en que se efectuó la calificación de invalidez y se solicitó el reconocimiento, pero la exposición al riesgo en un 100% estuvo mientras se encontraba afiliada a COLMENA S.A..

Estimó que COLMENA S.A. debía reembolsar a POSITIVA S.A. lo correspondiente a las mesadas pensionales reconocidas a la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO por el lapso de diciembre de 2014 hasta noviembre de 2015, suma que corresponde a $43.980.257, y a pesar de que no se evidencia prueba del pago de las mesadas a favor de OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, lo cierto es que no existe reclamación de que tal afiliada presente inconformidad u omisión en el pago, además el documento de folio 42 no fue tachado, con lo cual, le dio pleno valor probatorio y condenó a reembolsar la suma allí establecida.

En cuanto a la reserva matemática por mesadas pensionales futuras, consideró que las ARL deben tener una reserva que se descuenta del aporte, precisamente para luego financiar las prestaciones económicas, y por ello, si bien a folio 90 COLMENA S.A. allega un documento donde hace referencia a que la reserva debe ser con una mesada pensional de $3.013.018, lo cierto es que POSITIVA S.A. arrima al expediente el cálculo actuarial con una mesada de $ 3.603.742, valor que corresponde a la mesada para el año 2015, razón por la que, condenó al valor de $ 731.361.460 contenido en el cálculo que efectuó POSITIVA S.A. a folio 43.

Frente a los intereses moratorios precisó que no son procedentes, ya que no se allegó prueba de que POSITIVA S.A. haya reclamado el reembolso o pago a COLMENA S.A., por lo que, ante su improcedencia ordenó que se reconozca la indexación por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Finalmente, gravó en costas a COLMENA S.A.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por **COLMENA S.A.,** quien solicitó que se revoque la decisión de instancia, ya que POSITIVA S.A. no acreditó la existencia ni el pago de la prestación económica objeto de recobro; que los documentos con las cuales se ordenó la

condena no son idóneos y se sustentan en sus propios dichos, con lo cual no pueden ser tenidos en cuenta; que debe tenerse en cuenta el criterio que al respecto ha sostenido el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral en providencias del 06 de agosto de 2019, 14 de diciembre de 2019 y 26 de febrero de 2021; que las certificaciones allegadas no son prueba apta del pago; que existe una carente actividad probatoria; que no se allegó comprobantes de pago a favor de OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO; en cuanto a la reserva matemática, es improcedente ya que no hay certeza de su existencia, ni del monto calculado, mucho menos de su desembolso; que ordenar el pago del valor mencionado en la certificación constituye un enriquecimiento sin causa; que la parte demandante no justificó como se calculó la reserva matemática; que el a quo no tuvo en cuenta la compensación, y que COLMENA S.A. realizó un pago parcial en el año 2012, en lo que corresponde a la incapacidad permanente parcial, con lo cual, se debe tener por cumplida la obligación, además que también puede tenerse por indemnizado el siniestro recobrado; que la condena por indexación implica una sanción ante la inactividad de la parte demandante ya que no se hicieron los recobros oportunamente; y finalmente, de confirmarse la condena por recobros, se confirme la absolución de los intereses moratorios.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Positiva S.A.: En la oportunidad legal allega alegatos de conclusión solicitando sea confirmada la sentencia de primera instancia, dado que debe dársele validez y valor probatorio a la certificación emitida por el revisor fiscal de Positiva S.A., aunado a que se cumplen los presupuestos para condenar a COLMENA S.A. en la proporción correspondiente a la exposición al riesgo.

5.2 Colmena S.A.: Peticiona la revocatoria de la decisión de primer grado, exonerándose a la entidad de toda responsabilidad, ello con fundamento en que no se cumplen los presupuestos legales exigidos para la acción de recobro, aunado a que en gracia de discusión ha operado la compensación ordenada por el Gobierno Nacional en el año 2015.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte procesal 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Hay lugar al reembolso de la prestación económica a cargo de POSITIVA S.A.?; en caso afirmativo (ii) ¿Procede la condena por concepto de retroactivo pensional y reserva matemática?

PRESTACIONES ASISTENCIALES Y ECONOMICAS- SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: **i)** que la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, estuvo afiliada en el sistema de riesgos laborales ante COLMENA VIDA Y RIEGOS SEGUROS LABORALES S.A. en el lapso del 01 de enero de 1996 y el 28 de febrero de 2013, y

que a partir del 01 de marzo de 2013 hasta el 13 de enero de 2015, fue traslada por su empleador Fiscalía General de la Nación a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (Fols. 32 y 33); **ii)** que mediante dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena del 21 de marzo de 2013 se calificó a la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, con una PCL del 55.63% de origen laboral y con fecha de estructuración del 06 de abril de 2011 (Fols. 38 a 41); iii) que obra a folio 42 certificación de POSITIVA S.A. informando que ha reconocido el valor de $43.980.257 como mesadas pensionales a favor de la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, por el lapso del mes de noviembre de 2014 hasta noviembre de 2015; iv) que a folio 43 descansa un documento suscrito por el contador de POSITIVA S.A. en la que refiere la reserva matemática de pensión de invalidez generada por la causante OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, por valor de $731.361.460, siendo el punto de disenso establecer si procede el reembolso de las sumas que reclama POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a cargo de COLMENA S.A.

Pues bien, la Corte Constitucional en sentencia T-341 de 2013, hace todo el andamiaje normativo respecto del Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales e indica que con la Ley 100 de 1993 se implementó un sistema integral de seguridad social, con instituciones, normas y procedimientos, con el fin de cumplir con la cobertura integral de las contingencias, en especial las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional.

A su paso, delineó lo siguiente:

> "*Posteriormente, el Decreto 1295 de 1994 incorporó esos criterios al establecer en el artículo 34, que todo afiliado al SGRP tendrá derecho a que se le brinden los servicios asistenciales y se le reconozcan las prestaciones económicas a que haya lugar, en el evento de sufrir un accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que éstas generen incapacidad, invalidez o muerte. En consecuencia, incluyó dentro de las funciones de las entidades administradoras de riesgos laborales la de garantizar la prestación del servicio de salud y reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas a las que tienen derecho.*
>
> *(…)*
>
> *Las prestaciones económicas fueron previstas en el capítulo V, donde se establecieron los conceptos de incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, de sobrevivientes y de auxilio funerario, la manera de calcular su monto y los criterios a los que se sujetaría su reconocimiento. Sin embargo, dichas normas fueron declaradas inexequibles por esta corporación, mediante la sentencia C-452 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentería, debido a que el legislador extraordinario no había sido facultado para regular aspectos sustanciales del SGRP.*
>
> *Atendiendo a los efectos diferidos del fallo, el Congreso expidió una nueva legislación para suplir el vacío normativo mediante la Ley 776 de 2002 ("por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales"). Esta disposición normativa se ocupó de ratificar la responsabilidad a cargo de las entidades administradoras de riesgos profesionales frente al reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un evento de origen profesional.*

Al respecto en el parágrafo 2° del artículo 1°, advirtió que la entidad responsable de reconocer las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente o enfermedad profesional será la administradora de riesgos a la que se encuentre afiliado el trabajador al momento del accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al requerir la prestación".

Igualmente, debe tenerse en cuenta la Ley 776 de 2002, parágrafo segundo, en la que establece:

> "*Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.*
>
> *(….).*
>
> *La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivados de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.*
>
> *Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar".*

Ello así, en lo que respecta a las prestaciones económicas generadas de la enfermedad profesional o accidente de trabajo, acota la Sala que el parágrafo segundo del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, hace precisión que tal reembolso es procedente según el tiempo de afiliación en cada AFP, siempre que se acredite: "*el tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura".*

Descendiendo al caso concreto, tenemos que OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO estuvo afiliada a COLMENA S.A. entre el 01 de enero de 1996 hasta el 28 de febrero de 2013, luego se afilió a POSITIVA S.A. desde el 01 de marzo de 2013 hasta el 13 de enero de 2015 (fol. 32 y 33), y fue calificada su invalidez a través de dictamen No 271813 del 21 de marzo de 2013, con una PCL del 55.63% de origen profesional y con fecha de estructuración del 06 de abril de 2011, cuyos diagnósticos corresponden a "trastorno depresivo de conducta, hipoacusia Neurosensorial y vértigo paroxístico benigno" (Fols. 38 a 41), los cuales fueron generados por su actividad como Fiscal Seccional tal como se expone en la valoración psicológica que milita a folios 140 a 153, y en esa medida, se encuentra acreditado "*el tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades"* de que trata

el parágrafo 2 del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, pues tales diagnósticos los venía presentando en razón al ejercicio de su cargo y durante la época en que se encontraba afiliada en COLMENA S.A.

En cuanto a la asunción de la obligación de manera proporcional al tiempo de afiliación en cada ARL, debe decirse que, si bien es cierto la calificación de PCL que estableció la invalidez del 55.63 % fue efectuada en marzo de 2013, fecha para la cual ya estaba afiliada a POSITIVA S.A., ha de tenerse en cuenta que la fecha de estructuración de la invalidez data del 06 de abril de 2011, es decir, cuando estaba afiliada en COLMENA S.A., razón por la cual, le corresponde a COLMENA S.A. asumir el 100% de la prestación económica reconocida a OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO.

Ahora, en lo que refiere a la condena en concreto, es decir, el retroactivo pensional que aduce haber reconocido POSITIVA S.A., así como la reserva matemática para satisfacer a futuro la pensión de invalidez de OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, acota la Sala que, la parte activa de la relación procesal incumplió con lo pregonado en el artículo 167 del CGP, que dispone, *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen",* lo que traduce en el sub examine que no se demuestra o acreditada que POSITIVA S.A. haya sufragado en favor de la afiliada OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO el valor de $43.980.257 como mesadas pensionales de noviembre de 2014 hasta noviembre de 2015, requisito que no se suple con la certificación de folio 42, ya que es un documento expedido por la propia parte demandante, sin ningún soporte adicional, bien sea el acto administrativo de reconocimiento pensional a la señora OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, y los desprendibles de pago de las mesadas pensionales allí referidas.

Al respecto, esta Sala de Decisión en casos análogos al aquí expuesto ha mantenido su postura de que no puede dar por acreditado el pago de mesadas pensionales con la simple manifestación emanada de la propia parte reclamante en construcción de su propia prueba; asimismo, al tratarse del pago de mesadas pensionales, lo procedente es que la parte actora hubiera arrimado al proceso los soportes correspondientes, además por ser una prueba que se encuentra en su poder, y al respecto, al igual como en proceso donde se debate el pago de la obligación, ha considerado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (STL9003-2020), que para proceder a la condena se requiere tener certeza de los valores sufragados, así:

> *"considera esta Sala que era indispensable que Colpensiones* ***allegara tal evidencia al proceso****, requisitos que pasaron por alto los sentenciadores,* ***pues sólo les bastó la afirmación de dicha entidad*** *a través de la referida resolución de que había reliquidado la pensión de vejez desde el 1 de septiembre de 2001 en cuantía de $608.963 (Negrilla fuera del texto).*

Así las cosas, ante la evidente orfandad probatoria respecto del reconocimiento de la pensión de invalidez en favor de OLGA PATRICIA ROVIRA LOZANO, y el consecuente pago de las mesadas pensionales que alude POSITIVA S.A. sufragó en favor de aquella por valor de $43.980.257, habrá de revocarse la decisión de instancia en este aspecto.

Ahora, frente a la reserva matemática establece el artículo 2.31.4.3.1 del Decreto 2973 de 2013, que *"se constituirá para los seguros de vida individual y para los amparos cuya prima se calcule en forma nivelada o seguros cuyo beneficio se pague en forma de renta",* y sobre su metodología el mismo Decreto en el numeral

2.31.4.3.2, establece que *"su cálculo corresponderá a la diferencia entre el valor presente actuarial de las obligaciones futuras a cargo de la aseguradora y el valor presente actuarial de los pagos futuros a cargo del asegurado a la fecha de cálculo".*

En el sub examine, solo se allegó por la parte activa un documento emitido por el Contador de POSITIVA S.A., y la gerencia de actuaria de la misma entidad, en la que refiere *"con corte al mes de Noviembre de 2015, el valor de la reserva matemática de pensión de invalidez, generada por la causante Olga Patricia Rovira Lozano, (…) asciende a la suma se setecientos treinta y un millones trecientos sesenta y un mil cuatrocientos sesenta pesos ($731.631.460), teniendo en cuenta la mesada de tres millones seiscientos tres mil setecientos cuarenta y dos pesos ($3.606.742.oo)"* (Fols. 43 a 44).

De lo expuesto, lo primero que se puede establecer es que al igual que pasó con el retroactivo pensional, se trata de un documento elaborado por la propia parte demandante, sin ningún soporte que acredite las operaciones realizadas y que dieron lugar a ese valor total de reserva matemática, pues del Decreto previamente referido se desprende que se debe tener en cuenta una metodología y variables, como la tasa de interés, la tasa de mercado de referencia, rentabilidad y, tablas de mortalidad y de invalidez, aspectos que no se logran extraer de la documental referida, sin que sea suficiente la manifestación genérica de que *"los parámetros, metodología y bases técnicas empleadas para calcular la reserva matemática de ARL, están consignadas en la nota técnica que se encuentra radicada en la Superintendencia Financiera de Colombia"*, dado que al ponerse en discusión tal tema en el proceso judicial, y al tratarse de una suma de dinero en concreto, lo mínimo que debía hacer la entidad reclamante, era allegar la reserva matemática en debida forma y con el cumplimento de los parámetros establecidos en el Decreto 2973 de 2013.

En esa medida, habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver de todas las pretensiones incoadas en contra de **COLMENA S.A.,** por ausencia de medios probatorios que permitan evidenciar lo adeudado en prestaciones económicas respecto de la afiliada en mención; en tanto, se memora, que es deber de quien persigue el acceso de un derecho a su favor, demostrar los supuestos de facto que la sustente bajo los apremios reglados en el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por reenvío a la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral.

Motivos que, además, relevan a la Sala de analizar los restantes puntos de apelación que fueron expuestos en la alzada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de POSITIVA S.A. y a favor de COLMENA S.A., por haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la entidad demandante. Tésense.

DECISIÓN

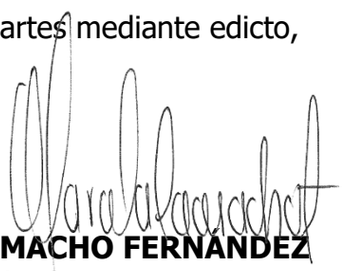
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a COLMENA S.A., para en su lugar, **ABSOLVER** a la Administradora de Riesgos Laborales COLMENA S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., conforme la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de POSITIVA S.A. y a favor de COLMENA S.A.. Las costas de primera instancia se revocan. Tésense.

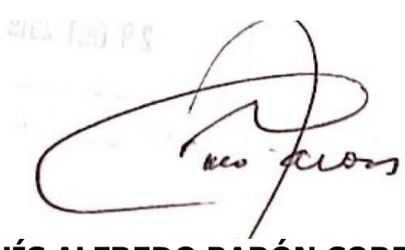
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

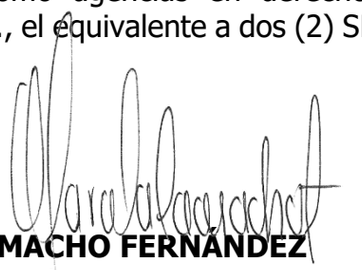


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de COLMENA S.A. y a cargo de POSITIVA S.A., el equivalente a dos (2) SMMLV, esto es, la suma de $ 1.817.052.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HENRY LAITON FONSECA
Demandada: INDUSTRIAS MUSSGO LTDA
Radicado No.: 110013105-030-2019-00813-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- REVOCA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Henry Laiton Fonseca, instauró demanda ordinaria contra Industrias Mussgo Ltda, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de iniciación el 05 de septiembre de 2000 y finalización el 12 de diciembre 2016. En consecuencia, se condenará a la encartada al pago de cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión con destino a COLPENSIONES, sanción por no pago de los intereses a las cesantías, la indemnización moratoria, sanción moratoria por no consignación de cesantías en un fondo, indemnización por no haber otorgado vestido y calzado de labor, reintegro de los aportes a la seguridad social y por concepto de retención en la fuente, la indexación, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que empezó a laborar para la sociedad demandada el 05 de septiembre del 2000, desempeñando de manera personal la actividad de pintor automotriz, bajo órdenes del señor George Ernest Musson Sierra como representante legal de Industrias Mussgo Ltda, y de los superiores como en su momento lo fue el señor Gelman López; que desempeño su labor en las instalaciones de la empresa demandada y con las herramientas suministradas por esa sociedad; que cumplió un horario de lunes a viernes de 8:00 am a 5:30 pm, y los sábados de 9:00 am a 1:00 pm; que recibió llamados de atención por parte del representante legal y su jefe directo por llegar tarde a cumplir la jornada laboral y por algunos trabajas que no fueron ejecutados de la manera esperada; que diariamente le era asignada las piezas y los vehículos que debía pintar; que el salario devengado era de $3.749.190 mensuales, el cual era cancelado a través de cheques; que el 12 de diciembre de 2016 presentó renuncia; que a la finalización de la relación laboral no le fueron pagadas las acreencias laborales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vestido y calzado de labor; que durante la relación laboral no

disfrutó de vacaciones, ni le fueron compensadas en dinero; que durante la relación laboral se vio obligado a comprar calzado y vestido, dado que la empresa no le suministraba; que la entidad enjuiciada no realizó afiliación ni cotizó al sistema integral de seguridad social; que durante la relación laboral tuvo que cotizar al sistema general de seguridad social de manera independiente; y finalmente, que la entidad demandada le efectuó descuentos cada mes por concepto de retención en la fuente. (Pág. 13 a 21).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, la sociedad Industrias Mussgo Ltda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que entre las partes existió un contrato de tipo civil de prestación de servicios que nació a la vida jurídica a partir del 05 de septiembre de 2000, en la cual el demandante determinada los días y las condiciones en que podía prestar la actividad; que no se ejerció subordinación sobre el demandante, ya que no se le impuso horario, no se le asignó funciones, no se le exigió exclusividad, no se le cuestionó sobre su manera o forma como ejecutaba sus funciones, y menos aún se le disciplinó; que de parte de la entidad demandada el actor no recibió pago de salario o prestaciones sociales, ya que el vínculo entre las partes era civil. Como excepciones de mérito rotulo las de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la obligación, falta de causa, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, y la genérica. (Fols. 36 a 48).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de febrero del 2021, en la que el fallador declaró probada las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al actor.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume toda relación de forma personal que está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, en el caso concreto se logró demostrar la prestación personal del servicio, con el cual operó la presunción legal, misma que fue derruida por la entidad demandada, ya que de la prueba allegada al proceso no se desprende la subordinación, aunado a que no se logró la confesión del representante legal; que de la prueba testimonial solo se dio cuenta de la coordinación y control de calidad a la actividad desarrollada por el demandante, pero no se pudo establecer que el actor recibiera ordenes; que la coordinación no representa subordinación; que la parte demandante no allegó prueba que dé certeza de que la relación laboral; que no se logró demostrar el elemento de la subordinación; que no se estipuló horarios, solo existió coordinación por parte de Gelman López; que la entidad demandada logró desvirtuar la presunción, con lo que hay lugar a declarar demostraba la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. (Fol. 83 a 86 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación la parte demandante, arguyendo que debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; que el Juez desconoció la presunción de la relación laboral; que se logra acreditar la existencia de la relación laboral con los tres elementos que la componen; que no se tuvo en cuenta el principio de la realidad sobre las formas, ya que si bien existen unos contratos de prestación de servicios, la realidad es que se configuró un contrato de trabajo; que no se tuvo en

cuenta las clausulas ineficaces como las establecidas en los contratos de prestación de servicios. En definitiva, solicita que se revoque la sentencia y se acceda a todas y cada una de las pretensiones formulada en el escrito inaugural.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandada.: Solicita que se confirme la decisión de instancia, en la medida en que la entidad demandada logró derruir la presunción legal de que trata el artículo 24 del CST, esto es, que el actor obró con autonomía e independencia propias del acuerdo de voluntades eminentemente civil.

5.2 Demandante: Peticiona que se revoque la sentencia absolutoria de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la entidad demandada no logró desvirtuar la presunción legal de que trata el artículo 24 del CST, situación que no fue bien valorada por el a quo.

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.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico** ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda?

i) Relación laboral

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante*

a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada" (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 05 de septiembre del 2000 al 12 de diciembre de 2016. Afirmación frente a la cual la demandada aduce que en efecto se presentó la prestación del servicio a favor de Industrias Mussgo Ltda en el lapso allí indicado, pero que no lo fue a través de una relación laboral sino con ocasión a un vínculo de carácter civil.

Así mismo, de la documental de folio 54 a 58 obra contrato de prestación de servicios y otro sí al mismo, y a folio 60 a 64 sendas certificaciones dirigidas a terceros, donde en todas se hace alusión a que el señor HENRY LAITON FONSECA, presta sus servicios en Industrias Mussgo Ltda desde el 05 de septiembre de 2000 como contratista independiente en el cargo de pintor, lo que lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, lo que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, en donde la entidad encartada deberá desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según al cual al demandado bajo el principio de "*'reus, in excipiendo, fit actor'*, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016), situación que no sucedió en el presente litigio, toda vez que la pasiva no logró desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

En este mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."*

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un "*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*"

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

> *(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).*

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que Industrias Mussgo Ltda no logró derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues los testimonios recabados y de cargo de la parte demandada, solo dan cuenta de generalidades, y en lo que interesa a cómo se dio la relación laboral empleador – trabajador en el caso de Jaqueline Guzmán solo dio cuenta de la manera cómo se realizaba el pago de los honorarios, pues labora en la parte administrativa, y por ello su dicho solo se concretó en explicar que el demandante presentaba las cuentas de cobro respecto a las piezas pintadas y a la pintura preparada, última actividad que correspondía a $8.000 por cada color; asimismo que el demandante no tenía control de entrada y salida como si lo tenía ella quien era de "nomina" en la entidad; que el demandante nunca radicó solicitud de permiso y que tampoco se enteró de llamados de atención, tesituras que a juicio de la Judicatura no desvirtúan la subordinación, pues en lo relacionado con la manera como se realizan los pagos por el servicio prestado, de vieja data la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que: "*tampoco se desnaturaliza el contrato de trabajo porque la remuneración no sea pagada mensualmente", "tampoco se desnaturaliza el contrato de trabajo porque quien […] paga [la remuneración] impute contablemente el pago a otros rubros de su contabilidad"*[1]

De igual manera, en lo tocante con que existía marcada diferencia entre los funcionarios de "nomina" con los contratistas, en la medida en que los primeros firmaban planilla de entrada y salida, y los segundos no, considera la Sala que ello por sí solo no desvirtúa la subordinación, pues la respuesta también se encuentra en jurisprudencia de antaño en la que se dice: *"aun cuando la fijación de horarios por el empleador es quizás uno de los hechos más característicos de la subordinación laboral,*

[1] Sentencia del 30 de agosto de 1991, M.P. Hugo Suescún Pujols, Rdo 4361, Gaceta Judicial Nro. 2453, Tomo CCXIV Segundo Semestre, pp. 303 y ss

no cabe predicar, a contrario sensu, que cuando esa fijación no exista deba por fuerza, suponerse la autonomía en la prestación del servicio"[2].

En lo referente a Gelman López, quien funge como Coordinador de Colisión, manifestó que conoció a Henry, quien prestaba los servicios de pintura de carros y preparación de pintura, y que era él quien hacia el control de calidad al producto final antes de entregar el vehículo al cliente, ello en la medida en que "un trabajo que no esté bien hecho no se podía entregar", ya que debía cumplir con los estándares de calidad; que en lo referente a permisos o ausencias, dijo que el demandante "decía que no podía ir y no iba", y que ante su ausencia manifestó "hay otros contratistas que pintan cuando se ausentaba".

De lo expuesto, en lo que refiere a la prueba testimonial, no son de la suficiente entidad, ni revisten de la solidez y contundencia para descartar la relación laboral subordinada, al contrario de sus dichos permite a la Sala encajar en varios de los indicios referidos en la jurisprudencia nacional acordes a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, a saber:

> *(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020):* lo que aconteció con la función desplegada por Gelman López como Coordinador de Colisión, pues era el quien hacia el control de calidad al producto final, es decir, implícitamente también hacia control a la actividad que desarrollaba el actor, y ello no puede entenderse de otra manera, dado que como lo mencionó el mismo testigo, si el producto no cumplía los estándares de calidad, no se entregaba al cliente final, y si bien en el cartulario no se evidencia que el actor haya cometido fallas en su actividad que hayan desencadenado en alguna consecuencia negativa, ello no implica que se descarte la subordinación, al contrario, refuerza la razón o el motivo de su continuidad por espacio de más de 16 años al servicio de la empresa, y aquí descendemos al otro indicio, consistente en "*cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019)",* el que además de lo dicho, se configura con que no puede la Colegiatura aceptar una relación de tipo civil extendida entre el 05 de septiembre del 2000 al 12 de diciembre de 2016, es decir, por espacio de 16 años en una actividad "pintor y preparador de pintura", que conforme el certificado de existencia y representación legal (Fols. 10 a 12) constituye una actividad misional para el desarrollo de su objeto social, mismo que se concreta en *"Explotación de un taller destinado a la reparación, reconstrucción, acondicionamiento y mantenimiento de toda clase de vehículos automotores",* y ello nos lleva a configurar el siguiente indicio, relativo al "*desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393)",* ya que de ninguna manera puede aceptarse que el cargo de alistador o pintor de vehículos y preparador de pintura se considere ajeno a la estructura interna de cargos de la entidad, pues no tendría razón de ser el funcionamiento de un taller de reparación de autos colisionados sin el pintor y preparador de pintura, de allí que se explique el porque se extendió la relación laboral por espacio de 16 años, dicho de otro modo, si el cargo desempeñado por el actor no constituye un cargo en la estructura empresarial, su prestación del servicio hubiera sido temporal y esporádica para una actividad determinada o para una obra específica, lo que no acontece en el sub lite, ya que se presentó una continuidad considerable en el despliegue de su fuerza de trabajo en favor de la encartada en procura de desarrollar de manera principal su objeto social.

[2] Ibídem

Igualmente, no puede pasar por alto la Judicatura que la prestación del servicio en los 16 años que duró su vinculo laboral, se desarrolló en "*los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020)"* y con *"el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019),* circunstancia que fue corroborada por el testigo Gelman López, e incluso el representante legal de la enjuiciada manifestó que no se podían sacar "piezas" del taller para desarrollar la actividad por fuera de la empresa, lo que connota que el actor debía en estricto sentido prestar sus servicios en la infraestructura de la empresa y con las herramientas que aquella suministraba.

Estos indicios plurales, concordantes y convergentes, valorados en conjunto, conducen a la certeza de la existencia del hecho desconocido que se pretende establecer, esto es, la existencia de una relación laboral entre las partes en litis, por ende, al ser los indicios medios probatorios conforme a los estipulado en el art. 165 del CGP y al encontrarse acreditados los requisitos del art. 260 del mismo estatuto, no queda otro camino que declarar su existencia, advirtiendo que si bien la defensa de la entidad empleadora estuvo encaminada a demostrar que el actor fungió como contratista independiente, considera la Sala que conforme a la Jurisprudencia sobre este tópico, lejos está el actor de ser considerado como tal, no solo por lo dicho en precedencia, sino también porque "*la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación",* lo que se itera, ni de asomo se configura tal calidad en el actor, muy a pesar de que en el plano formal el contrato de prestación de servicios en su clausulado haga referencia a *"su calidad de profesional independiente en el área de alistamiento y pintura automotriz"* (Fol. 54 vuelto).

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las probanzas recaudadas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Además, otro aspecto probatorio que llama la atención de la Sala son las documentales adosadas a folios 65 a 81, en la que se hacer saber los honorarios pagados al actor. Sobre ello fácil resulta deducir que, aunque el monto variaba mes a mes, no obstante, las partes aclararon que dependía del número de piezas pintadas y las preparaciones de pintura realizadas, situación que se reafirma por lo aducido por los testigos, quienes señalaron enfáticamente que la labor que ejercía el actor dependía de la cantidad de piezas pintadas, y las preparaciones de pintura que realizaba, situación que denota un pacto de salario a destajo entre las partes, modalidad contenida en el art. 132 del CST.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, administrativa, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan los supuestos contratos de prestación de servicios, por cuanto es evidente que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en el lugar asignado por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró la Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes fue en forma autónoma e independiente y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

Extremos temporales de la relación

Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 05 de septiembre de 2000 al 12 de diciembre de 2016. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua desde aquella data, en tanto que, según se evidencia del contrato de prestación de servicios aportados por las partes, no mediaron interrupciones superiores a 30 días, existiendo un vínculo lineal entre las partes desde el 21 de agosto del 2014 (CSJ Sala Laboral Rad 36897/10, Rad. 47590/16 y SL981/19).

El extremo final tampoco presenta complejidad, pues si bien la parte demandante aduce que lo fue el 12 de diciembre de 2016 y la parte pasiva al contestar el hecho décimo esgrime que la terminación del contrato civil lo fue a finales de noviembre de 2016, tal disyuntiva se define con la documental de folio 28, en la que se observan los aportes al sistema integral de seguridad social integral, detallándose que Industrias Mussgo Ltda efectuó aportes para riesgos laborales hasta el 12 de diciembre de 2016, por tal razón, en lo que concierne a la fecha de terminación del vínculo laboral lo será dicha data.

Salario

Señaló la parte actora en el hecho octavo de la demanda que devengó por la labor desempeñada la suma de $3.749.190 mensuales, frente a lo cual la demandada señaló no ser cierto, pues los "honorarios" podían variar dependiendo de los "servicios a cobrar", los cual se detallaban en las cuentas de cobro presentadas por el promotor del litigio. Asimismo, Jaqueline Guzmán dio cuenta de la manera cómo se realizaba el pago de los honorarios, siendo el demandante quien presentaba las cuentas de cobro respecto a las piezas pintadas y a la pintura preparada, correspondiendo esta último $8.000 por cada color.

Con este fin, se allegaron las cuentas de cobro de algunos de los meses laborados por el promotor del proceso, en las que se expone el servicio prestado y el valor correspondiente (fol. 65 a 81). Además, se arrimaron para algunos años certificaciones laborales en las que se detalla el promedio mensual (fol. 3, y 60 a 64). Por último, obra certificación de retención en la fuente de algunas anualidades (fol. 4 a 6, y 58 a 59), y la planilla de aportes al sistema integral de seguridad social (fol. 25 a 31).

En consecuencia, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en los citados documentos, mismos que no fueron objeto de tacha de falsedad tampoco desconocidas por la accionada, en el cual se incluirá los valores allí referidos, y en los meses o años donde no se encuentre información de la remuneración habrá de tomarse como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente (SL16528-2016). En conclusión, las siguientes sumas serán las que se tengan en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

PERIODO		SALARIO	Folio
5/09/2000	31/12/2000	$ 260.100,00	
1/01/2001	31/12/2001	$ 1.982.458,33	Fol. 4
1/01/2002	31/12/2002	$ 309.000,00	
1/01/2003	31/12/2003	$ 2.100.835,00	Fol. 58 vuelto
1/01/2004	31/12/2004	$ 2.418.729,17	Fol. 59 vuelto

1/01/2005	31/12/2005	$	2.478.726,67	Fol. 5 y 59
1/01/2006	31/12/2006	$	408.000,00	
1/01/2007	31/12/2007	$	689.282,50	Fol. 6 y Smlmv
1/01/2008	31/12/2008	$	3.151.295,17	Fol. 66 a 69
1/01/2009	31/12/2009	$	2.910.707,17	Fol. 70 a 75
1/01/2010	31/12/2010	$	904.259,00	Fol. 62 + smlmv
1/01/2011	31/01/2011	$	2.881.364,58	Fol. 76 a 81
1/01/2012	31/12/2012	$	567.000,00	fol. 31
1/01/2013	31/12/2013	$	1.901.083,33	Fol. 61 vuelto y 30
1/01/2014	31/12/2014	$	3.170.065,00	Fol. 61 y 29
1/01/2015	31/12/2015	$	1.847.022,83	Fol. 60, 65 y 29
1/01/2016	12/12/2016	$	2.968.729,82	Fol. 3 y 28

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda el demandado al señor Henry Laiton Fonseca, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

Excepción de prescripción

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el sub lite aparece a folio 7 a 9 la reclamación de prestaciones sociales, con fecha de recibido en la enjuiciada el **21 de agosto de 2019**, y la demanda se presentó el 02 de diciembre de 2019 (Fol. 22)**.** En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **causados** con anterioridad al **21 de agosto del 2016.**

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción.**

En cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declarar probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **21 de agosto del 2015.**

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de cesantía

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año

(Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST). El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **$30.894.242,94** por concepto de auxilio de cesantías entre el 05 de septiembre de 2000 al 12 de diciembre de 2016.

CESANTIAS							
DESDE	HASTA	SALARIO RECIBIDO	AUXILIO DE TRANS	TOTAL (SALARIO + AUX TRANS)	DIAS		CESANTIAS
5/09/2000	31/12/2000	$ 260.100,00	$ 26.413,00	$ 286.513,00	116	9,666666667	$ 92.320,86
1/01/2001	31/12/2001	$ 1.982.458,33		$ 1.982.458,33	360	30	$ 1.982.458,33
1/01/2002	31/12/2002	$ 309.000,00	$ 34.000,00	$ 343.000,00	360	30	$ 343.000,00
1/01/2003	31/12/2003	$ 2.100.835,00		$ 2.100.835,00	360	30	$ 2.100.835,00
1/01/2004	31/12/2004	$ 2.418.729,17		$ 2.418.729,17	360	30	$ 2.418.729,17
1/01/2005	31/12/2005	$ 2.478.726,67		$ 2.478.726,67	360	30	$ 2.478.726,67
1/01/2006	31/12/2006	$ 408.000,00	$ 47.700,00	$ 455.700,00	360	30	$ 455.700,00
1/01/2007	31/12/2007	$ 689.282,50	$ 50.800,00	$ 740.082,50	360	30	$ 740.082,50
1/01/2008	31/12/2008	$ 3.151.295,17		$ 3.151.295,17	360	30	$ 3.151.295,17
1/01/2009	31/12/2009	$ 2.910.707,17		$ 2.910.707,17	360	30	$ 2.910.707,17
1/01/2010	31/12/2010	$ 904.259,00	$ 61.500,00	$ 965.759,00	360	30	$ 965.759,00
1/01/2011	31/01/2011	$ 2.881.364,58		$ 2.881.364,58	360	30	$ 2.881.364,58
1/01/2012	31/12/2012	$ 567.000,00	$ 67.800,00	$ 634.800,00	360	30	$ 634.800,00
1/01/2013	31/12/2013	$ 1.901.083,33		$ 1.901.083,33	360	30	$ 1.901.083,33
1/01/2014	31/12/2014	$ 3.170.065,00		$ 3.170.065,00	360	30	$ 3.170.065,00
1/01/2015	31/12/2015	$ 1.847.022,83		$ 1.847.022,83	360	30	$ 1.847.022,83
1/01/2016	12/12/2016	$ 2.968.729,82		$ 2.968.729,82	342	28,5	$ 2.820.293,33
						TOTAL	$ 30.894.242,94

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **$321.513,44** por concepto de intereses a las cesantías causados.

CESANTIAS					
CESANTIAS AÑO	INTERESES A LAS CESANTIAS CAUSADOS Y EXIGIBLES	DIAS		CESANTIAS	% CESANTIAS
2000	31/01/2001	PRESCRITOS			
2001	31/01/2002				
2002	31/01/2003				
2003	31/01/2004				
2004	31/01/2005				
2005	31/01/2006				
2006	31/01/2007				
2007	31/01/2008				
2008	31/01/2009				
2009	31/01/2010				
2010	31/01/2011				
2011	31/01/2012				
2012	31/01/2013				
2013	31/01/2014				
2014	31/01/2015				
2015	31/01/2016				
2016	Terminación del contrato 12/12/2016	342	28,5	$ 2.820.293,33	$ 321.513,44
			TOTAL	**$ 2.820.293,33**	**$ 321.513,44**

Sanción por no pago de intereses a las cesantías

Cumple recordar que de conformidad con el numeral 3 del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, el empleador que no pague al trabajador los intereses establecidos deberá cancelarle a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses a las cesantías causados. En tal virtud, y como quiera que no fue cancelado en término ni a la culminación del laborío los intereses a las cesantías a los que tenía derecho la aquí demandante, se condenará a la llamada a juicio al pago de **$321.513,44** a título de indemnización.

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los

otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **$961.238,33** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Tota (salario + auxilio de transporte)		Salario diario	Días	Valor prima
dic-2000 hasta el 2015	Prescritas				
jun-2000 hasta 30/06/2016					
12/12/2016 Término Contrato	$ 2.136.085,19		$ 71.202,83	13.5	$ 961.238,33
Total Prima de servicio					**$ 961.238,33**

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **$4.931.390** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 05/09/2000				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
05/09/2013 a 04/09/2014	05/09/2015	$ 2.968.729.82	360	$ 1.484.364,91

05/09/2014 a 04/09/2015	05/09/2016	$ 2.968.729.82	360	$ 1.484.364,91
05/09/2015 a 04/09/2016	05/09/2017	$ 2.968.729.82	360	$ 1.484.364,91
05/09/2016 a 12/12/2016	Terminación del Contrato	$ 2.968.729.82	116	$ 478.295,36
Total vacaciones				**$ 4.931.390.10**

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

Respecto a esta pretensión 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. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

En relación con las indemnizaciones 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, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, 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, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuentan, sin mayores discusiones, que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través de la citada forma de vinculación, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas:

- **Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.**

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó por fuera de los 24 meses de finalizada

la relación (folio 22, acta de reparto del 02 de diciembre de 2019), en consecuencia, se deberá condenar a la encartada a pagar a favor del señor Henry Laiton Fonseca el valor de $98.957,66 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 13 de diciembre del 2016 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 13 de diciembre del 2018, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a $71.249.515,79 y a partir del mes 25, es decir, desde el 14 de diciembre del 2018, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.

Lo anterior con fundamento en lo dispuesto en la sentencia C- 781 de 2003.

- **Sanción por la no consignación de las cesantías.**

Sobre su liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **$10.984.300,35**.

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO	**SALARIO**	**DESDE**	**HASTA**	**SALARIO DIARIO**	**TOTAL DÍAS**	**SUBTOTOTAL MORATORIA**
2015	$ 2.968.729.82	21/08/2016	12/12/2016	$ 98.957,66	111	**$ 10.984.300,35**

Aportes al sistema de seguridad social

Sobre este tópico pretende el demandante "*el reintegro de las sumas de dinero por aportes a la seguridad social en pensión y salud que fueron pagados por el demandante*"

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.

Conforme a lo anterior, se evidencia que a folios 25 a 31 aparecen probados los pagos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y ARL que realizó el señor Henry Laiton Fonseca como trabajador independiente.

Efectuados los cálculos, con posterioridad al **21 de agosto de 2016**, para el señor Henry Laiton Fonseca, le corresponde el valor de $711.600 por aportes en pensión, y $504.016 por aportes en salud que no le correspondía sufragar a él, sino al empleador.

APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL		
	PENSION - Fol. 28	
PERIODO	**APORTES**	**% Empleador**
2016-08	$ 256.000,00	$ 192.000,00
2016-09	$ 192.000,00	$ 144.000,00
2016-10	$ 232.000,00	$ 174.000,00
2016-11	$ 140.800,00	$ 105.600,00
2016-12	$ 128.000,00	$ 96.000,00
	TOTAL	**$ 711.600,00**

	SALUD - Fol. 28	
PERIODO	**INGRESO DE APORTES**	**8,5 % Empleador**
2016-08	$ 200.000,00	$ 136.000,00
2016-09	$ 150.000,00	$ 102.000,00
2016-10	$ 181.200,00	$ 123.216,00
2016-11	$ 110.000,00	$ 74.800,00
2016-12	$ 100.000,00	$ 68.000,00
	TOTAL	**$ 504.016,00**

Devolución de retención en la fuente e impuesto de industria y comercio

Frente a este tópico baste decir que, la devolución de la retención en la fuente y del impuesto de industria y comercio, por tratarse de un asunto de índole tributaria, no le compete a la Sala ordenar la restitución de los dineros por este concepto, pues esta debe pedirse y ser estudiada por la DIAN y la Secretaría de Hacienda respectiva. (SL9641-2014, SL3157-2020, SL4189-2020, SL2872-2021, entre otras).

Calzado y vestido de labor

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL-5754-2014, ha delineado que: *"de cara al incumplimiento de esta obligación por parte del empleador lo que se configura es el derecho a solicitar una indemnización por perjuicios que deben ser probados por quien los alega*[3]*.*

En el sub examine solo de manera genérica se solicita tal reconocimiento, sin que se encuentre demostrado algún perjuicio ante la omisión de habérsele otorgado aquella dotación.

Aportes al sistema integral de seguridad social a cargo del empleador

[3] CSJ SL 22 de abr. de 1998, rad. No. 10.400: «El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente. Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo, más en modo alguno de aquel que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada. De otra parte no está previsto el mecanismo de la compensación en dinero y, antes por el contrario, el legislador lo prohibió en forma expresa y terminante en el artículo 234 del Código Sustantivo.

No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada. En otros términos el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no se halla legalmente tarifada ha de establecerla el juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegare a demostrar».

En lo relacionado con los aportes para pensión, los mismos resulta procedentes y son imprescriptibles, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015, en los siguientes términos:

> *"Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial -salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.- indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad".*

Frente a los aportes al sistema integral de seguridad social en salud, tiene adoctrinado la Corte en sentencia SL1064-2018, que:

> *"Frente a los aportes al sistema de salud, esta sala de la Corte ha establecido que su pago resulta obligatorio, así no se hubiera disfrutado el servicio, debido al carácter contributivo del sistema, a la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como la del FOSYGA y a la posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema (Ver CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, CSJ SL1457-2015, CSJ SL9373-2015, CSJ SL14385-2015, CSJ SL15439-2015)".*

Conforme lo anterior, dado que en el sub examine se declaró la existencia de una verdadera relación laboral entre el demandante y la enjuiciada, indefectiblemente le compete a la demandada en calidad de ex empleador asumir el pago integral de los aportes al sistema general de pensiones y salud, tal como quedó sustentado en el criterio jurisprudencial atrás vertido, aúnese a lo anterior, que de conformidad con el artículo 22 de la ley 100 de 1993 debe responder por la totalidad del aportes, incluido el porcentaje que le hubiere correspondido al trabajo.

Así las cosas, como para algunos años en la que estuvo vigente el contrato de trabajo se encontró que el IBC reportado en la planilla de folio 25 a 31 es inferior al salario que devengó el accionante, habrá de ordenarse a Industrias Mussgo Ltda que proceda con el pago de los aportes con base en las diferencias en el mismo, teniendo en cuenta el siguiente salario para cada una de las anualidades:

AÑO	SALARIO	
2001	$	1.982.458,33
2003	$	2.100.835,00
2004	$	2.418.729,17
2005	$	2.478.726,67
2007	$	689.282,50
2008	$	3.151.295,17
2009	$	2.910.707,17
2010	$	904.259,00
2011	$	2.881.364,58
2013	$	1.901.083,33

2014	$	3.170.065,00
2015	$	1.847.022,83
2016	$	2.968.729,82

Indexación

La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo y como quiera que las vacaciones y sanción por la no consignación de las cesantías objeto de condena, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 13 de diciembre de 2016 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Costas

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor del demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de febrero del 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la entidad demandada de las suplicas del actor, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **HENRY LAITON FONSECA** y la empresa **INDUSTRIAS MUSSGO LIMITADA** entre el 05 de septiembre de 2000 al 12 de diciembre de 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **INDUSTRIAS MUSSGO LIMITADA** a pagar al señor **HENRY LAITON FONSECA** las siguientes sumas de dinero:

a) **$30.894.242,94**, por concepto de auxilio de cesantía.
b) **$321.513,44**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
c) **$321.513,44**, por concepto de sanción por no pago oportuno de los intereses sobre el auxilio de cesantía.
d) **$961.238,33**, por concepto de prima de servicios.
e) **$4.931.390,** por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 13 de diciembre de 2016 y como IPC final al momento de su pago.
f) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., el valor de **$98.957,66** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 13 de diciembre del 2016 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 13 de diciembre del 2018, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a **$71.249.515,79** y a partir del mes 25, es decir, desde el 14 de diciembre del 2018, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre

asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.

g) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **$10.984.300,35**., que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 13 de diciembre de 2016 y como IPC final al momento de su pago.

h) Por concepto de reembolso de los aportes a salud y pensión efectuados sin tener obligación la suma de **$711.600** por pensión, y **$504.016** por salud.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **INDUSTRIAS MUSSGO LIMITADA** a pagar la diferencia de los aportes en favor del señor **HENRY LAITON FONSECA,** con destino a la entidad de seguridad social donde se encuentre afiliado el actor para los riesgos de pensión y salud, teniendo en cuenta como IBC los siguientes:

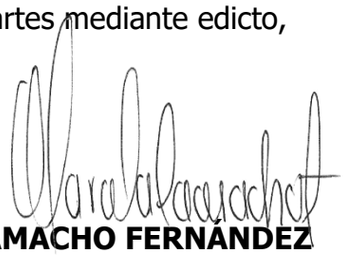
AÑO	IBC	
2001	$	1.982.458,33
2003	$	2.100.835,00
2004	$	2.418.729,17
2005	$	2.478.726,67
2007	$	689.282,50
2008	$	3.151.295,17
2009	$	2.910.707,17
2010	$	904.259,00
2011	$	2.881.364,58
2013	$	1.901.083,33
2014	$	3.170.065,00
2015	$	1.847.022,83
2016	$	2.968.729,82

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **HENRY LAITON FONSECA.**

QUINTO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción y las demás no probadas.

SEXTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **HENRY LAITON FONSECA**. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tásense.

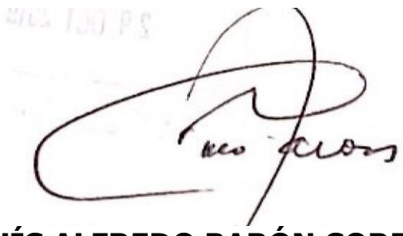
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

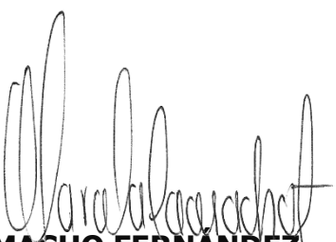


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**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-*

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **HENRY LAITON FONSECA** y a cargo de la demandada en la suma de $2.500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***BERTHA MARÍA RINCÓN GÓMEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***110013105-001-2019-00537-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – COMPAÑERA PERMANENTE DE PENSIONADO.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SANDRA PAOLA ANILLO DIAZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora BERTHA MARÍA RINCÓN GÓMEZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente de SAEL ALBERTO SIABATTO RICAURTE (QEPD), a partir del 15 de diciembre de 2013, el retroactivo junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 7390 del 1° de enero de 1997, el señor Sael Alberto Siabatto Ricaurte (Q.E.P.D), fue pensionado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES; que el señor Sael Alberto Siabatto Ricaurte falleció el 24 de julio de 2017; que la actora y el señor Sael Alberto Siabatto Ricaurte convivieron en calidad de compañeros permanentes desde el 1 de enero de 1986 hasta el 15 de diciembre de 2013, fecha a partir de la cual, el señor Sael Alberto Siabatto Ricaurte tomó la decisión de abandonar el hogar conformado con la demandante; que el señor Sael Alberto Siabatto Ricaurte contrajo matrimonio con la señora Ana Inés Rincón el 26 de diciembre de 1964, persona que falleció en el año de 1993; que la actora y el señor Sael Alberto Siabatto Ricaurte durante su convivencia procrearon seis hijos, todos mayores de edad; que el 22 de agosto de 2017 presentó reclamación pensional ante COLPENSIONES, pero le fue negada a través de resolución SUB208967 del 26 de septiembre de 2017, por no acreditar la

convivencia exigida de 5 años anteriores al fallecimiento; que presentó recurso de apelación, y le fue resuelto de manera desfavorable a través de resolución DIR 190033 del 27 de octubre de 2017; que a pesar del abandonó del hogar por parte del causante el 15 de diciembre de 2013, la actora continuó prodigándole su compañía, amor ya afecto, como el arreglo de la casa, el lavado de ropa, la preparación de alimentos, y apoyo en sus medicamentos y citas médicas; que el señor Sael Alberto Siabatto Ricaurte, la mantuvo afiliada al sistema general de seguridad social en salud como beneficiaria, le proporcionada ayuda económica para vestido, alimentos, y pago de servicios públicos. (Fols. 5 a 24)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 66); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones. COLPENSIONES se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra con fundamento en que se hace evidente que la demandante no acredita los presupuestos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en razón a que no acreditó el requisito de convivencia que exige la ley para su reconocimiento, esto es, la convivencia en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del señor Sael Alberto Siabatto Ricaurte. Como excepciones de mérito rotuló las de: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público (Fols. 67 a 76).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a Bertha María Rincón Gómez, la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente Sael Alberto Siabatto Ricaurte, a partir del 24 de julio de 2017 en cuantía inicial de $1.684.669, en la suma de $1.753.571 para el año 2018, en la suma de $1.809.335 para el año 2019, en la suma de $1.878.090 para el año 2020, y en la suma de $1.908.327 para el año 2021, la cual deberá ser reajustada anualmente conforme lo establezca el gobierno nacional, y por 14 mesadas pensionales al año; condenó a COLPENSIONES a reconocer la suma de $103.850.020 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 24 de julio de 2017 y el 31 de agosto de 2021, de manera indexada desde el 24 de julio de 2017 y hasta la fecha en que se haga el pago efectivo del mismo; declaró no probada las excepciones propuestas. Finalmente gravó en costas a la entidad demandada (fls. 102 y 103 con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que se encuentra acreditado el fallecimiento del causante el 24 de julio de 2017, igualmente la calidad de pensionado que ostentaba el óbito a cargo del otrora ISS, hoy COLPENSIONES a través de resolución No 007390 de 2017.

Entrando en materia frente al reconocimiento pensional, hizo alusión a que de conformidad con el criterio jurisprudencial, la sustitución pensional debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Siabatto Ricaurte falleció el 24 de julio de 2017, le resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, cuyas exigencias pasó a verificarlas en el sub examine, encontrando que para la fecha de fallecimiento del causante, la actora contaba con más de 30 años de edad, y en ese orden, se estudia la prestación de manera vitalicia.

En cuanto a la convivencia, adujo que debía acreditar 5 o más años anteriores al deceso del pensionado fallecido, pues la beneficiaria acude como compañera permanente, siendo que se encuentran dos posturas diferentes, pues mientras la actora sostiene que convivió con el causante hasta la fecha del óbito, la entidad de seguridad social se mantiene en que no se acreditó el tiempo mínimo de convivencia exigido en los últimos 5 años anteriores al deceso.

En orden a resolver, después de haber realizado las consideraciones frente al concepto de convivencia, le dio la razón a la parte activa, en tanto que entre la demandante y el señor Siabatto Ricaurte se logró acreditar la convivencia desde el mes de enero de 1986 hasta el 24 de julio de 2017, y a pesar de que después del año 2013 no residieron en el mismo espacio, adujo que la convivencia se mantuvo, ya que siguieron los lazos afectivos y la ayuda mutua, y ello lo extrajo del dicho de la testigo María Teodolinda Siabatto Díaz, quien manifestó que conoció a la pareja ya que vivían cerca de donde ella, y que si bien el señor Siabatto Ricaurte se fue a residir a dos cuadras desde el año 2013, lo cierto es que, siguieron visitándose y compartiendo como pareja, con acompañamiento mutuo y económico.

Conforme a lo anterior, concluyó que existe certeza del vínculo que unió a la pareja en calidad de compañeros permanentes, desde 1986 hasta el 24 de julio de 2017, fecha de fallecimiento del causante, y que la parte pasiva no desvirtuó ese interregno temporal acreditado por la actora; que en cuanto a la investigación administrativa realizada por COLPENSIONES, no tiene la contundencia para desvirtuar la convivencia acreditada en el proceso.

Así las cosas, procedió a ordenar que COLPENSIONES reconozca la sustitución pensional en la cuantía que venía disfrutando el causante en calidad de pensionado, junto con la indexación por efecto de la pérdida del valor adquisitivo, y con los respectivos descuentos al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Declaró no probada la excepción de prescripción, por cuanto el fallecimiento del pensionado fue el 24 de junio de 2017, la reclamación administración fue presentada el 22 de agosto de 2017, y la demanda el 23 de mayo de 2019, es decir, dentro del término trienal, por ende, no hay lugar a la prosperidad de este medio exceptivo.

5. Impugnación y límites del ad quem. La alzada fue presentada por COLPENSIONES, quien manifestó que debe revocarse la decisión de instancia, dado que no se acredita el requisito de la convivencia durante el interregno de los 5 años anteriores al fallecimiento; que desde el año 2013 se separaron y cada uno vivía de manera separada a su manera en casas diferentes; que una vez separaron no volvieron a cohabitar; que una vez se separaron el causante actuó como un buen padre de familia frente a sus hijos, pero ello no da lugar a configurar la convivencia con la demandante; que después del año 2013 solo se presentó una relación de un buen trato entre la expareja por el bienestar de sus hijos, pero sin que exista convivencia entre la pareja; que COLPENSIONES realizó una investigación administrativa y encontró que la convivencia solo se sostuvo desde 1986 hasta el año 2013, fecha en la cual se fueron a vivir de manera independiente; que se debe absolver de las costas procesales, ya que la entidad ha actuado de buena fe y con apego a la ley. En definitiva, pide que se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad demandada.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante.: En la oportunidad legal solicita que se mantenga incólume la decisión de instancia, dado que la actora acredita los requisitos legales para hacerse merecedora a la pensión de sobrevivientes, ya que acompañó al causante por espacio de 27 años, cuya convivencia se mantuvo hasta la muerte del señor Siabatto Ricaurte.

6.2 Colpensiones.: Solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que no se encuentra acreditada la convivencia hasta el fallecimiento del causante, pues lo único que se logra extraer es que sostenían una buena relación como ex pareja, pero ello era por los hijos que tenían en común.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuestos 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 estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La señora BERTHA MARÍA RINCÓN GÓMEZ reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor SAEL ALBERTO SIABATTO RICAURTE (QEPD)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo, y la indexación? y (iii) ¿Procede la condena en costas a cargo de COLPENSIONES?

Fallecimiento

El señor SAEL ALBERTO SIABATTO RICAURTE (Q.E.P.D) falleció el 24 de julio de 2017, según registro civil de defunción obrante a folio 41.

Normatividad aplicable

Al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues el causante falleció el 24 de julio de 2017 y la modificación normativa en comento entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor SAEL ALBERTO SIABATTO RICAURTE (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que el otrora ISS, hoy COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a partir del 15 de noviembre de 1997, conforme Resolución N° 007390 del 17 de diciembre de 1997 (Fol. 30 Expediente administrativo folio 99).

Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente de pensionado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene

resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

1) Calidad de compañera permanente

Al respecto, valga precisar que en el campo de la seguridad social, y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes",* para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)" (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)"*(CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008)

En el sub lite, de los diferentes actos administrativos expedidos por COLPENSIONES se arriba a la conclusión de que la discusión planteada no consiste en sí acredita o no la calidad de compañera permanente, sino el eje toral de discusión es el lapso de los últimos 5 años que convivieron en calidad de compañeros permanentes, aspecto que se dilucidará más adelante.

2) Edad

Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Bertha María Rincón Gómez, nació el 17 de marzo de 1956 (Fol. 1 expediente administrativo de folio 99, archivo GEN-ANX-CI-2017-11856774), y para la muerte del señor Sael Alberto Siabatto Ricaurte (q.e.p.d.)**,** contaba con 61 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

3) Convivencia

Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Bertha María Rincón Gómez, en calidad de compañera permanente a reclamar la sustitución pensional ante COLPENSIONES (Fol. 43), dicha entidad mediante resolución SUB208967 del 26 de septiembre de 2017, le negó la misma con fundamento en que "una vez efectuada la correspondiente investigación administrativa *(…) no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud, (…) ya que se resalta que los implicados si convivieron unidos bajo unión libre desde el año 1986, pero no convivieron unidos bajo el mismo techo desde el año 2013, ya que por cuestiones de problemas de pareja, deciden separarse y convivir en casas diferentes entre el mismo barrio, donde se visitaban frecuentemente"* (Fols. 44 a 45).

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien

reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adoctrina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

> *"…mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.*
>
> *Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."*

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

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

> *"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (…), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.*
>
> *Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las*

especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)".

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el mes de enero de 1986 y se mantuvo hasta el óbito del señor Siabatto Ricaurte (24/07/2017), y para ello trae al cartulario declaraciones extra juicio de MARÍA ROSA SOCHA DE HURTADO, quien declaró que *"la señora BERTHA MARIA RINCON GÓMEZ convivía con su compañero bajo el mismo techo de forma ininterrumpida, compartían mesa, techo, lecho y hacían vida marital, dependía social y económicamente de él desde el 01 de enero de 1986 hasta el 24 de julio de 2017 fecha de fallecimiento, que lo acompaño hasta su último día de su vida y en la actualidad no recibe pensión ni renta alguna"* (Fol. 29); y de igual manera, trajo al diligenciamiento la testifical de María Teodolinda Siabatto Díaz, con el cual pretende configurar el derecho reclamado.

Entre tanto la parte antagonista y apelante sostiene que no se acreditó la convivencia en los últimos cinco años anteriores al fallecimiento, dado que la convivencia se vio interrumpida desde el año 2013 cuando la pareja decide separarse e irse a vivir cada uno en un lugar diferente, tal como quedó acreditado con la investigación administrativa realizada por COLPENSIONES.

Así las cosas, para efecto de verificar la convivencia "real y efectiva", se debe demostrar por la parte actora que lo expresado en el libelo genitor trascendió de la formalidad, es decir, que se constate que durante ese lapso de tiempo, se haya mantenido vivo y actuante su vínculo, mediante el auxilio mutuo, entendido este como acompañamiento espiritual y moral permanente, apoyo económico y vida en común, lo que logra extraerse de las testificales, como a continuación se detalla.

La señora María Teodolinda Siabatto Díaz sobrina del causante, manifestó que conoció a la pareja Siabatto Rincón, quienes convivieron por espacio de 27 años en la casa paterna, y que su tío decidió irse a otra casa en el año 2013, casa que era de los abuelos y la había comprado, pero que a pesar de eso siempre los veía juntos; que su tío siempre le ayudaba a la demandante económicamente, para ropa y comida, y que a pesar de vivir en casa diferente siempre actuaban "como si no hubiera pasado nada"; que ella vivía cerca a la casa donde se fue a vivir su tío, y siempre los veía en la casa de él, que iban a misa los domingos, ya que a su tío le encantaba ir a misa, además que los veía porque vivía a una cuadra por donde siempre se pasa; que ella también trabajaba por allí cerca, y veía a la demandante "en el solar con sus ollitas", ya que a pesar de vivir en casa separada le llevaba la comida; que la separación lo fue por el temperamento fuerte del causante, según sus palabras "era complicado", sin embargo, a pesar de eso, que su tío siempre decía tener satisfacción por "tener la compañía de su vieja y sus hijos"; que cuando falleció su tío, la demandante fue quien organizó las exequias; manifestó que a pesar del temperamento de su tío, la demandante siempre estuvo allí.

A juicio de la Sala tales dichos fueron espontáneos y no se aprecian contradicciones, al contrario, guardan plena coincidencia con lo expresado por la actora en el interrogatorio de parte, se itera, dan cuenta que en efecto, la convivencia inicio aproximadamente en enero de 1986 y se mantuvo hasta el 24 de julio de 2017, sin que aprecie la Sala que sus dichos sean insuficientes para dar por demostrado la

convivencia, pues nótese que relata que de manera directa conoció a la pareja por cuanto vivía cerca, los veía como pareja, incluso después del año 2013, dio cuenta de que en efecto cada uno vivía en casa diferente a partir de esa anualidad, pero que siguieron comportándose "como si no hubiera pasado nada", aunado a que, fue el causante quien decidió irse a vivir en casa diferente, pero que a pesar de ello continuó la ayuda mutua, en la medida en que el causante le brindaba apoyo económico a la actora para suplir sus necesidades básicas y a la vez esta le brindaba apoyo en lo relacionado con su comida, arreglo de ropa, al igual que compartían tiempo juntos como pareja, esto es, iban juntos a misa, tesituras que, de ninguna manera puede restársele valor persuasivo.

Aprecia la Sala que la testimonial conduce a reconocer mérito de convicción, por ser congruente con las aserciones de la misma demandante, y porque tenía una relación cercana con la pareja, siendo claro para esta Colegiatura que tal relación de cercanía, implica que el análisis de sus declaraciones en el proceso se haga con mayor rigor, en términos del artículo 211 del CGP que enseña: "*El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* teniendo en cuenta las "*circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas*", y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica, que no se encuentra que el fallador de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorado la prueba testimonial en esta instancia, se llega a la misma conclusión del cognoscente de instancia, sin que logre la parte demandada enervar la solidez, contundencia y espontaneidad en punto a la convivencia configurada con el dicho de la testigo traída al diligenciamiento.

Ahora, plantea COLPENSIONES que en el trámite administrativo se realizó una investigación y que allí se concluyó que la convivencia se interrumpió a partir del año 2013, cuando cada uno decide irse a vivir a casa diferente, es decir, no se cumple con el presupuesto de los 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento; no obstante, considera la Sala que la entidad procedió a descartar la convivencia en los últimos 5 años sin tener en cuenta todas las declaraciones allí rendidas, pues se hace referencia a que por vía telefónica se contactó al señor Hernando Gutiérrez Puentes, quien informó acerca de la convivencia de la pareja Siabatto Rincón, en los siguientes términos: *"vivieron en casas separadas a una distancia de dos cuadras en el mismo barrio, (…) informando que la pareja si convivieron varios años bajo el mismo techo en el centro del Municipio de Mongui (Boyacá), pero aproximadamente 4 años antes de la muerte del causante decidieron vivir en casas diferentes esto por el temperamento y carácter del causante, pero que en esos años todos los días ellos se visitaban, agregando que la solicitante le arreglaba las prendas de vestir y le preparaba los alimentos del causante"* (Fols. 58 a 60), manifestación con la que se corrobora que a pesar de que a partir del año 2013 decidió el causante irse a vivir en una casa aparte, continuaron como pareja en otros aspectos que no logran desvirtuar el concepto de familia en sentido amplio, pues se itera, se continuó con la ayuda mutua como pareja, se les veía juntos, el causante apoyaba económicamente a la actora y ella velaba por su alimentación y arreglo de la ropa, continuando como pareja, al punto que fue la actora quien al momento del fallecimiento se encargó de las exequias, y estuvo allí presente, lo que en modo alguno llevaría a la Sala a prohijar la prosperidad de la alzada dirigida en este sentido.

En este punto debe la Sala precisar que le compete al Juez analizar estos casos particulares y su contexto, en la medida en que no se puede descartar la convivencia

por el hecho de que la pareja no cohabiten bajo el mismo techo, y así lo pregonó en sentencia SL2010-2019, reiterada en la SL4771-2020, en la que dejó dicho:

> *"lo cierto es que la Corte ha dicho que el requisito de la convivencia que prevé el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 debe ser analizado de acuerdo con las particularidades de cada caso, «…dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares…» (CSJ SL1399-2018)".*

De lo que viene dicho, quedó acreditado en el plenario que la pareja Siabatto Rincón para el año 2013 decidieron no cohabitar en el mismo techo, en razón principalmente al temperamento del causante, pero a pesar de ello, continuaron conviviendo como pareja, brindándose ayuda mutua y exteriorizando su relación, tal como lo informó la testigo que brindó declaración en el presente proceso e incluso como puede desprenderse de la misma investigación administrativa realizada por COLPENSIONES.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que BERTHA MARÍA RINCON GÓMEZ convivió en calidad de compañera permanente con el de cujus desde enero de 1986, por espació superior a los 5 años anteriores al deceso (24/07/2017).

Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 24 de julio de 2017, sobre el 100% de la prestación económica que percibía Sael Alberto Siabatto Ricaurte (Q.E.P.D) para el momento de su fallecimiento, esto es, $1.684.669 (folio 25).

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afecta por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 24 de julio de 2017, la reclamación administrativa se presentó el 22 de agosto de 2017 (fol. 44), que fue resuelta a través de resolución SUB208967 del 26 de septiembre de 2017 (fols. 44 a 45), terminando la vía gubernativa con la expedición de la resolución DIR19033 del 27 de octubre de 2017, debía de allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la última resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 23 de mayo de 2019 (fol. 63), no corrió más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohijar que no operó el fenómeno prescriptivo.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **$ 107.666.676**, correspondiente a las mesadas causadas entre 24 de julio de 2017 y el 31 de octubre de 2021, y a partir del 1º de noviembre de 2021 COLPENSIONES deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a $ 1.908.328, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Sael Alberto Siabatto Ricaurte (Q.E.P.D), fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

REAJUSTE PENSIONAL				
Año	**IPC**	**Valor reconocido**	**# mesadas**	**Total retroactivo**
2017	4,09%	$ 1.684.669	6,23	$ 10.501.103
2018	3,18%	$ 1.753.572	14	$ 24.550.007
2019	3,80%	$ 1.809.336	14	$ 25.330.698
2020	1,61%	$ 1.878.090	14	$ 26.293.264
2021		$ 1.908.328	11	$ 20.991.603
			TOTAL	**$ 107.666.676**

Se autoriza igualmente a la UGPP para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que "*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*", en lo que al punto concluye:

> *"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".*

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la juez primigenia.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartiéndose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues a pesar de que el alzadita refiere que se deben revocar, lo cierto es que, de conformidad con el artículo 365, numeral 1 del CGP, hay

lugar condena en costas a la parte vencida, aunado a que en la contestación de la demanda presentó oposición a las pretensiones.

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 **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 02 de septiembre de 2021 por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

> *"**SEGUNDO**: **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la señora BERTHA MARÍA RINCON GOMEZ, la suma de **$107.666.676,** como retroactivo pensional causado desde el 24 de julio de 2017 hasta el 31 de octubre de 2021. A partir del 1º de noviembre de 2021, COLPENSIONES, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de $1.908.328, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre. Autorizando a COLPENSIONES realizar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.*
>
> ***Parágrafo:** COPENSIONES deberá reconocer la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo atrás ordenado, y las que se sigan causando, indexación que correrá desde la causación de cada mesada hasta la fecha del pago efectivo de la obligación".*

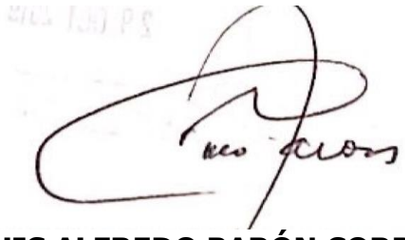
SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

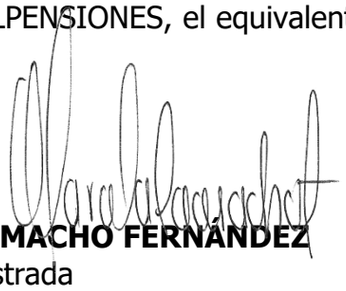


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*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-*

AUTO PONENTE

CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a UN SMLMV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***OLGA HELENA IBARGUEN MOSQUERA***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***110013105-036-2018-00064-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA: ***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE PENSIONADO.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. La señora OLGA HELENA IBARGUEN MOSQUERA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite de VICENTE LOZANO ASPRILLA (q.e.p.d), en un 100% a partir de la fecha de fallecimiento del causante, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 0977 del 27 de abril de 2009 el ISS, reconoció la pensión de jubilación a Vicente Lozano Asprilla (Q.E.P.D), quien falleció el 31 de marzo de 2012; que de la relación entre la actora y el señor Vicente Lozano Asprilla (q.e.p.d), procrearon seis hijos, de nombre Rafael, Marisel, Cruzmaria, Wilson, Myriam del Carmen y Ana Inés Lozano Ibarguen; que el 7 de octubre de 2016 solicitó la sustitución pensional, pero le fue negada a través de resolución GNR1368141 del 5 de diciembre de 2016; que interpuso recurso de apelación el 20 de diciembre de 2016, pero fue rechazado mediante resolución SUB56505 del 9 de mayo de 2017; que interpuso acción de tutela, pero no fue concedida. (Fols. 75 a 90 Archivo No 01 Exp, Digital).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 102); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que no hay pruebas suficientes que

demuestren la veracidad de una relación de convivencia entre el causante y la demandante por los últimos 5 años que exige la norma. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, 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 innominada o genérica. (Fols.105 a 117 y 139 a 141 archivo No 01 exp. Digital).

4. Trámite procesal previo: Mediante auto del 27 de agosto de 2019, se ordenó vincular a MARIA PRISCILA MENA MOSQUERA, como interviniente ad excludendum, quien se notificó en debida forma el 06 de septiembre de 2019, pero no intervino en el diligenciamiento (Fols. 221 y 248).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de julio de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró parcialmente probada la excepción de prescripción; condenó a COLPENSIONES a reconocer a OLGA ELENA IBARGUEN MOSQUERA la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge VICENTE LOZANO ASPRILLA, a partir del 1° de octubre de 2013, en cuantía de $589.500; absolvió de las demás pretensiones, y gravó en costas a COLPENSIONES (Archivos 1 a 2 expediente digital, con audio de la audiencia virtual).

Entrando en materia frente al reconocimiento pensional, lo primero que manifestó fue que la competencia para el reconocimiento pensional en tratándose de pensionados de las empresas de metales preciosos, como lo era el causante, están a cargo del ISS, hoy COLPENSIONES, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de la ley 100 de 1993, y pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en providencia del 19 de febrero de 2019.

Adujo que era un hecho no controvertido que el señor VICENTE LOZANO ASPRILLA, fue pensionado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES mediante resolución No 0997 de 2009. Asimismo hizo alusión a que de conformidad con el criterio jurisprudencial, la sustitución pensional debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Lozano Asprilla falleció el 31 de marzo de 2012, le resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, cuyas exigencias pasó a verificarlas en el sub examine, encontrando que para la fecha de fallecimiento del causante, la actora contaba con más de 30 años de edad, y en ese orden, se estudia la prestación de manera vitalicia.

En cuanto a la convivencia, adujo que debía acreditar 5 o más años anteriores al deceso del pensionado fallecido, pues la beneficiaria acude como compañera permanente, a pesar de que se haya aportado registro civil de matrimonio celebrado 04 de marzo de 2012, pues fue celebrado a poco días de fallecer el señor VICENTE LOZANO ASPRILLA.

Frente a la señora MARIA PRISCILA MENA MOSQUERA, en la que se plantea en principio conflicto de beneficiarias, manifestó que la misma fue integrada al proceso como interviniente ad excludendum, se ordenó su notificación y no compareció al proceso, además que en el trámite administrativo ante COLPENSIONES el 14 de diciembre de 2015 presentó desistimiento de la solicitud que en su momento elevó

pretendiendo la sustitución pensional, con lo cual, se procedió a resolver si a la demandante le asiste o no derecho al reconocimiento pensional pretendido.

En orden a resolver, después de haber realizado las consideraciones frente al concepto de convivencia, le dio la razón a la parte activa, en tanto que entre la demandante y el señor Lozano Asprilla se logró acreditar la convivencia desde el año de 1952 hasta el 04 de marzo de 2012, y ello lo dedujo de las declaraciones extrajuicio de los señores Feliciano Caicedo Bonilla e Ignacio Velásquez Polo, quienes bajo la gravedad de juramento afirmaron que conocieron la convivencia de la pareja desde el año de 1952 hasta la fecha de fallecimiento del señor Vicente Lozano Asprilla, y que la misma se desarrolló en el Barrio Comercio en San Juan de Choco; así mismo, manifestó que la pareja procreó 6 hijos, cuyas fechas de nacimiento datan del año 1958, 1962 y 1966, el cual constituye un indicio de su relación como compañeros permanentes.

Manifestó que de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a las declaraciones extrajuicio, las mismas deben valorarse como declaración y no como prueba documental, y que no necesitan de ratificación a no ser que sea solicitado por la contraparte, lo que no ocurrió en el sub examine, dado que COLPENSIONES no solicitó ratificación de las declaraciones extrajuicio allegadas con el proceso.

Conforme a lo anterior, concluyó que existe certeza del vínculo que unió a la pareja en calidad de compañeros permanentes, desde 1952 hasta el 31 de marzo de 2012, fecha de fallecimiento del causante, y que la parte pasiva no desvirtuó ese interregno temporal acreditado por la actora.

Así las cosas, procedió a ordenar que COLPENSIONES reconozca la sustitución pensional en la cuantía que venía disfrutando el causante en calidad de pensionado, esto es, en suma de $566.700, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, y con los respectivos descuentos al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Declaró probada la excepción de prescripción, por cuanto el fallecimiento del pensionado fue el 31 de marzo de 2012, la reclamación administrativa fue presentada el 07 de octubre de 2016, y la demanda el 06 de febrero de 2018, es decir, que entre la exigibilidad y la reclamación pasaron más de 3 años, con lo cual, están prescritas las mesadas causadas con anterioridad a octubre de 2013.

Absolvió de la indemnización de perjuicios, ya que no fue solicitado como pretensión, y no es posible acceder a la misma haciendo uso de las facultades ultra y extra petita.

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesta la alzada por parte de COLPENSIONES, quien manifestó que se debe revocar la decisión de instancia, dado que no se demostró en debida forma el lapso de convivencia en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante; que con las declaraciones extrajuicio no se desprende la convivencia, además que no fueron ratificadas; que el hecho de que se hayan casado 28 días antes del fallecimiento denota dudas de la convivencia; que es extraño que el causante fallezca el 31 de marzo de 2012 y solo después de 4 años se presente la actora a reclamar la prestación, aunado a que también reclamó la señora Priscila Mena. En definitiva, pide que se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad demandada.

7. Alegatos de conclusión.

7.1 Colpensiones.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, dado que la actora no acredita los parámetros del artículo 13 de la ley 797 de 2003 para ser beneficiaria de la sustitución pensional, además debe tenerse en cuenta que el matrimonio con el causante fue realizado a 28 días de fallecer el cuasante; que no esta probada en debida forma la convivencia.

7.2 Demandante.: Peticiona que sea confirmada la sentencia en lo referente al reconocimiento pensional, dado que cumple con los requisitos legales para hacerse acreedora de la prestación. Asimismo, arrima al legajo un escrito de adhesión solicitando la actualización de las mesadas con el IPC, la indemnización de perjuicios y el pago de intereses.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuestos 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 estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La señora OLGA ELENA ARANGUREN MOSQUERA reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor VICENTE LOZANO ASPRILLA (q.e.p.d.)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo?

Fallecimiento

El señor Vicente Lozano Asprilla (Q.E.P.D) falleció el 31 de marzo de 2012, según registro civil de defunción obrante a folio 17 archivo No 01 Expediente digitalizado.

Normatividad aplicable

Al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues el causante falleció el 31 de marzo de 2012 y la modificación normativa en comento entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor Vicente Lozano Asprilla (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que el otrora ISS, hoy COLPENSIONES le reconoció pensión de jubilación, conforme Resolución N° 977 de 27 de abril de 2009 (Fol. 2 Archivo GRP-AAD-IR-2017 Expediente administrativo).

Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente de pensionado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene

resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

1) Calidad de cónyuge

Al respecto, valga precisar que en el campo de la seguridad social, y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes",* para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)" (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)"* (CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008)

En el sub lite, de los diferentes actos administrativos expedidos por COLPENSIONES se arriba a la conclusión de que la discusión planteada no consiste en sí acredita o no la calidad de compañera permanente, sino el eje toral de discusión es el lapso de los últimos 5 años que convivieron en calidad de compañeros permanentes, aspecto que se dilucidará más adelante.

Cabe precisar que, si bien obra registro civil de matrimonio glosado a folio 48 del expediente digitalizado, que da cuenta que el señor Vicente Lozano Asprilla contrajo matrimonio con Olga María Ibarguen Mosquera, el día 04 de marzo de 2012, es decir a pocos días del fallecimiento del señor Lozano Asprilla (31/03/2012), ello no releva a la actora de acreditar los 5 años de convivencia inmediatamente anterior al fallecimiento, pues el tiempo de convivencia como cónyuge solo lo fue por espacio de 26 días antes del fallecimiento, por lo que necesariamente debe la parte actora acreditar el lustro de convivencia de cinco años anteriores al fallecimiento en calidad de compañera permanente, acumulando obviamente el tiempo de convivencia en calidad de cónyuge, tal como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3693-2021.

2) Edad

Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora OLGA ELENA IBARGUEN MOSQUERA, nació el 16 de diciembre de 1929 para la muerte del señor VICENTE LOZANO ASPRILLA (q.e.p.d.), contaba con 83 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

3) Convivencia

Este requisito constituye en punto central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Olga Elena Ibarguen Mosquera, en calidad de compañera

permanente a reclamar la sustitución pensional ante COLPENSIONES (Fol. 26), dicha entidad mediante resolución GNR368141 del 05 de diciembre de 2016 le negó la prestación, inclusive apelando a un argumento de carácter procesal, pues a su juicio, consideraba que la solicitud pensional le correspondía al Fondo de Pensionados de las Empresas Productora de Metales Preciosos o la Empresa de Obras Sanitarias liquidada, aspecto que como quedo dicho en el transcurso de la primera instancia no es de recibió, pues de conformidad con el artículo 149 de la Ley 100 de 1993, *"Las pensiones de los beneficiarios del Fondo de Pensionados de las Empresas Productoras de Metales Preciosos creado mediante la Ley 50 de 1990, y las de las Empresas de Obras Sanitarias liquidadas* ***serán pagadas en adelante por el Instituto de Seguros Sociales"*** (Negrilla fuera del texto), y así también lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL5152-2020, máxime que la pensión otorgada al señor VICENTE LOZANO ASPRILLA (q.e.p.d.) fue otorgada por el extinto ISS, razón más que suficiente para predicar que la solicitud pensional de la actora debía ser desatada por COLPENSIONES.

Ahora, volviendo al tema de la convivencia, solo con la respuesta a la demanda COLPENSIONES alega que la actora no cumple con el lapso de los 5 años anteriores al fallecimiento y que además al trámite administrativo se presentó a reclamar la misma prestación la señora MARIA PRISCILA MENA MOSQUERA, pasando por alto que en el trámite administrativo ante COLPENSIONES la señora MENA MOSQUERA presentó desistimiento el 22 de diciembre de 2015, en los siguientes términos: *"a todos los tramites adelantados en dicha entidad relacionados con mi nombre sobre el reconocimiento y sustitución pensional a nombre de: Vicente Lizano Asprilla"* (Fol. 1 archivo SAC-COM-AF-2015-012340669, expediente administrativo), razón por la que, para la fecha en que la actora elevó la solicitud de reconocimiento (07/10/2016) no existía controversia de beneficiarias y en consecuencia, podía COLPENSIONES entrar a estudiar la solicitud de reconocimiento pensional elevada por la demandante, verificando el cumplimiento o no de los requisitos legales.

Asimismo, en el transcurso del proceso mediante auto del 27 de agosto de 2019, se ordenó vincular a MARIA PRISCILA MENA MOSQUERA, como interviniente ad excludendum, quien se notificó en debida forma el 06 de septiembre de 2019, pero no intervino en el diligenciamiento (Fols. 221 y 248), lo que conlleva a que la Sala verifique sí la actora acredita los 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento del señor VICENTE LOZANO ASPRILLA (q.e.p.d.).

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adoctrina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

> *"…mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza*

de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

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

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

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

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

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el año de 1952 y se mantuvo hasta el óbito del señor Lozano Asprilla (31/03/2012), y para ello trae al cartulario declaraciones extra juicio de FELICIANO BAUDILLO CAICEDO BONILLA e IGNACIO MANUEL VELASQUEZ POLO, quienes declararon que "*conocí de vista, trato y comunicación al señor VICENTE LOZANO ASPRILLA, (Q.E.P.D), (…) por el trato personal y directo que tuvimos, se y me consta, que desde el año de 1952 convivió en unión marital de hecho compartiendo mesa, techo y lecho de manera permanente y notoria con la señora OLGA ELENA IBARGUEN*

MOSQUERA, (…) con quien procreó 6 hijos, en la actualidad todos adultos y sanos. El 03 de marzo de 2012 esta pareja contrajo matrimonio católico aquí en Istmina Choco y convivieron hasta el día del deceso del señor VICENTE LOZANO ASPRILLA, (Q.E.P.D), que fue el 31 de marzo de 2012, es decir, ellos convivieron 60 años en total. (…) igualmente manifiesto, que su lugar de residencia fue en el Barrio Comercio de Andagoya Municipio de Medio San Juan de Choco. Igualmente expreso que hasta la fecha del deceso del señor VICENTE LOZANO ASPRILLA, (Q.E.P.D), no se presentó ningún tipo de separación de cuerpo o disolución o liquidación de sociedad conyugal con la señora OLGA ELENA IBARGUEN MOSQUERA" (Fol. 19 y 20 Archivo No 01. Exp. Digitalizado)**.**

Entre tanto la parte antagonista y apelante sostiene que no se acreditó la convivencia en los últimos cinco años anteriores al fallecimiento, dado que no se logra vislumbrar la misma con las declaraciones extrajuicio, pues no fueron ratificadas e igualmente que resultaba extraño haber contraído matrimonio a pocos días del fallecimiento del señor Vicente Lozano Asprilla.

Así las cosas, el primer aspecto a dilucidar es que los documentos que contienen las declaraciones extraprocesales, se asimilan al testimonio (SL4167-2020 y SL1669-2021), y deben valorarse, siendo que en el sub examine la *a quo* procedió a dar por acreditada la convivencia con las dos declaraciones extrajuicio aportadas al proceso, pues no se allegó ningún testimonio al proceso, ante lo cual, esta Colegiatura aprecia que de las mencionadas declaraciones, sí se puede extraer la convivencia, ya que aquellos expresaron que conocieron a la pareja desde 1952, y en efecto, revisado cronológicamente las fechas de nacimiento de los 6 hijos que procreó la pareja Lozano Ibarguen, se tiene que, en el año de 1958 nació Rafael (Fol. 21), en 1960 Mary (Fol. 22), en 1962 Cruz Marina (Fol. 23), en 1963 Wilson (Fol. 24), y en 1965 Miryam del Carmen (Fol. 25), lo que conduce a establecer que no es desacertada la manifestación relativa a determinar la convivencia desde aproximadamente el año de 1958 y su permanencia hasta el fallecimiento, dado que ciertamente dan cuenta que la pareja contrajo matrimonio el 03 de marzo de 2012, y ello se corrobora con el registro civil de matrimonio (Fol. 48), sin que la Sala pueda darle la connotación que esgrime la apoderada apelante, pues si bien tal hecho aconteció a 26 días del fallecimiento del señor VICENTE LOZANO ASPRILLA, (Q.E.P.D), nada impide que tras mantener una convivencia como compañeros permanentes por espacio de más de 30 años, decidan voluntariamente contraer matrimonio.

Igualmente, sobre la declaración extra juicio, tiene dicho la Corte que no requiere ratificación salvo que la parte contraria lo solicite (SL9160-2017), y que en el evento de solicitar la ratificación le corresponde a la parte interesada, hacer lo posible para lograrla, lo que no aconteció en la causa que aquí se estudia, ya que COLPENSIONES no elevó petición en tal sentido, en consecuencia, debe dársele valor probatorio a lo allí expresado, esto es, que para la época del deceso de Vicente Lozano Asprilla, se encontraban conviviendo bajo el mismo techo desde el año de 1952 hasta la fecha de su deceso (31/03/2012), inicialmente en calidad de compañeros permanentes, y desde el 04 de marzo hasta el 31 de marzo de 2012, como cónyuges.

A juicio de la Sala los dichos contenidos en la declaración extrajuicio no resultan contradictorios o fuera de contexto, al contrario, guardan plena coincidencia con lo expresado por la actora en el interrogatorio de parte, y en el trámite administrativo de reconocimiento, se itera, dan cuenta que en efecto, la convivencia inicio aproximadamente en el año de 1952 y se mantuvo hasta el 31 de marzo de 2012, sin que aprecie la Sala que sus dichos sean insuficientes para dar por demostrado la

convivencia, pues nótese que relatan que conocieron a la pareja de manera directa, que nunca se separaron, que procrearon seis hijos, y que contrajeron matrimonio el 4 de marzo de 2012, además que su convivencia se desarrolló en el Barrio Comercio de Andagoya Municipio de Medio San Juan de Choco.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que OLGA ELENA IBARGUEN MOSQUERA convivió en calidad de compañera permanente con el óbito desde el año de 1952, y convivió con aquel por espació superior a los 5 años anteriores al deceso (31/03/2012).

Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 31 de marzo de 2012, sobre el 100% de la prestación económica que percibía Vicente Lozano Asprilla (Q.E.P.D) para el momento de su fallecimiento, esto es, $566.700 (folio 2 desprendible de pago de pensión archivo GEN- ANX-CI-2014-726070- Exp, Administrativo).

En cuanto a la excepción de prescripción tenemos que, las mesadas se causaron a partir del 31 de marzo de 2012, teniendo de allí 3 años para reclamar su derecho, no obstante, como quiera que la reclamación se presentó el **7 de octubre de 2016** (Fol. 27 archivo No 01 Exp. Digitalizado), que le fue negada mediante resolución GNR368141 del 05 de diciembre de 2016 (Fols. 25 a 28 archivo No 1 Exp. Digital), y la presentación de la demanda fue el 06 de febrero de 2018 (fol. 67), es decir, como quiera que entre la reclamación de la prestación, la resolución negando la misma y la presentación de la demanda no se superó los 3 años, habrá de declararse probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al **07 de octubre de 2013,** lo cual encuentra estribo en la sentencia SL 794 de 2013, decisión que se mantendrá incólume, pues acertadamente así lo concluyó la a quo.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **$ 84.797.334**, correspondiente a las mesadas causadas entre 07 de octubre de 2013 y el 31 de octubre de 2021, y a partir del 1º de noviembre de 2021 Colpensiones deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente al SMMLV, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Vicente Lozano Asprilla (Q.E.P.D), fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	**IPC**	**# mesadas**	**Valor pensión (mínimo)**	**Total Retroactivo (mínimo)**
2013	1,94%	4	$ 589.500	$ 2.358.000
2014	3,66%	14	$ 616.000	$ 8.624.000
2015	6,77%	14	$ 644.350	$ 9.020.900
2016	5,75%	14	$ 689.454	$ 9.652.356
2017	4,09%	14	$ 737.717	$ 10.328.038
2018	3,18%	14	$ 781.242	$ 10.937.388
2019	3,80%	14	$ 828.116	$ 11.593.624

2020	1,61%	14	$ 877.803	$ 12.289.242
2021		11	$ 908.526	$ 9.993.786
			TOTAL	**$ 84.797.334**

Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de octubre de 2013, en estricto sentido se reconoce de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021), tal como acertadamente lo hizo la a quo.

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INDEXACIÓN

S bien, el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, es que, "*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*", lo cierto es que, en el sub examine, la a quo no ordenó la indexación, y tal punto no fue objeto de disenso e inconformidad por la parte activa de la relación procesal, sin que pueda tenerse en cuenta el escrito de adhesión en este aspecto ni en los otros pedimentos allí enarbolados, pues no es la oportunidad procesal para manifestar la inconformidad con el fallo de primera instancia, razón por la cual, no es procedente bajo el principio de consonancia del artículo 66A del CSTSS proceder a impartir condena en contra de COLPENSIONES, súmese también que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad de seguridad social demandada, a quien no se le puede hacer más gravosa la condena, por plena aplicación del artículo 69 *ejusdem.*

Colofón de lo expuesto, para la Sala no queda otro camino que modificar la decisión de primera instancia, en los términos atrás señalados.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

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 **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 28 de julio de 2021 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

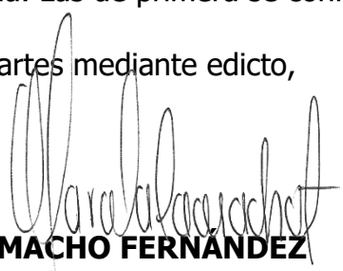
> "***SEGUNDO**: **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a la señora OLGA ELENA IBARGUEN MOSQUERA, la pensión de sobrevivientes por la muerte del pensionado VICENTE LOZANO ASPRILLA, a partir del 01 de octubre de 2013, en su*

condición de compañera permanente. Y como retroactivo pensional causado desde el 01 de octubre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2021, la suma de ***$84.797.334****. A partir del 1º de noviembre de 2021, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, deberá pagar a la demandante, la mesada pensional equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre. Se autoriza a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud".*

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

TERCERO: **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

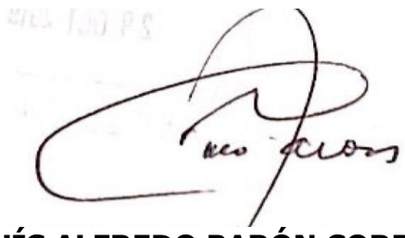
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: FABIO VALDERRAMA MARTÍNEZ
Demandado: LA NACIÓN MINISTERIO DE TRANSPORTE
Radicación: 11001-31050-06-2019-00450-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA – MODIFICA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Fabio Valderrama Martínez, instauró demanda ordinaria contra La Nación Ministerio de Transporte, con el propósito de que declare que mantuvo relación laboral de carácter contractual con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hoy Ministerio de Transporte, por tanto, el carácter legal de servidor público. Como consecuencia de lo anterior, se disponga a su favor el reconocimiento y pago de la pensión sanción, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, desde el momento de su retiro al 20 de diciembre del 2017, fecha en la que cumplió 60 años; a reconocerle y pagarle la pensión sanción equivalente al 52.6% de la totalidad de factores de salario devengado al momento del retiro del servicio (30 de noviembre de 1993), debidamente indexados; al reajuste y reliquidación, retroactivo de mesadas pensionales indexadas; intereses moratorios; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para Ministerio de Obras Públicas y Transporte desde el 21 de noviembre de 1979 hasta el 30 de noviembre de 1993, entidad que mediante Resolución No. 007352 del 17 de noviembre de 1993 dio por terminado el contrato de trabajo, teniendo como fundamento el Decreto 2094 de 1993, a través del cual se suprimió el cargo de Apuntatiempo desempeñado.

Refirió que para el momento del despido se encontraba en vigencia la Ley 171 de 1961, ya que la Ley 100 de 1993, para los trabajadores nacionales sólo entró en vigor el 1 de abril de 1994. Además, indicó que por petición radicada el 3 de agosto del 2018, solicitó a la encartada el reconocimiento pensional, misma que le fue negada el 28 de agosto del 2018. (fols. 3 a 11)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 32); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. La Nación Ministerio de Transporte. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, a excepción de la existencia de un contrato de trabajo, argumentando que las obligaciones pensionales de la vida laboral del demandante se realizaron a Cajanal hoy UGPP y, por tanto, las obligaciones pensionales no quedaron a su cargo. Agregó que el lleno de los requisitos para hacerse acreedor de la pensión reclamada debe ser objeto de demostración por parte de aquel en este juicio. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pensional, falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica. (fols. 38 a 46)

3.2. UGPP. Según constancia secretarial del 15 de septiembre hogaño, la vinculada no presentó escrito de intervención. (fols 97)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de diciembre del 2020, en la que condenó a La Nación Ministerio del Transporte a reconocer y pagar al demandante la pensión restringida de jubilación efectiva a partir del día 20 de diciembre del 2017 en cuantía inicial $1.588.355 con los aumentos legales, mesadas adicionales e intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Declaró no probada la excepción de prescripción e impuso costas a la convocada. En sentencia complementaria corrigió el error aritmético en que incurrió, disponiendo que la mesada pensional a cargo de la encargada atañía a $1.068.530.

Como sustento de su decisión indicó que estaba demostrado la existencia de la relación laboral del actor con la entidad accionada desde el día 21 de noviembre de 1979 hasta el 30 de noviembre de 1993, en el cargo de Apuntatiempo. En esa medida y luego de hacer alusión a lo dispuesto en la Ley 171 de 1961, sostuvo que el contrato de trabajo perduró por 14 años y 10 días, mismo que terminó por supresión del cargo por virtud del Decreto 2094 de 1993, fundamento legal que no constituye justa causa de despido ni un modo legal para su terminación, por manera se hallaban reunidos los requisitos legales consagrados en el artículo 8° de la citada Ley, en concordancia con el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, para acceder a la pensión restringida de jubilación.

Agregó que la afiliación del promotor del proceso a Cajanal no impide la prosperidad de la reclamación pensional, pues, la norma no consagra esto como eximente de su reconocimiento. Además, aclaró que el conflicto no se dirimía en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, por no encontrarse vigente a la terminación del contrato de trabajo. En consecuencia, dispuso a la demandada el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación en favor del aquí demandante. (CD. fol. 76).

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Parte demandante. En su escrito se ratificó de los hechos y pretensiones de la demandada, solicitando que se confirme la sentencia de primer grado.

7.2. Ugpp. Alegó que el demandante no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 8 de la ley 171 de 1961 y en consecuencia los previstos en el artículo 133 de

la Ley 100 de 1993, toda vez que no se configuró un despido sin justa causa y tampoco tenía al 1 de abril de 1994, 60 años.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor La Nación Ministerio de Transporte, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿El demandante Fabio Valderrama Martínez, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión proporcional de jubilación en su modalidad de sanción?

Contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a que el actor estuvo vinculado al extinto Ministerio de Obras Públicas y Transporte mediante contrato de trabajo a término fijo que tuvo vigencia entre el 21 de noviembre de 1979 al 30 de noviembre de 1993, es decir, por espacio de 14 años y 10 días; tampoco que arribó a la edad de 60 años el 20 de diciembre del 2017, dado que nació el mismo día y mes de 1957, ni que el citado vínculo finiquitó mediante Resolución núm. 007352 del 17 de noviembre de 1993, dado que mediante Decreto núm. 2094 del 21 de octubre de 1993, se suprimió el cargo de apuntatiempo que desempeñó al interior de la entidad; hechos que sin duda se coligen entre otra documental, del contrato individual de trabajo núm. 40-536 (fols. 12 y 13); acto administrativo núm. 007352 (fol. 14); certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Transporte adosado a folio 24 y cédula de ciudadanía que milita a folio 29 del cartapacio.

Pensión Restringida de Jubilación en su modalidad de Sanción.

Como se dejó sentado las pretensiones del actor se orientan a obtener el reconocimiento de la Pensión Restringida de Jubilación en su modalidad de Sanción, en los términos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, disposición que establece:

> ***"Artículo 8o****. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*
>
> *Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.*
>
> *La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.*

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

De la normatividad referida, se infiere que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, estableció pensiones restringidas de jubilación derivadas de tres situaciones distintas, las cuales, como lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4578-2014 del 9 de abril de 2014, corresponden a las siguientes:

(i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años,

(ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años,

(iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años.

Al margen de lo anterior, y en lo que estrictamente se refiere al cuestionamiento jurídico, esta Sala resolverá acerca de la primera de las tres hipótesis, pues que como se advirtió, es sobre la cual las partes ponen en litigio su procedencia, por lo tanto, es necesario indicar que dicha prestación se encuentra establecida para los trabajadores del sector oficial, como los es aquí el demandante, de conformidad con el artículo 8 de la ley 171 de 1961, según la cual, se aplican para aquellos trabajadores que fuesen despedidos sin justa causa y contarán con 10 años de servicio y menos de 15, los cuales pueden exigir tal derecho al cumplimiento de los 60 años.

Precisando que con la expedición de la Ley 100 de 1993, no se derogó tal institución, sino que se mantiene para aquellos que se encuentran en el régimen de transición en el sector oficial, modificándose en el sentido de establecer un requisito adicional, esto es, no haber sido afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador. En este sentido en sentencia SL3508 de 2019, se señaló: "*era indiscutible que la situación de la actora estaba gobernada por las previsiones del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la pensión restringida de jubilación, en su modalidad de sanción, se estructuró con posterioridad al 1º de abril de 1994, fecha en la que entró en vigencia la normatividad anteriormente mencionada, puesto que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, conservó su vigencia hasta el momento de la entrada en vigor la citada Ley 100, pues así lo ha adoctrinado esta Sala entre otras en la sentencia SL17704-2015, en la que asentó: Pues bien, de tiempo atrás la Sala sentó su posición frente al tema, al definir que la pensión restringida establecida en el art. 8 de la L. 171/1961 frente a los trabajadores oficiales, conservó su vigencia hasta el momento en el cual entró en vigencia la L. 100/1993. Así, se ha pronunciado entre otras, en la sentencia CSJ SL, 5 feb. 2009, rad. 35251 (…)*"

Bajo ese contexto y aplicado lo anterior al presente asunto, se tiene que, como se indicó en líneas atrás expuestas, se encuentra acreditado que el trabajador prestó sus servicios con el extinto Ministerio de Obras Públicas y Transporte, a partir del 21 de noviembre de 1979 y que finalizó el 30 de noviembre de 1993 por supresión de su cargo, es decir, por un espacio de 14 años y 10 días. Así las cosas, es claro que se encuentra acreditado que el demandante cumplió con uno de los requisitos, esto es, laboral más de 10 años y menos de 15.

Ahora, respecto de la forma de terminación del contrato de trabajo, la cual tuvo como causa en la supresión del cargo para el cual fue contratado, lo que le generó al

demandante el derecho a percibir la indemnización contemplada en el artículo 148 del Decreto 2121 de 1991 (folio 14), hecho que no fue discutido por la encartada; cumple decir, que sobre este aspecto, es decir, sobre la supresión del cargo de una entidad, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3150 -2019, en donde se rememoran las providencias CSJ SL 4538-2018 y CSJ SL 17590-2017, sostuvo que:

> "*De tal suerte que la circunstancia de que un contrato de trabajo termine por la existencia de un modo legal, no significa que esa finalización se haya producido con justa causa, en la medida en que éstas, se encuentran taxativamente establecidas en la ley.*
>
> *No desconoce la Corte que fenómenos como el de la extinción jurídica de la empresa autorizan plenamente la terminación del contrato de trabajo y de ahí que la ley, en este caso el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, consagre ese hecho como motivo de finalización del vínculo laboral, más ello no significa que esa terminación, con amparo en la ley, impida el surgimiento de algunos derechos para el trabajador, derivados, precisamente, de la culminación de la relación de trabajo por razones que no le son oponibles, como el de la pensión de jubilación*".

Bajo tal tesitura, es claro que se encuentra probado el cumplimiento del segundo requisito, pues, aunque la causa de terminación es legal, sí es injustificada, pues la supresión del cargo, conforme los derroteros trazados por la CSJ, no puede ser catalogada como justa. Así las cosas, no se equivocó la Juzgadora de primer grado al estimar la causación del derecho pensional a favor del trabajador en los términos del artículo 8 de la Ley 171 1961, a lo que se suma que para la fecha en que se produjo el finiquito laboral era la norma vigente (noviembre 30 de 1993), toda vez que bien es sabido que el art. 37 de la Ley 50 de 1990 no derogó ni modificó la pensión restringida establecida en la citada disposición normativa para los trabajadores oficiales, pues sólo modificó el C.S.T., menos aún había sido derogada tácitamente por el art. 133 de la ley 100 de 1993 que sólo entró a regir el 1 de abril de 1994.

Ahora bien, expresó la UGGP vinculada a la Litis, que no era aplicable al actor la preceptiva contenida en el artículo 8 de la citada ley 171 de 1961, toda vez que antes de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, no acreditó los requisitos de edad, tiempo de servicio y el despido, es decir, entendió que la edad es una exigencia de causación del derecho a la pensión restringida de jubilación y como quiera que el actor cumpliría los 60 años en vigencia de la ley de seguridad social se debía aplicar lo dispuesto en su artículo 133; discusión que se encuentra superada por la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, cuando en reiterados pronunciamientos ha puntualizado que los elementos estructurantes de la pensión restringida de jubilación o también denominada pensión sanción consagrada en la Ley 171 de 1961 y Decreto 1848 de 1969, son dos: de una parte, el tiempo de servicios, y de otra, el despido injusto del empleador o el retiro por voluntad propia del trabajador, constituyendo el cumplimiento de la edad sólo una condición para la exigibilidad del pago.

En ese orden, el derecho a la pensión restringida de jubilación surgió a la vida jurídica desde el momento mismo de finalización del contrato de trabajo (30 de noviembre de 1993), esto es, cuando acredito 14 años y 10 días de servicios y cuando optó su empleador por terminarle el contrato de trabajo de forma injustificada, sin que pueda admitirse que como cumplió la edad en vigencia de la Ley 100 de 1993 su caso queda regulado por el art. 133 de éste compendio normativo, toda vez que no siendo aquella (la edad) un elemento de causación del derecho, el mismo se consolidó antes de su vigencia, tratándose entonces de un derecho adquirido y no de una mera expectativa y, por tanto, no puede afectar o definir su situación pensional, y es que de aceptar esta

tesis se vulneraría el art. 16 del C.S.T., en cuanto dispone que las normas del trabajo producen efecto general inmediato y no tienen efecto retroactivo, esto es, no pueden afectar situaciones definidas o consumadas conforme a Leyes anteriores.

Por las anteriores consideraciones, se concluye de manera diáfana que la A quo no se equivocó al considerar que no existe razón alguna para que se prive al actor del disfrute de la pensión pretendida a partir del cumplimiento de los 60 años, esto es, 20 de diciembre del 2017, por manera que de lo anotado y sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en este punto la decisión primigenia.

Factores salariales

Respecto de los factores salariales para tener en cuenta a la hora de liquidar este tipo de pensiones, la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL 1706 del 27 de enero de 2016 radicado 61023 y en la SL 3687 del 29 de agosto de 2018 radicado 56866, indicó que los mismos deben ser los previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Cuantía de la pensión

Así las cosas, a folios 17 obra certificación expedida por el Ministerio de Transporte, misma en la que da cuenta los factores salariales que el actor devengó durante el último año, correspondiendo a la suma de $3.712.414,84, que, al dividirlo entre 12 meses, arroja un promedio base salarial de $309.367.

Ahora bien, el salario establecido deberá ser indexado desde el momento en que el demandante dejó de trabajar y el cumplimiento de los 60 años conforme lo dispuso la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ del 20 de abr. de 2007, rad. 29470, y las sentencias de la Corte Constitucional, C-862/06 y la C-891A-06, para el cual deberá tomarse el IPC de la última anualidad, así:

$$VA = VH * \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

$$VA = \$309.367 * \frac{96{,}92 \text{ (IPC dic 17)}}{14{,}89 \text{ (IPC dic 93)}}$$

VA= $2.013.707,48

Una vez realizado los anteriores cálculos, encuentra la Sala que el salario promedio del último año de servicios del actor indexado arroja la suma de $2.013.707,48, suma que al aplicarle una tasa de reemplazo del 52.60%, de acuerdo con el tiempo laborado, esto es, 5.051, arroja una mesada inicial para el año 2017 de **$1.059.294.04**. Mesada que deberá pagarse en 14 mesadas al año, pues a la fecha en que se causó la pensión -30 de noviembre de 1993- no había entrado a regir el Acto legislativo 01 del 2005.

En esa medida, se modificará el numeral 1° de la sentencia consultada, para en su lugar condenar a la encartada al reconocimiento y pago de la pensión sanción, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del **20 de diciembre de 2017**, en cuantía inicial de **$1.059.294.04**, y 14 mesadas pensionales.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida el 4 de diciembre del 2020, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la encartada al reconocimiento y pago de la pensión sanción, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del **20 de diciembre de 2017**, en cuantía inicial de **$1.059.294.04**, y 14 mesadas pensionales, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

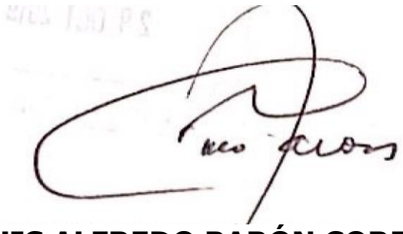
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada 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: ***JANETH ORTIZ SUAREZ***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***110013105-036-2019-00258-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA: ***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CÓNYUGE DE AFILIADO.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. La señora JANETH ORTIZ SUAREZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite de JOSE ÁNGEL FLOREZ OLAYA (q.e.p.d), en un 100% a partir del 1° de abril de 2016, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que contrajo matrimonio por el rito católico con José Ángel Flórez Olaya (q.e.p.d) el 15 de mayo de 1993, y que fruto de esa unión nacieron tres hijos, de nombres Ingrid Johana, José Alexander y Luis Ángel Flórez Ortiz; que el 4 de abril de 2016 falleció José Ángel Flórez Olaya; que presentó reclamación de la prestación ante COLPENSIONES, pero le fue negada a través de resolución GNR200235 del 7 de julio de 2016, bajo el argumento de no acreditar los 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento, ante lo cual interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto a través de Resolución GNR252366 del 26 de agosto de 2016, confirmando la negativa pensional; que el 06 de diciembre de 2018 solicitó la revocatoria de la resolución GNR252366 del 26 de agosto de 2016, pero le fue desestimada mediante resolución SUB2547 del 9 de enero de 2019, sobre la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo resuelto el de reposición a través de resolución SUB43371 del 21 de febrero de 2019. (Fols. 2 a 16 Archivo No 01 Exp, Digital).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 188); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que no se encuentran acreditados los requisitos establecidos en la norma, esto es, la convivencia mínima de cinco años anteriores al fallecimiento del causante. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, improcedencia de intereses moratorios, prescripción y la innominada o genérica. (Fols. 150 a 191 archivo No 01 exp. Digital).

4. Trámite procesal previo: Mediante auto del 15 de agosto de 2019 (Fol. 127), se ordenó vincular a LUIS ÁNGEL FLOREZ LOPEZ, como litisconsorcio necesario por pasiva al estar disfrutando de la pensión de sobrevivientes en un 100% desde el 1° de abril de 2016, quien se notificó en debida forma, y contestó la demanda allanándose a las pretensiones incoadas (Fols. 141 a 146), y que en la audiencia del artículo 77 del CSTSS, fue desvinculado en razón a que el disfrute pensional que solicita la demanda es con posterioridad a la fecha en que COLPENSIONES le dejó de reconocer a aquel la prestación.

Igualmente, mediante auto del 26 de febrero de 2021 se ordenó notificarles de la existencia del proceso a Ingrid Johana y José Alexander Flórez Ortiz (Fol. 1 archivo auto tiene por contestada), actuación que se cumplió el 08 de mayo de 2021 (Fols. 1 y 2 archivo notificación existencia proceso) pero no intervinieron en el diligenciamiento.

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de junio de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer a JANETH ORTIZ SUAREZ la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del causante JOSE ANGEL FLOREZ OLAYA, a partir del 1° de noviembre de 2018; condenó a la indexación; absolvió de las demás pretensiones, y se abstuvo de gravar en costas (Archivos 1 a 2 expediente digital, con audio de la audiencia virtual).

Adujo que era un hecho no controvertido que el señor JOSE ÁNGEL FLOREZ OLAYA, dejo causada la pensión de sobrevivientes, pues no de otra manera se puede inferir con el reconocimiento pensional se dispensara a uno de sus hijos, siendo el punto central de discusión la acreditación de la convivencia por parte de la demandante. Asimismo hizo alusión a que de conformidad con el criterio jurisprudencial, la pensión de sobrevivientes debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Florez Olaya falleció el 01 de abril de 2016, le resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, cuyas exigencias pasó a verificarlas en el sub examine, encontrando que para la fecha de fallecimiento del causante, la actora contaba con más de 30 años de edad, y en ese orden, se estudia la prestación de manera vitalicia.

En cuanto a la convivencia, adujo que debía acreditar 5 o más años anteriores al deceso del afiliado fallecido, pues la beneficiaria acude como cónyuge.

En orden a resolver, después de haber realizado las consideraciones frente al concepto de convivencia, le dio la razón a la parte activa, en tanto que entre la demandante y el señor JOSE ÁNGEL FLOREZ OLAYA se logró acreditar la convivencia desde el 15 de marzo de 1993 hasta el 01 de abril de 2016, y ello lo dedujo del dicho de los testigos quienes conocieron de manera directa a la pareja, y que pese a haberse propuesto la tacha por sospecha frente a la declaración del hermano del

causante y del cuñado de la actora, no se desprenden contradicciones con el dicho de los otros dos testigos, además como familiares conocieron de manera directa a la pareja y dan cuenta de la convivencia.

Adujo que si bien la actora al momento de la reclamación del derecho allegó unas declaraciones extra juicio ante COLPENSIONES, donde se consignaba que se había separado de hecho en el año de 1997, con el cual fue negada la prestación por parte de COLPENSIONES, lo cierto es que, de la prueba testimonial se arriba a conclusión diferente, dado que los testigos dan cuenta de que en efecto en los año 90 tuvieron un distanciamiento, pero para el año 2000 volvieron a reanudar el vínculo matrimonial, aunado a que el registro civil de matrimonio no tiene nota marginal alguna.

Conforme a lo anterior, concluyó que existe certeza de la convivencia entre la pareja desde el 15 de marzo de 1993 hasta el 01 de abril de 2016, fecha de fallecimiento del causante, y que la parte pasiva no desvirtuó ese interregno temporal acreditado por la actora.

Así las cosas, procedió a ordenar que COLPENSIONES reconozca la pensión de sobrevivientes en un 100% a partir del 1 de noviembre de 2018, y con los respectivos descuentos al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Declaró no probada la excepción de prescripción, por cuanto el fallecimiento del de cujus fue el 01 de abril de 2016, la reclamación administración fue presentada el 13 de abril de 2016, y la demanda el 21 de marzo de 2019, es decir, que entre la exigibilidad, la reclamación y la presentación de la demanda no pasaron más de 3 años, con lo cual, ninguna mesada esta prescritas.

Absolvió de los intereses moratorios dado que la negativa de COLPENSIONES estuvo ajustada a derecho, pues fue la misma parte demandante quien allegó dos declaraciones extra juicio que dieron sustento a la negativa pensional para ese momento a cargo de COLPENSIONES, y en ese orden, al absolverse de los intereses moratorios, consideró que era procedente la indexación de cada una de las mesadas desde su causación hasta su pago efectivo.

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesta la alzada por las partes procesales en los siguientes términos:

6.1 Demandante: Sostiene que debe revocarse parcialmente la decisión en lo tocante a la absolución de los intereses moratorios y las costas procesales, dado que no existe justificación válida para que COLPENSIONES haya negado el reconocimiento pensional, máxime cuando la actora allegó todos los documentos requeridos para hacerse merecedora de la prestación, sin que COLPENSIONES hubiera adelantado trámite alguno en procura de aclarar la inconsistencia presentada en las declaraciones extra proceso; que debe COLPENSIONES responder por los intereses moratorios ya que privó a la actora del disfrute del retroactivo pensional; frente a las costas procesales, precisó que de conformidad con el artículo 365 del CGP debe la entidad demandada como vencida en el proceso, ser condenada en costas, además que no hay actuación válida para absolverla de tal condena, asimismo, que ante la negativa prestacional la actora tuvo que recurrir a adelantar el presente proceso judicial.

6.2 Colpensiones: Manifiesta que se debe revocar la condena, reiterando que en sede administrativa no se logró configurar el requisito de la convivencia para hacerse acreedora de la pensión reclamada; que no se satisface los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento pensional, ni en vía administrativa, ni en la vía judicial.

7. Alegatos de conclusión.

7.1 Colpensiones.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, dado que la actora no logra acreditar la convivencia en los últimos 5 años anteriores a la muerte del causante, además tan solo allega los registros civiles de nacimiento de los hijos, pero ello no es prueba idónea para demostrar la convivencia.

7.2 Demandante.: Peticiona que se debe confirmar el reconocimiento pensional, y modificar lo relativo a los intereses moratorios concediendo los mismos ante la demora injustificada de reconocer la prestación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuestos por las partes 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 y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La señora JANETH ORTIZ SUAREZ reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor JOSE ÁNGEL FLOREZ OLAYA (q.e.p.d.)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo e indexación?

Fallecimiento

El señor José Ángel Flórez Olaya (Q.E.P.D) falleció el 01 de abril de 2016, según registro civil de defunción obrante a folio 17 archivo No 01 Expediente digitalizado.

Normatividad aplicable

Al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues el causante falleció el 01 de abril de 2016 y la modificación normativa en comento entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

Calidad de afiliado y causación de la prestación

Del contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido siempre que éste hubiere cotizado por lo menos cincuenta (50) semanas en dentro de los tres años inmediatamente anteriores al momento en que se produzca la muerte, requisito que se cumple en el presente caso, ya que de conformidad con la Resolución GNR200235 del 07 de julio de 2016, el fallecido JOSE ANGEL FLOREZ OLAYA cotizó

entre el 01 de mayo de 2013 y su fallecimiento un total de 111.42 semanas (fol. 71), aunado a que en el citado acto administrativo reconoció la prestación en un 100% a Luis Ángel Flórez Ortiz en calidad de hijo, siendo el objeto de disenso frente a la actora el tema relacionado con la convivencia.

Requisitos de la pensión de sobrevivientes cónyuge de afiliado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y 5 años de convivencia en los últimos 5 años, independientemente de si el *"causante de la prestación es un afiliado o un pensionado"* (SU149-2021)

Siendo importante acotar en este punto, que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta Sala de Decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia a la cónyuge o compañera permanente cuando el causante correspondiere a un afiliado fallecido, en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal decisión y le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia *"(...) en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado"*, de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora de afiliado fallecido.

De esta manera, la Sala respeta el precedente, que es lo que análogamente se ha llamado jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente, jurisprudencia constitucional o línea jurisprudencial consolidada, aplicando a casos similares una única regla que ha sido establecida finalmente por la Corte Constitucional en sentencia de unificación y ha sido reiterada por dicha corporación desde aquel entonces de manera uniforme.

Respecto a este tema la máxima corporación de justicia Constitucional, en sentencia SU 047 de 199, ha señalado que el respecto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional y por tanto, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad- hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio o regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.

Adicionalmente, se torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la

prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

1) Calidad de cónyuge

La calidad de cónyuge del demandante y la vigencia del vínculo matrimonial al momento de la muerte de la causante, está probada con el registro civil de matrimonio (fol. 19), según el cual, contrajeron matrimonio católico el 15 de mayo de 1993, registro que no contiene anotaciones de liquidación de sociedad conyugal o cesación de efectos civiles del matrimonio católico.

2) Edad

Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora JANETH ORTIZ SUAREZ, nació el 20 de noviembre de 1971 para la muerte del señor JOSE ANGEL FLOREZ OLAYA (q.e.p.d.), contaba con 44 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

3) Convivencia

Este requisito constituye en punto central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Janeth Ortiz Suarez, en calidad de cónyuge a reclamar la pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES, dicha entidad mediante resolución SUB2547 del 09 de enero de 2019 (Fols. 99 a 107) le negó la prestación esgrimiendo que *"la peticionaria NO convivio con el causante durante al menos los últimos cinco años de vida de este"*.

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adoctrina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

> *"…mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna*

oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el año de 1993, cuando contrajeron matrimonio y se mantuvo hasta el óbito del señor Flórez Olaya (01/04/2016), y para ello trae al cartulario la testifical de Edulfo Díaz Guzmán, Joaquín Roberto Ramos, Hernán Torres, y Sandra Patricia Ortiz, a su vez, la entidad encartada insiste en que en el trámite administrativo y judicial no se logra acreditar la convivencia exigida por la norma.

Nótese que la negativa pensional por parte de COLPENSIONES viene dada de dos declaraciones extra juicio aportadas por la propia demandante, en la que el señor Franklin Javier Collazos Álvarez y José Rosemberg Molina Castillo, declararon que conocieron a la pareja, quienes compartieron techo, lecho y mesa, en unión conyugal desde la fecha de celebración de su matrimonio el día 15 de mayo de 1993 hasta el año de 1997 *"fecha en la que se separaron de hecho"* (Fol. 105 y 106), tesitura con la cual negó la prestación; sin embargo, aprecia la Sala que con la prueba testimonial recabada en el diligenciamiento e incluso la prueba documental que reposa en el diligenciamiento, tal manifestación no corresponde a la realidad, veamos:

Edulfo Díaz Guzmán quien es cuñado de la demandante, dio cuenta que de que conoció a la demandante desde el año de 1991, y que la pareja contrajo matrimonio en el año de 1991, y de esa relación procrearon a tres hijos; que ellos vivían juntos en la casa del papá del de cujus, y luego en la calle 24 con carrera 11 en la casa paterna de Janeth; que por la cercanía familiar los visitaban frecuentemente cada quince días; que el aportante del hogar era el causante y que Janeth se dedicaba a cuidar sus hijos; que entre la pareja existió una separación por un "problema grave", pero que después continuaron juntos; que la separación fue "poquito" "casi por un año" "de seis a nueve meses"; que convivieron en un apartamento con dos piezas, la una del matrimonio y la otra de los hijos.

Joaquín Roberto Ramos, expresó que fue muy allegado a la pareja, ya que fue padrino de un sobrino; que conoció a la familia desde "muy pequeños"; que fue compañero del señor José Ángel cuando trabajaban en el Banco Cafetero; que la pareja vivieron juntos en el Barrio Sucre, donde los papás de Janeth; que siempre compartían eventos por el tema de los niños; que no tuvo conocimiento de separaciones; que Janeth convivio con José Ángel hasta el día de fallecimiento; que el señor José Ángel visitaba a su padre, pero que haya conocido de otro hogar, no.

Hernán Torres manifestó que es hermano de José Ángel, cuñado de Janeth, dio cuenta de que se casaron en el año de 1993 en la Catedral de Girardot; que ellos vivieron con su papá un tiempo, y luego se fueron a vivir con los suegros de parte de Janeth; que nunca vio a su hermano en otra relación; que se separaron un tiempo pero luego volvieron, entre 1997 y 1998, y cada quien se fue a vivir con sus padres; que la pareja convivió juntos en el segundo piso de la casa del papá de Janeth.

Finalmente, se escuchó a Sandra Patricia Ortiz Suarez, hermana de la actora, quien manifestó que conoció a José Ángel desde 1990 cuando estaban en el Colegio; que su hermana y José Ángel se hicieron novios y luego de dos años se casaron en la Catedral de Girardot; que tuvieron tres hijos; que inicialmente vivieron en la casa de los suegros de su hermana, y luego en la casa de su papá, en un segundo piso; que José Ángel falleció de un infarto; que se separaron un tiempo de dos o 3 meses por discusiones de pareja, pero después siguieron viviendo juntos; que estuvieron como esposos hasta el fallecimiento de José Ángel.

Así las cosas, el primer aspecto a dilucidar es que los documentos que contienen las declaraciones extraprocesales, se asimilan al testimonio (SL4167-2020 y SL1669-2021), y deben valorarse; tiene dicho la Corte que no requiere ratificación salvo que la parte contraria lo solicite (SL9160-2017), y que en el evento de solicitar la ratificación le corresponde a la parte interesada, hacer lo posible para lograrla, lo que no aconteció en la causa que aquí se estudia, ya que COLPENSIONES no solicitó la ratificación de los declarantes; no obstante, de la valoración en conjunto de la prueba no puede tenerse como un hecho cierto la simple afirmación genérica contenida en las declaraciones de que la convivencia se extendió solo hasta el año de 1997 cuando se presentó la separación de hecho, pues nótese que los testigos fueron contestes y coherentes en sus relatos, sin que se avizore contradicciones, pues Edulfo Díaz Guzmán, Hernán Torres y Sandra Patricia Ortiz Suarez, personas cercanas a la pareja dieron cuenta que en efecto se presentó una separación, pero fue corta y luego continuaron juntos viviendo en la casa del papá de Janeth en un segundo piso, aunado a lo anterior, considera la Sala que tales dichos coinciden con la prueba documental adosada al plenario, dado que de tenerse por cierto que a partir del año de 1997 se separaron, probablemente no se hubiera adquirido una propiedad el 15 de abril de 1998, tal como consta en la escritura de folios 36 a 39, en la que además se expresa que comparecen José Ángel Flórez y Janeth Ortiz Suarez de "estado civil casados, con sociedad conyugal vigente", asimismo, denota la Sala que las declaraciones extra juicio presentan una contradicción, ya que inicialmente hacen alusión a que se separaron de hecho en el año de 1997, y a renglón seguido se expresa que para la fecha de deceso de José Ángel Flórez (01/04/2016) tanto Janeth como sus hijos dependían económicamente de aquél, es decir, no podría sostenerse de manera lógica la separación de la pareja desde el año de 1997, pero a la vez seguir dependiendo económicamente del otro por espacio de 9 años aproximadamente.

A juicio de la Sala los dichos de los testigos recabados en el diligenciamiento no se aprecian contradictorios o fuera de contexto, al contrario, guardan plena coincidencia con lo expresado por la actora en el interrogatorio de parte, se itera, dan cuenta que en efecto, la convivencia inicio aproximadamente en el año de 1993 cuando contrajeron matrimonio y se mantuvo hasta el 01 de abril de 2016, sin que aprecie la Sala que sus dichos sean insuficientes para dar por demostrado la convivencia, pues nótese que relatan que conocieron a la pareja de manera directa, que la separación fue corta y volvieron a seguir juntos, que procrearon 3 hijos, además que su convivencia se desarrolló inicialmente en la casa del papá del óbito, y luego en un segundo piso de la casa de propiedad del padre de la demandante.

Aprecia la Sala que la testimonial conduce a reconocer mérito de convicción, por ser congruente con las aserciones de la misma demandante, y porque tenía una relación cercana con la pareja, siendo claro para esta Colegiatura que tal relación de cercanía, implica que el análisis de sus declaraciones en el proceso se haga con mayor rigor,

en términos del artículo 211 del CGP que enseña: "*El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* teniendo en cuenta las "*circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas*", y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica que no se encuentra que la falladora de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorado la prueba testimonial en esta instancia, se llega a la misma conclusión del cognoscente de instancia, sin que logre la parte demandada enervar la solidez, contundencia y espontaneidad en punto a la convivencia configurada con el dicho de los testigos traídos al diligenciamiento.

Sea oportuno también traer a colación lo pregonado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en punto a que la convivencia, no se puede "*negar o desdibujar automática y maquinalmente por la existencia de discusiones o desavenencias familiares que, en términos proporcionales, no desdicen de una solidaridad y acompañamiento familiar estable. (Ver CSJ SL12029-2016, CSJ SL18068-2016, CSJ SL6286-2017, CSJ SL6519-2017, CSJ SL11940-2017 y CSJ SL2010-2019, entre muchas otras)".*

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que JANETH ORTIZ SUAREZ convivió en calidad de cónyuge con el de cujus desde el año de 1993 y por espació superior a los 5 años anteriores al deceso (01/04/2016).

Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en línea de principio a partir del 01 de abril de 2016; empero, como en el lapso del 01 de abril de 2016 hasta el 29 de octubre de 2018 le fue reconocida la prestación a José Ángel Florez Olaya, hijo del causante y de la actora, en un 100%, y en el trámite del proceso se desistió del reconocimiento desde el 01 de abril de 2016, modificándolo a partir del 01 de noviembre de 2018, habrá lugar a confirmar la decisión de instancia, que con acierto ordenó el reconocimiento pensional sobre el 100% de la prestación económica a su favor, esto es, un SMLMV.

En cuanto a la excepción de prescripción tenemos que, en estricto sentido las mesadas se causaron a partir del 01 de abril de 2016, teniendo de allí 3 años para reclamar su derecho, no obstante, como quiera que la reclamación se presentó el **13 de abril de 2016** (Fol. 69 Resolución GNR200235 de 2016), que le fue negada mediante resolución GNR200235 del 07 de julio de 2016 (Fols. 67 a 70 archivo No 1 Exp. Digital), y la presentación de la demanda fue el 21 de marzo de 2019 (fol. 125), es decir, como quiera que entre la reclamación de la prestación, la resolución negando la misma y la presentación de la demanda no se superó los 3 años, habrá de declararse no probada la excepción de prescripción como acertadamente lo concluyó la a quo.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **$ 33.605.933**, correspondiente a las mesadas causadas entre 01 de noviembre de 2018 y el 31 de octubre de 2021, y a partir del 1º de noviembre de 2021 Colpensiones deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente

al SMMLV, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 13 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	**IPC**	**# mesadas**	**Valor pensión (mínimo)**	**Total Retroactivo (mínimo)**
2018	3,18%	3	$ 781.242	$ 2.343.726
2019	3,80%	13	$ 828.116	$ 10.765.508
2020	1,61%	13	$ 877.803	$ 11.411.439
2021		10	$ 908.526	$ 9.085.260
			TOTAL	**$ 33.605.933**

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, que coincide con la sentada ahora por nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1681-2020, según las cuales los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 199 se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior.**

Del mismo modo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha ido más allá y ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de **reajustes o reliquidaciones**, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

> *"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".*

Frente a su **causación**, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 22 de septiembre de 2021 (SL4321-2021), que se causan a partir del plazo máximo de 2 meses a que se refiere el artículo 1° de la ley 717 de 2001, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios **no opera** cuando la decisión de negar la pensión tiene un*

respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley" (CSJ SL787-2013). *(negrilla fuera de texto)*

En el caso de autos, considera la Sala que la negativa en el reconocimiento pensional que en su momento efectuó COLPENSIONES a través de la resolución GNR200235 del 7 de julio de 2016, no fue caprichosa, por el contrario se efectuó con respaldo en la norma, dado que fue la misma parte actora que allegó dos declaraciones extra juicio en la que se enuncia que a partir del año de 1997 se separó de hecho con el causante, sin que deba COLPENSIONES indagar o aclarar tal situación como lo sostiene el apoderado judicial de la parte activa, pues se itera, la misma demandante fue quien arrimó tales documentos ante COLPENSIONES, y solo a través de este proceso judicial es que se define y declara el derecho en su favor, una vez se le restó mérito de convicción a tales declaraciones, aspecto que imposibilitan condenar en intereses moratorios a la entidad de seguridad social demandada.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que "*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*", en lo que al punto concluye:

> *"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".*

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexado a partir de la causación de cada mesada pensional y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la a quo.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartiéndose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, dado que no prosperó la alzada propuesta por la demandante, y en todo caso la decisión se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se deben imponer a cargo de COLPENSIONES, pues en efecto tal como lo previene el numeral 1° del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte vencida, que en el sub examine no es otra que COLPENSIONES, quien además ejerció férrea oposición a las pretensiones. Tésense.

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 15 de junio de 2021 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

> *"**PRIMERO**: **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a la señora JANETH ORTIZ SUAREZ, la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado JOSÉ ANGEL FLOREZ OLAYA, a partir del 01 de noviembre de 2018, en su condición de cónyuge. Y como retroactivo pensional causado desde el 01 de noviembre de 2018 hasta el 31 de octubre de 2021, la suma de **$33.605.933**. A partir del 1º de noviembre de 2021, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, deberá pagar a la demandante, la mesada pensional equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre. Se autoriza a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud".*

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

TERCERO: **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se revocan y corren a cargo de la demandada. Tásense.

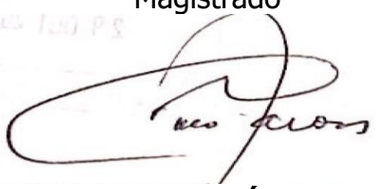
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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.
Demandadas:	COLPENSIONES Y OTROS
Radicación:	14-2016-00324-01
Tema:	APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE- RETROACTIVO PENSIONAL – CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Electricaribe S.A. E.S.P., instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que es parte interesada en el trámite de la pensión de vejez de los señores Elías Fernando López López y Pedro Gilberto Vergara Guzmán frente a la demandada y, en consecuencia, se condene a esta última a reconocer y pagar a su favor el valor del retroactivo causado y dejado en suspenso por valor de $30.236.107 y $26.208.964 respectivamente, junto con los intereses moratorios, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el señor Elías Fernando López López nació el 12 de enero de 1952, por tanto, cumplió 60 años el mismo día y mes del año 2012; que laboró al servicio de la entidad durante el periodo comprendido entre el 6 de julio de 1970 al 15 de julio de 1990, equivalente a 20.02 años. Indicó que mediante Resolución núm. 052 del 3 de agosto de 1990, le reconoció pensión de jubilación convencional en cuantía inicial de $191.666.18 a partir del 16 de julio de 1990, misma que fue reliquidada mediante Resolución núm. 059 del 2 de enero de 1992, en cuantía de $273.922,04 a partir del 1 de enero de 1991.

Refirió que después de pensionado, la empresa continuó efectuando aportes al ISS, razón por la cual el 7 de abril del 2013, el citado trabajador solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, misma que fue concedida mediante Resolución GNR084551 del 30 de abril del 2013 por Colpensiones, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía inicial de $2.459.521, a partir del 10 de enero del mismo año, la cual fue ingresada en nómina desde el 1 de mayo del 2013.

Esgrimió que el 15 de agosto de 2013, solicitó ante Colpensiones el pago de retroactivo pensional por concepto de mesadas causadas durante el periodo comprendido entre el 12 de enero de 2012 a la fecha de inclusión de nómina, razón por la cual, a través de Resolución núm. GNR317023 del 11 de septiembre del 2014, reconoce el error respecto de que no tuvo en cuenta la compartibilidad pensional, reconociendo un retroactivo por valor de $30.236.107, por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 12 de enero del 2012 al 30 de abril del 2013, suma que dejó en suspenso hasta que la jurisdicción ordinaria dirimiera la controversia.

Respecto del señor Pedro Gilberto Vergara Guzmán dijo que aquel nació el 6 de diciembre de 1952, cumpliendo 60 años el mismo día y mes del año 2012; que laboró durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 1980 al 28 de noviembre de 2001, para un total de 21 años, 5 meses. Así, le reconoció pensión de jubilación convencional con carácter de compartida a partir del 29 de noviembre de 2001. Indicó, que el 13 de febrero del 2013, el citado ex trabajador presentó ante Colpensiones solicitud pensional, misma que fue reconocida mediante Resolución núm. GNR242964 del 30 de septiembre del 2013, con fundamento en la Ley 797 de 2003, a partir del 6 de diciembre de 2012, en cuantía de $1.843.375, reconociéndose un retroactivo pensional de $18.531.323, suma que fue dejada en suspenso.

Agregó que mediante Resolución núm. GNR280557 del 10 de agosto del 2014, Colpensiones reliquidó la pensión de vejez en el sentido de reconocerla en cuantía mensual inicial de $2.201.132 a partir del 6 de diciembre de 2012, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, reconociendo un retroactivo pensional de $7.677.641, para un total de $26.208.964. Último que canceló en su totalidad la pensión de jubilación a su cargo, durante el periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2012 y el 30 de septiembre de 2013. (Expediente digital, PDF 001. PO Electricaribe SA vs Colpensiones Exp 014-2016-00324, págs. 149 a 159)

2. Trámite procesal. En auto adiado 7 de julio del 2016, el Juzgado de primer grado dispuso la vinculación de los señores Elías Fernando López López y Pedro Gilberto Vergara Guzmán, en calidad de litisconsortes necesarios por pasiva. (Expediente digital, PDF 001. PO Electricaribe SA vs Colpensiones Exp 014-2016-00324, pág. 161)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 001. PO Electricaribe SA vs Colpensiones Exp 014-2016-00324, pág. 194); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Colpensiones. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que en lo que hace al señor Elías Fernando López López, tal y como estableció en Resolución núm. GNR317023 del 11 de septiembre del 2014, para efectos del desembolso del retroactivo patronal, tuvo la necesidad de que el empleador pruebe por cualquier medio idóneo la autorización expedida por parte del trabajador para efectos de que dichas sumas le sean pagadas o en su defecto determinar en acto administrativo de reconocimiento de la pensión que se trata la misma de carácter compartida, adjuntando certificación en la que conste que el acto administrativo está en firme y no ha sido objeto de impugnación.

Ahora, respecto del pensionado Pedro Gilberto Vergara Guzmán, advirtió que de conformidad a la Resolución VPB 30472 del 27 de julio de 2016 se ordenó el giro del retroactivo reconocido que ascendía a la suma de $26.208.964 a favor de la actora. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación,

inexistencia de intereses moratorios e indexación, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 001. PO Electricaribe SA vs Colpensiones Exp 014-2016-00324, págs. 186 a 193)

4.2. Elías Fernando López López. Mediante Curador Ad Litem dio contestación a la demanda, con oposición a las pretensiones de la demanda. Frente a los supuestos fácticos, aceptó el hecho 1° y los demás indicó no constarle. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción y buena fe. (Expediente digital, PDF 001. PO Electricaribe SA vs Colpensiones Exp 014-2016-00324, págs. 239 a 243)

4.3. Pedro Gilberto Vergara Guzmán. Al dar respuesta a la demanda, el Curador Ad Litem se opuso a las pretensiones de esta y frente a los supuestos fácticos señaló no constarle. Formuló las excepciones de irrenunciabilidad de los derechos pensionales, mala fe, compensación, cláusulas ineficaces y falta de criterios jurídicos básicos de reconocimiento. (Expediente digital, PDF 001. PO Electricaribe SA vs Colpensiones Exp 014-2016-00324, págs. 275 a 282)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de julio del 2021, en la que el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto del retroactivo pensional causado por el pensionado Pedro Gilberto Vergara Guzmán y negó la totalidad de pretensiones de la demanda.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, señaló que respecto del retroactivo que se generó con ocasión del reconocimiento pensional al extrabajador Elías Fernando López López, ya fue pagado directamente al pensionado con ocasión de la sentencia judicial dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro de un proceso ejecutivo promovido a continuación del ordinario laboral, donde actúo como demandante y demandada Colpensiones.

Así, luego de citar la procedencia de compartibilidad de las pensiones de conformidad con el Acuerdo No. 029 de 1985 y el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y el reconocimiento pensional realizado al trabajador en mención por parte de la activa y Colpensiones, explicó que esta última dejó en suspenso un retroactivo pensional por valor de $30.236.107, sin embargo, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, mediante sentencia ordenó el reconocimiento pensional en favor del señor Elías Fernando López López a partir del 12 de enero del 2012, por trece mesadas pensionales, con una mesada inicial de $2.172.346, disponiendo sobre el retroactivo pensional, el pago de intereses moratorios.

Indicó que, con posterioridad, se libró mandamiento ejecutivo y se ordenó seguir adelante la ejecución el 24 de septiembre de 2014, liquidándose el crédito por un total de $43.867.686, suma que fue pagada dentro del proceso judicial al señor Elías Fernando López López, lo que incluso llevó a la terminación del proceso ejecutivo por pago total de la obligación y de las costas procesales, aspectos que no fueron dichos por la entidad accionada en este juicio.

Esgrimió que las mesadas pensionales a título de retroactivo pensional debían ser reintegradas a Electricaribe S.A. E.S.P., no obstante, dichas sumas a la fecha se encuentran íntegramente canceladas en favor del señor Elías Fernando López López, en cumplimiento de una sentencia de carácter judicial, razón por la cual, al haberse pagado el retroactivo pensional desde el año 2015, consideró que no es dable disponer a cargo de Colpensiones un doble pago. (Expediente digital, Audio 023. 2da Parte Audiencia Art 80 del C.P.T y de la S.S Jul-26-2021 Exp. 014-2016-00324)

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Electricaribe S.A. E.S.P.** interpuso recurso de apelación específicamente en lo relacionado en la demanda presentada por el retroactivo pensional del señor Elías Fernando López López. Ello en atención a que la negligencia de Colpensiones que se señala por la A quo, también ocurrió dentro del proceso en el Juzgado de Montería, por cuanto ni el trabajador, ni la encartada vincularon a la empresa, conociendo claramente que existía esa responsabilidad y esa obligación a favor de la actora.

Refirió que dicho Juzgado omitió la vinculación de la empresa accionante, conociendo la situación presentada de una pensión de carácter compartido que imponía la obligación entonces de pagar el retroactivo al empleador y no beneficiar doblemente al trabajador, como ocurrió. Por consiguiente, si bien es cierto ya se canceló el valor del retroactivo originado por la pensión reconocida al señor Elías Fernando López López, también es cierto que ese retroactivo fue indebidamente cancelado por la irresponsabilidad en el actuar dentro del proceso donde finalmente se le ordenó pagar, por manera que no puede beneficiarse al trabajador por un acto indebido. (Expediente digital, Audio 023. 2da Parte Audiencia Art 80 del C.P.T y de la S.S Jul-26-2021 Exp. 014-2016-00324)

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Colpensiones. Alegó en su favor que respecto del señor Elías Fernando López López, no le asiste obligación alguna en el presente asunto, ya que como lo establece la Resolución GNR 317023 del 11 de septiembre de 2014, se estableció que para efectos del desembolso del retroactivo patronal, se da la necesidad de que el empleador pruebe por cualquier medio idóneo la autorización expedida por parte del trabajador para efectos de que dicho retroactivo le sea pagado o en su defecto determinar en el acto administrativo de reconocimiento de pensión que se trata de una pensión compartida con Colpensiones. Indicó que la controversia que fue solucionada como se dispuso por la justicia ordinaria, adjudicándole el retroactivo pensional al demandante, por lo que no adeuda el retroactivo pensional frente a Electricaribe.

7.2. Elías Fernando López López. El Curador Ad Litem indicó que posee una serie de derechos pensionales que de ninguna manera pueden ser desconocidos, pues los mismos tienen el carácter de derechos adquiridos, por lo que no resulta posible desmejorar o afectar los intereses y derechos pensionales del señor López López, en la medida que, como se indicó, existe a su favor una pensión de jubilación y de vejez, la cual se encuentra plenamente reconocida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la actora 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.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- ✓ ¿El retroactivo pensional de la prestación de vejez otorgada a Elías Fernando López López por Colpensiones debe ser reembolsado a la sociedad empleadora Electricaribe S.A. E.S.P., en tanto que la pensión de jubilación que reconoció al interviniente es compartible y aquel recibió indebidamente dichas sumas de dinero?

Principio de Congruencia

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que el ataque contra la sentencia de primer grado propuesto por la apelante se encuentra orientado a que el trabajador no puede beneficiarse de un acto indebido en las resultas del proceso que se surtió ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería y en el que no se le vinculó en calidad de litisconsorte necesario por pasiva, mismo en el que se ordenó mediante sentencia, el reconocimiento pensional en favor del señor Elías Fernando López López a partir del 12 de enero del 2012, lo que incluía el retroactivo pensional aquí pedido.

Ahora, como se vio la juzgadora de primer grado destacó la actuación judicial que se siguió en el proceso de conocimiento de dicha autoridad judicial, considerando que, pese a que la prestación jubilatoria extralegal reconocida al citado ex trabajador por su empleador a partir del 1 de enero de 1991, mientras reunían los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, es compartida con arreglo al artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, no obstante, debido a que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería ordenó el pago del retroactivo pensional aquí solicitado a favor del señor Elías Fernando López López, no era dable su reembolso, en tanto que no podía inducir a Colpensiones a un doble pago por el mismo concepto.

Entonces, lo primero que se advierte, es que no es posible emprender el estudio por parte de la Sala en lo atinente a si el ex trabajador debe o no devolver el retroactivo pensional que recibió como consecuencia de la orden judicial emanada del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería o a lo sumo que Colpensiones deba hacer un doble pago por dicho concepto, dada su presunta negligencia en la no vinculación del ahora accionante dentro de ese litigio, como en últimas lo pretende la censura, ya que tales aspectos no fueron incluidos en las pretensiones del libelo introductor. En tal sentido, debe precisar este colegiado que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."*

Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que "*se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."*(SL440-2021). En ese hilo, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera "*exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"*, mientras que la segunda hace referencia a que "*toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"* (CSJ SL2808-2018).

Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

En este orden de ideas, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación se centra en que esta sala se ocupe de verificar si hay lugar a que el señor Elías Fernando López López, reembolse el retroactivo pensional que recibió como consecuencia de la orden judicial emanada del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería o que Colpensiones realice un doble pago dada su negligencia en aquel proceso, aspectos que no pueden ser definidos en este asunto, como quiera que las pretensiones que ahora se persiguen no se encuentran comprendidas en el escrito primigenio y, por ende, tampoco fueron discutidas en las etapas del proceso.

Lo anterior se explica en la medida que la discusión que surgió al interior del proceso se centraba de manera exclusiva en que Colpensiones entregue o realice la devolución del valor del retroactivo pensional generado a su extrabajador Elías Fernando López López entre el 12 de enero del 2012 al 30 de abril del 2013, aduciendo que al haber subrogado el riesgo por vejez la citada administradora por virtud de la afiliación que hizo de su trabajador al I.S.S., hoy Colpensiones la pensión convencional que le otorgó tiene el carácter de compartida con dicha entidad.

Frente a lo cual, la parte demandada se opuso, sin embargo, en su escrito de contestación no entrega un argumento jurídico entendible y concordante con la pretensión, que de razón de la oposición que presenta. Refiere simplemente que la entidad ha cumplido estrictamente con las disposiciones constitucionales y legales vigentes a la fecha, además, sostuvo que debió mediar autorización expedida por parte del trabajador para efectos de que dichas sumas le sean pagadas o en su defecto determinar en acto administrativo que la pensión reconocida al trabajador tiene carácter compartida. Por su parte el señor Elías Fernando López López a quien se convocó al juicio como litisconsorte, estuvo representado por Curador Ad-Litem quien en escrito de intervención manifiesta que se opone a esa pretensión como quiera que no está dirigida en su contra.

Por manera que la discrepancia puntual radicó en determinar si a Electricaribe S.A. E.S.P. le corresponde el pago del retroactivo pensional que Colpensiones dejó en suspenso y, por ende, la solución de esta controversia implicaba en primer término determinar si la pensión de jubilación que aquella reconoció al interviniente es compartible, para posteriormente establecer si el retroactivo pensional en suspenso debe ser reintegrado al empleador.

Luego es evidente, que las pretensiones de condena no involucran ningún reclamo sobre que el señor Elías Fernando López López deba reintegrar sumas de dinero o que Colpensiones deba asumir doble pago por dichos conceptos, tanto así que en ninguno de los hechos de la demanda se señala que aquellos deban ser objeto por dicha condena, todo lo cual impide a esta Sala hacer un pronunciamiento sobre una pretensión que no se incoó, y es que de hacerlo constituirá un quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política que le asiste a las partes en contienda.

Así las cosas, considera la Sala, que no es procedente el pronunciamiento respecto de la devolución de estos valores ya sea por Colpensiones o el ex trabajador en la forma solicitada en la alzada, máxime cuando el pago efectuado al pensionado devino de una orden judicial, que actualmente se encuentra ejecutoriada.

Las razones anteriores resultan suficientes para confirmar la sentencia confutada, en tanto que, no fue objeto de debate algún otro tema prestacional.

Costas. Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado.

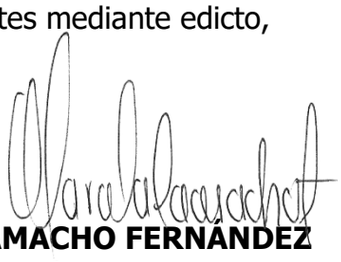
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de julio del 2021, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

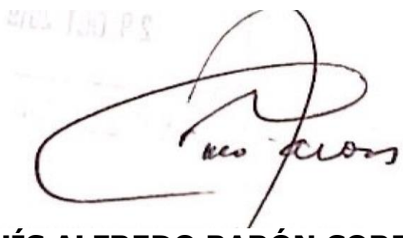
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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 JAVIER RODRÍGUEZ DUEÑAS
Demandado:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA – ESCUELA DE SUBOFICIALES CT ANDRÉS MARÍA DÍAZ DÍAZ -
Radicado No.:	22-2017-00153-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO – GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA- CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Nelson Javier Rodríguez Dueñas instauró demanda ordinaria contra La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana – Escuela de Suboficiales Ct Andrés María Díaz Díaz, con el propósito de que se declare que se desempeñó como docente hora cátedra a la citada escuela mediante una relación laboral comprendida entre el 10 de enero del 2014 al 30 de noviembre del 2014. En consecuencia, se disponga a su favor el pago de prima de servicios, cesantías y sus intereses, vacaciones, indemnización moratoria, sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que la enjuiciada realizó un concurso público para docentes hora cátedra en el año 2011, razón por la cual resultó seleccionado para dictar clases en las tecnologías de electrónica aeronáutica y defensa, áreas de la Escuela. Refirió que el 10 de enero de 2014, entre las partes suscribieron un contrato a término fijo, para actividades docentes No. 016-HC-ESUFA-GRUAC-DEDH-2014. Indicó que la accionada le quedó adeudando lo correspondiente a su liquidación definitiva de su contrato de trabajo a la fecha de terminación del vínculo laboral. (fols. 52 a 71).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 77); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Mediante auto adiado 20 de mayo de 2019, se tuvo por no contestada la demanda. (fol. 95)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de febrero del 2021, en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo que inició el 1 de febrero al 30 de noviembre del 2014. Así, dispuso condenar a la demandada a pagar cesantía y sus intereses, prima, vacaciones, indemnización moratoria y costas procesales.

Para arribar a tal determinación, se propuso verificar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, así como el salario y extremos temporales de la relación. Con tal propósito, indicó que no existe controversia respecto del vínculo laboral celebrado por las partes, el cual, es posible corroborar con la copia de aquel que fue allegado al plenario. Adujo que al actor le fueron reconocidos cada uno de los salarios pactados en vigencia de la relación laboral, así como los aportes al sistema de seguridad social.

En lo que hace a sus hitos temporales, señaló que, de conformidad con el anotado contrato de trabajo, así como del reporte de cotizaciones en pensiones, se podía establecer que el vínculo laboral se prolongó entre el 1 de febrero al 30 de noviembre del 2014. Frente al salario, refirió que el mismo correspondió a la suma de $2.635.000 entre los meses de febrero a mayo de 2014 y entre junio a noviembre del mismo año a $2.666.000 y si bien en la cláusula cuarta del contrato de trabajo se pactó que correspondió a un salario integral, que incluía el pago de prestaciones sociales y vacaciones, sin embargo, debía restarse eficacia, en tanto que atenta lo dispuesto en el artículo 132 del CST, por manera que debía entrar el empleador a pagar dichas acreencias laborales.

Frente a la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST, luego de citar el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dijo que, aunque la accionada consideró no estar obligada al pago de una acreencia laboral a favor del actor, no obstante, dadas las resultas del proceso, el empleador debía realizar el pago de los valores reclamados por el actor al momento de terminación del vínculo laboral, por lo que surgía a favor del actor el derecho al reconocimiento de la citada sanción, a más de que no podía pensarse que actuó de buena fe, cuando la entidad pactó un salario integral que no cumple con las condiciones legales.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana – Escuela de Suboficiales Ct Andrés María Díaz Díaz, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable.
Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿La Nación Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana – Escuela de Suboficiales Ct Andrés María Díaz Díaz, fungió como empleador del aquí actor?

- ✓ De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio.

Relación laboral y sus extremos temporales.

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Conforme a ello, ha de indicarse que no existe controversia respecto a la existencia de la relación laboral que se verificó entre las partes, ni sus extremos temporales o el hecho de que estaban regidas por un contrato de trabajo a término fijo. En concreto, quedó plenamente establecido que Nelson Javier Rodríguez Dueñas prestó sus servicios bajo dicha modalidad contractual entre el 1 de febrero al 30 de noviembre del 2014, pues así se desprende del contrato de trabajo suscrito entre las partes, cuyo objeto consistió en que el actor prestará sus servicios en calidad de Docente Hora Cátedra.

Además, la prestación del servicio se ratifica con las documentales que obran en los folios 26, 27, 46 y 47, consistentes en el acta de liquidación docente hora cátedra y la Resolución núm. 052 del 2015, mediante la cual se aclara la Resolución núm. 022 del 2014, donde se establecieron los lineamientos de la relación laboral de naturaleza especial con el Docente Hora Cátedra, el valor total a pagar, liquidación y forma de pago.

Este material probatorio demuestra que el señor Nelson Javier Rodríguez Dueñas tenía un vínculo laboral con La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana – Escuela de Suboficiales Ct Andrés María Díaz Díaz desde el 1 de febrero al 30 de noviembre del 2014, aspecto que también se desprende con los aportes pensionales registrados en la historia laboral consolidada expedida por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que obra a folios

34 a 38 del expediente. Documentales que no sobra precisar no fueron tachados de falso o desconocidos por la encartada.

La anterior valoración probatoria conlleva a concluir, como bien lo coligió la sentencia de primer grado, que entre las partes existió un vínculo laboral desde el 1 de febrero al 30 de noviembre del 2014. Por tanto, así deberá quedar confirmado en la parte resolutiva de la presente providencia.

Salario integral, pago de prestaciones sociales y vacaciones

Sobre tal aspecto, las partes al celebrar el contrato de trabajo acordaron en la cláusula 4° que:

> "***CLAUSULA CUARTA:*** ***VALOR:*** *Para efectos legales, fiscales y presupuestales, el valor total y fijo del presente contrato es de* ***VEINTISÉIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL PESOS ($26.536.000.oo) MCTE*** *este valor incluye cesantías, intereses cesantías, vacaciones y prima de servicios."*

Además, en la cláusula quinta, se pactó:

> *"****CLAUSULA QUINTA:*** ***FORMA DE PAGO: EL MINISTERIO*** *cancelará a* ***EL TRABAJADOR*** *el presente contrato así:* ***a)*** *La suma de* ***DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS ($2.635.000.oo)****, entre los meses de* ***FEBRERO A MAYO DE 2014. b)*** *La suma de* ***DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS ($2.666.000.oo)*** *entre los meses de* ***JUNIO A NOVIEMBRE 2014*** *con cargo al Rubro Presupuestal* ***102-16-0-16*** *Hora Catedra, por mensualidades vencidas."*

Sobre el particular, debe precisar la Sala, que con arreglo al artículo 132 CST, empleador y trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, no obstante, la forma salarial que admite además de la retribución del trabajo ordinario, la compensación anticipada de las prestaciones sociales, recargos, beneficios, subsidios y suministros en especie, es el salario integral, pero para que dicha estipulación sea válida debe quedar por escrito y, su monto no puede ser inferior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales más el factor prestacional correspondiente a la empresa, que no debe ser menor al 30% de dicha cuantía.

Bajo este entendimiento, atendiendo el valor de $2.635.000 y $2.666.000, salario devengado por el trabajador en el año 2014, fecha para la cual el salario mínimo integral fue de $8.008.000, no puede aceptarse como válido que lo percibido por ésta fuera una retribución integral que comprendiera el pago de las prestaciones sociales, como se señaló en el contrato de trabajo, cuya cláusula carece de invalidez.

En este orden de ideas, el actor tiene derecho a recibir prestaciones sociales y la compensación en vacaciones en virtud del nexo laboral contraído con la demandada, sobre el salario de $2.635.000 y $2.666.000 devengado para los meses de febrero a mayo y junio a noviembre de 2014 respectivamente, encontrando la Sala acertada la decisión condenatoria contenida en la providencia consultada, máxime cuando en el transcurso del proceso no acreditó su pago.

Indemnización moratoria.

Respecto a este punto de condena, 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, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste 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.

Al aterrizar la anterior acepción jurisprudencial a las situaciones fácticas presentadas en este asunto, no encuentra esta Sala que el actuar de la convocada a juicio, hubiese estado revestida bajo el principio de buena fe. Nótese que la conducta de la accionada no se puede tener como eximente de la sanción reseñada, como quiera que la justificación dada para no cancelar las prestaciones sociales fue que se le pagaba mes a mes junto con el salario, circunstancia que no puede tenerse por válida en tanto que es contraria al ordenamiento jurídico, dado que, como se explicó, la forma salarial que admite además de la retribución del trabajo ordinario, la compensación anticipada de las prestaciones sociales, recargos, beneficios, subsidios y suministros en especie, es el salario integral, pero para que dicha estipulación sea válida debe cumplir los requisitos previstos en la ley, que en el presente asunto se omitieron en su totalidad. Por tal razón se confirma la condena proferida en este aspecto.

Costas

En este grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas a cargo de la demandada. Las de primera instancia se confirman, por haber sido vencida en juicio.

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 24 de febrero del 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

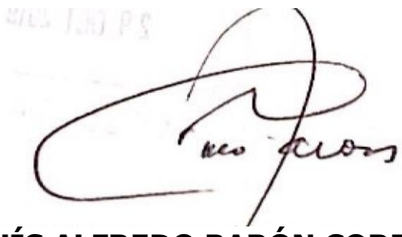
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: DIANA MARÍA BALLESTEROS CARO
Demandada: VEGASERVICES S.A.S. Y CONSTRUCTORA APIROS S.A.S.
Radicado No.: 20-2018-00338-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Diana María Ballesteros Caro, instauró demanda ordinaria contra Vegaservices S.A.S. y Constructora Apiros S.A.S., con el propósito de que se declare con la primera de aquellas que existió un contrato de trabajo el cual terminó por causas imputables al empleador y con la segunda su responsabilidad solidaria. En consecuencia, solicitó se condenará a las demandadas en forma solidaria al pago de cesantías y sus intereses, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, reliquidación de aportes a seguridad social y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 29 de febrero del 2016, con la empresa Vegaservices S.A.S. suscribió un contrato de trabajo, para desempeñar el oficio de supervisora "CISUS" en las instalaciones de la entidad Constructora Apiros S.A.S., devengando un salario de $1.600.000. Refirió que la relación contractual se mantuvo hasta el 5 de enero del 2015, fecha en que la empresa después de un acuerdo se comprometiera a entregar la liquidación, toda vez que acordó renunciar, esto debido a la pérdida de su embarazo, aspecto que dio a conocer, dejando claro que las motivaciones de su renuncia eran dadas al maltrato que recibía por su jefe inmediato. Indicó como causal de justificación, según se desprende de la comunicación enviada el 18 de enero del 2015, la supuesta renuncia tácita. Además, que aun no siendo justa, la misma adeuda sus prestaciones y *"demás derechos adquiridos"*, sin que hayan sido cancelados. (Cuad.1, fols. 3 a 7 y 26 y 27).

2. Contestación de demanda.

2.1. Constructora Apiros S.A.S. Al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el contrato de trabajo alegado por la actora no existió con la sociedad, sino con la codemandada Vegaservices S.A.S. En lo que hace a los supuestos fácticos no los aceptó y en su defensa propuso como medios exceptivos la de

falta de legitimididad en la causa por pasiva, pago, compensación, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y de causa y buena fe. (Cuad.1, fols. 65 a 70).

2.2. Constructora Apiros S.A.S. En respuesta a la demanda, se opuso a que el contrato de trabajo celebrado entre las partes haya terminado por causa imputable al empleador, dado que la finalización del vínculo fue su decisión, al no volver a su trabajo en la fecha que debió hacerlo, además, refirió que las prestaciones sociales fueron canceladas oportunamente. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, pago total o parcial, inexistencia de la obligación, carencia de acción y mala fe. (Cuad.3, fols. 1306 a 1311).

3. Llamamiento en garantía.

3.1. Contestación demanda y llamamiento en garantía. Liberty Seguros SA, en un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que no existe responsabilidad en cabeza de Apiros S.A.S., dado que las obligaciones reclamadas deben ser asumidas por su empleador, al no existir causa alguna que permita declarar la solidaridad frente a las mismas. Respecto del llamado en garantía que se le hizo sostuvo que la citada sociedad suscribió múltiples contratos con Vegaservices S.A.S. y que el cumplimiento de aquellos se encuentra amparado con pólizas de seguro expedidas por la aseguradora. Sin embargo, expuso que las citadas pólizas no brindan cobertura a los hechos y situaciones descritos en la demanda y el llamamiento en garantía, ya que el amparo de salarios y prestaciones sociales únicamente podrá afectarse cuando se declare la solidaridad laboral, escenario ajeno al del proceso.

Como medios exceptivos se propuso frente a la demanda inexistencia de obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, despido con justa causa, ausencia de solidaridad, buena fe en la conducta de las codemandadas, pago, compensación, prescripción y genérica. En lo que hace al llamamiento planteó la de ausencia de siniestro para las pólizas de cumplimiento, inexistencia del siniestro y de obligación, ausencia de reclamación por parte de Apiros S.A.S., sujeción a los términos, condiciones, límites y exclusiones previstos en las pólizas de seguro de cumplimiento, ausencia de cobertura y genérica. (Cuad.3, fols. 1356 a 1376).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de febrero del 2020, en la que el fallador declaró que entre la actora y la demandada Vegaservices S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido del 28 de febrero del 2016 al 18 de enero del 2018, con un salario de $1.300.000. En consecuencia, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y gravó en costas a la promotora del litigio.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante en el escrito de demanda y en consecuencia si se adeuda prestaciones sociales, aportes a la seguridad social e indemnización moratoria. Con tal propósito, verificó el acervo probatorio allegado por las partes y con ello dijo que no es objeto de controversia la relación que unió a las partes, ya que fue aceptada por la demandada; en cuanto a los extremos temporales señaló que, aunque la demandante indicó que el vínculo se celebró el 29 de febrero del 2016, no obstante, su empleador manifestó que lo fue a partir del 28 del mismo mes y año, razón por la cual debía tener como fecha de iniciación del nexo contractual. Frente al extremo final, arguyó que todos los documentos aportados en la demanda apuntan a que el vínculo laboral finalizó el 18 de enero del 2018, por lo que así debía declararlo. En lo que hace al salario, sostuvo que tampoco fue materia de

discusión por las partes, en tanto que la activa recalcó que devengaba la suma de $650.000 quincenales, aspecto que admitió la demandada.

Sentado lo anterior, se dispuso a determinar el modo en que terminó la relación laboral, considerando que si bien es cierto en la demanda se alegó renuncia motivada, no obstante, no se allegó la carta de finalización, para determinar que lo fue motivado. Además, expuso que en ninguna de las pretensiones se buscaba la indemnización por despido sin justa causa, sin embargo, tal conclusión lo hacía para efectos de declarar la existencia del contrato de trabajo.

Referente a las pretensiones de orden condenatorio esbozadas en la demanda, indicó que se encontraba acreditado el pago de prestaciones sociales y vacaciones, razón por la que tampoco había lugar al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65. En lo que hace a la reliquidación sobre los aportes al sistema de seguridad social teniendo en cuenta como base salarial la suma de $1.300.000, sostuvo que tal pedimento es improcedente, toda vez que, en virtud de la carga probatoria, quien debía acreditar en juicio que dichos aportes se hicieron con un salario inferior era a la parte actora, no obstante, "*revisada cada una de las partes obrantes en el expediente no obra copia de la historia laboral de la demandante que nos indique cómo fueron aportados los respectivos valores a la seguridad social".* (Cuad.3, CD a fol. 1410)

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que "*si bien es cierto a la empresa Vegaservices se le hizo llegar aquí toda la documentación que tenía con referencia a la afiliación y donde se puede constatar de que el osta por hacer contratos de obra o labor, no determina hacer un contrato a término indefinido y además contrata con el salario mínimo, teniendo en cuenta que la persona es profesional y no le tienen en cuenta su vinculación laboral como tal, pues veo una inconsistencia en esta decisión porque no presentaron ninguno de los documentos requeridos para la afiliación. Lo otro es los derechos que le asisten a mi prohijada en el sentido del embarazo que fue constatado y se puede constatar y se puede probar hechos que lo haremos en las siguientes instancias."* (Cuad.3, CD a fol. 1410)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Constructora Apiros S.A.S. Alegó en su favor que entre el demandante y la demandada nunca existió un contrato de trabajo, sin embargo, tuvo contratos múltiples con la sociedad empleadora de la actora, pero nunca contrato los servicios de aquella, ni ejerció algún tipo de subordinación, tampoco le remunero ningún servicio.

5.2. Liberty Seguros S.A. En su escrito señaló que el fallo emitido se ajusta a la realidad probatoria recaudada dentro del presente proceso, pues la demandante en su interrogatorio y documentos allegados manifestó voluntariamente su intención de no regresar a su lugar de trabajo, generando el abandono de sus obligaciones y consecuente terminación del contrato de trabajo.

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 la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Es procedente ordenar la reliquidación de pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensión?

- ✓ De conformidad con el principio de congruencia ¿debe la Sala ocuparse de verificar si le asisten derechos a la actora, como consecuencia del estado de gravidez que ostentó en vigencia de la relación laboral?

Contrato de trabajo, extremos temporales y salario

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, modalidad contractual, cargo y salario devengado por la actora. Además, debe precisarse que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino, además, corroboradas con la certificación laboral (Cuad.1 fol. 30), comunicación de terminación del contrato de trabajo (Cuad.1 fol. 8) y liquidación de prestaciones sociales (Cuad.3, fol. 1318).

Reliquidación de aportes al subsistema de seguridad social en pensiones

En lo concerniente a este punto de apelación, aunque el apoderado judicial de la parte demandante no es muy claro al fundamentar su alzada, no obstante, entiende la Sala, de cara a las consideraciones esbozadas por el a quo, que su recurso va dirigido en torno a que es procedente la reliquidación de aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, dado que la accionada no allegó prueba de la afiliación respectiva al citado subsistema. Conforme a ello, la Sala recuerda que el cognoscente de primer grado no accedió a tal pedimento, considerando que la actora no allegó la respectiva historial laboral emitida por el fondo de pensiones a la que se encuentra afiliada, para efectos de determinar si en realidad se efectuó el aporte a pensión, bajo un ingreso base de cotización inferior a $1.300.000.

Bajo tal contexto, aun cuando adujo la demandante que se hicieron aportes pensionales bajo un IBC inferior al salario devengado, no obstante, tal como le coligió el A quo, no arrimó ningún medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, es decir, en momento alguno demostró que su empleador hubiera omitido realizar la cotización al subsistema de seguridad social con un salario inferior al devengado y determinado en primer grado. Y si bien la censura fue encaminada a que el empleador demandado no allegó el formulario de afiliación, no obstante, la Sala evidencia que, si fue arrimada certificación expedida por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que da cuenta que la señora Diana María Ballesteros Caro se vinculó a dicha sociedad por intermedio de su empleador. (Cuad.2 fol. 606) Además, de los documentos que corren a folios 608 a 610 del mismo cuaderno se extrae que la actora fue afiliada al sistema de seguridad social integral, desde el inició de la vinculación laboral, lo cual se corrobora con el certificado expedido por Compensar que obra a folio 31 del cuaderno 1°.

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

Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el

supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por manera que, no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, lleva a esta Sala sin más consideraciones a confirmar la decisoria del Juez primigenio que bien tomó sobre este punto de apelación.

Derechos derivados del estado de gravidez - Principio de congruencia

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que el ataque contra la sentencia de primer grado propuesto por la apelante se encuentra orientado a que la trabajadora estuvo en estado de embarazo en vigencia del laborío, razón por la cual considera que debe reconocerle algún derecho derivada de tal circunstancia. Ahora, el juzgador de primer grado destacó que el finiquito de la relación laboral lo fue con justa causa y que si bien dentro de los supuestos fácticos se indicó la existencia de actos de acoso laboral por parte de un jefe inmediato, además, sobre el estado de embarazo del que aduce fue el verdadero motivo de terminación de aquel vínculo, no obstante, como quiera que la actora no pidió cosa diferente al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria, tal aspecto impide de entrada estudiar esos actos discriminatorios que se señalan por parte de la activa.

En tal sentido, debe precisar este colegiado que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que "*se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021).

En ese orden, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera "*exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"*, mientras que la segunda hace referencia a que "*toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"* (CSJ SL2808-2018). Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

Así las cosas, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación se centra en que esta sala se ocupe de verificar la existencia de algún derecho derivado del estado de gravidez que tuvo en vigencia de la relación laboral, aspecto que no puede ser definido en este asunto, como quiera que la pretensión que ahora se persigue no se

encuentra comprendida en el escrito primigenio y, por ende, tampoco fueron discutidas en las etapas del proceso, pues la génesis de la controversia consistió en el pago de prestaciones sociales y vacaciones e indemnización moratoria, derivada de la declaratoria de existencia de la relación laboral y solidaridad conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del CST.

Así las cosas, considera la Sala, al igual que lo hizo el cognoscente de primer grado, no hay lugar a que la Sala se pronuncie sobre aspectos que las partes no fundaron su disenso; y es que de hacerlo constituirá un quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política que le asiste a las partes en contienda, por manera que con el fin de garantizar dichas prerrogativas constitucionales, se sigue confirmar la sentencia confutada, en tanto que, no fue objeto de debate algún otro tema prestacional.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de febrero del 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS 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: ROBERTO FRANCISCO LEÓN SUÁREZ
Demandado: COLPENSIONES, COLTEMPORA S.A. Y ACTIVOS S.A.
Radicado No.: 05-2017-00254-01
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN DEMANDADAS – REVOCA PARCIALMENTE.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Roberto Francisco León Suarez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Coltempora S.A. y Activos S.A., con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral con la primera de aquellas, entre 3 de septiembre de 2013 al 31 de enero del 2017, misma que se dio por terminada sin justa causa; que las empresas de servicio temporal actuaron como un simple intermediario a la luz del artículo 35 del CST.

En consecuencia, solicitó a su favor se condenará a la indemnización por despido sin justa causa, consistente en el pago de salarios dejados de percibir desde el 1 de febrero del 2017 hasta la fecha en que cese la obra o labor contratada; diferencias salariales y prestacionales en comparación con lo recibido por el personal de planta de la entidad; reliquidación de prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, cesantías y sus intereses, prima legal de navidad, bonificación extralegal y bonificación de recreación, indexación, perjuicios morales por el despido sin justa causa; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como sustento de las anteriores pretensiones y luego de indicar la naturaleza jurídica de Colpensiones, así como del vínculo contractual que sostuvo la misma con las Empresas de Servicios Temporales, señaló en síntesis que fue vinculado para trabajar en misión desde el 3 de septiembre del 2013, para desempeñar el cargo de profesional II, bajo un contrato de trabajo por obra o labor contratada por medio de la empresa de servicios temporales Activos S.A., vínculo que duró hasta el 25 de junio del 2014, dado que a partir del 26 del mismo mes y año se desempeñó como trabajador en misión a través de la empresa Coltempora S.A., mismo que finiquitó el 31 de marzo del 2015.

Refirió que nuevamente fue vinculado desde el 1 de abril del 2015 con la empresa Activos S.A. hasta el 31 de enero del 2017. Añadió que la función encomendada consistió en sustanciar solicitudes de prestaciones económicas en todas las instancias, mismas labores que realiza el Profesional Senior, código 310, grado 03 de la planta de la Gerencia Nacional de Reconocimiento de la entidad.

Así, sostuvo que el Profesional Senior, código 310, grado 03, devengaba los siguientes conceptos:

Año	Remuneración
2013	$3.680.227
2014	$3.939.734
2015	$4.112.859
2016	$4.429.549

Sin embargo, recibió por concepto de remuneración básica las siguientes sumas de dinero, mismas que sirvieron para liquidación de sus prestaciones sociales:

Año	Remuneración
2013	$3.500.000
2014	$3.567.900
2015	$3.985.857
2016	$3.985.857

Explicó que en enero del 2017 le fue informado por parte de Activos S.A., la terminación del contrato de trabajo, en razón a que había finalizado la obra o labor para la que fue contratada, no obstante, indicó que tales labores todavía persisten en Colpensiones. (Expediente digital, PDF CUADERNO No. 1 11001310500520170025400, págs. 3 a 24).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF CUADERNO No. 1 11001310500520170025400, pág. 100).; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de demanda.

3.1. Colpensiones. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que no ha mantenido vínculo laboral alguno con el actor, en tanto que fue trabajador en misión, quien ostentó con la empresa de servicios temporales relación directa de carácter laboral, la cual no se extiende a la empresa usuaria y es ley para las partes, razón por la que no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas estrictamente legales. Esgrimió que el demandante fue suministrado legalmente a Colpensiones, en calidad de trabajador en misión, teniendo en cuenta las relaciones comerciales suscrita con Activos S.A. y Coltempora S.A., por lo que estas últimas son las llamadas a responder por las pretensiones de orden condenatorio esbozadas en la demanda.

Indicó que el promotor de la litis no fue contratado por la EST y enviado a la entidad, en calidad de trabajador en misión, para llevar a cabo de manera estricta funciones propias de los trabajadores oficiales de planta de personal, así como tampoco desempeñaba labores relacionadas con su objeto social, en tanto que las actividades se centran en la proyección y sustanciación de actos administrativos de reconocimiento de prestaciones económicas en pro de la descongestión de tutelas y derecho de petición represadas por el entonces ISS, labor que tenía el carácter de ocasional y no constituye parte del objeto principal de la entidad.

En su defensa formuló la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva y como de fondo las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional y prevalencia del interés general sobre el particular, diferencias salariales, prescripción, buena fe- principio legalidad y genérica. (Expediente digital, PDF CUADERNO No. 1 11001310500520170025400, págs. 113 a 150).

2.2. Coltempora S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que estuvo vinculado mediante dos relaciones laborales, totalmente autónomas, independientes y ajenas de cualquier otra. Refirió que el primer contrato laboral inició el 26 de junio del 2014, bajo la modalidad por obra o labor, para desempeñar el cargo de Profesional II, en calidad de trabajador en misión, con un salario de $3.567.900, mismo que terminó el 10 de diciembre del 2014 por finalización de la obra o labor contratada según lo informó la empresa usuaria dada la terminación del contrato comercial núm. 053 suscrito con Colpensiones.

Explicó que el segundo contrato laboral inició el 11 de diciembre del 2014, bajo la misma modalidad, cargo y salario, el cual terminó el 31 de marzo del 2015, por finalización de la obra o labor contratada según lo informó la empresa usuaria y dada la terminación del contrato comercial núm. 119 suscrito con Colpensiones. Así, coligió que no superó los límites de ley, en tanto que no superó un año de servicios de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Propuso como excepción de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia del despido, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, buena fe, mala fe, temeridad y deslealtad procesal, prescripción, compensación e innominada. (Expediente digital, PDF CUADERNO No. 1 11001310500520170025400, págs. 200 a 251).

2.3. Activos S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. En relación con los hechos, manifestó que el demandante tuvo un contrato individual de trabajo por el término que dure la obra o labor contratada, que tuvo vigencia del 3 de septiembre del 2013 al 20 de enero del 2014, en virtud del contrato de prestación de servicios núm. 060 del 2013 y el otrosí anexo núm. 003. Indicó que posteriormente sostuvo un segundo vínculo laboral entre el 21 de enero al 25 de junio del 2014, en virtud del contrato de prestación de servicios núm. 007 del 2014 y el otrosí anexo núm. 002. Así mismo, un tercer contrato de trabajo desde el 1 de abril del 2015 al 30 de enero de 2016, en virtud del contrato de prestación de servicios núm. 042 del 2015 y el otrosí anexo núm. 005 y un cuarto vínculo laboral entre 1 de febrero del 2016 al 31 de enero del 2017, atado al contrato de prestación de servicios núm. 005 del 2016 y el otrosí anexo núm. 004. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y pago. (Expediente digital, PDF CUADERNO No2 11001310500520170025400, págs. 1 a 26).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de febrero del 2021, en la que el fallador declaró que el actor y Colpensiones existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de septiembre de 2014 al 31 de enero del 2017. En consecuencia, condenó a esta y solidariamente a las Empresas de Servicios Temporales a pagar a favor del promotor de la litis reliquidación de cesantías y vacaciones, prima de navidad legal, bonificación por año de servicios extralegal, bonificación por recreación extralegal e indemnización por despido injusto. Así mismo, las gravó en costas.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuestos, tuvo como problema jurídico principal a dilucidar si entre el actor y Colpensiones existió una relación laboral y por ende las EST codemandadas actuaron como meros intermediarios

y, en caso positivo si la asiste el derecho al reconocimiento de las pretensiones de orden condenatorias. Con tal propósito indicó que las partes no discuten que entre la entidad pública y las EST codemandadas generaron los respectivos contratos de prestación de servicios, para vincular a personal como trabajadores en misión, con fundamento en el numeral 3°, artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y por efecto de estos se vinculó laboralmente al actor, por los periodos esgrimidos por las demandadas.

En tal virtud, recordó que cuando la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de dicha preceptiva (C-330-95), la declaró exequible sin ningún condicionamiento o limitación en el entendido de que "*si alguna entidad pública llegará a necesitar por alguna situación de coyuntura excepcional este término se puede exceder*". Bajo ese contexto, dijo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer que no se puede utilizar la empresa de servicios temporales con fines "*torticeros, amañados, para violar los derechos de los trabajadores oficiales*", entre otras, en sentencia SL 417 de 2019. Así las cosas, estimó que la labor que inició el trabajador el 3 de septiembre del 2013 fue de manera continua y permanente hasta el 31 de enero del 2017, pues así lo depusieron los testigos allegados al plenario, sin que procediera frente a ellos la tacha por sospecha.

Esbozó que se está en presencia de un "*carrusel de empresa de servicios temporales, es decir, una rotación de un trabajador a una temporal, sin exceder el año a otra temporal sin exceder el año y volver a la primer temporal a desarrollar las mismas funciones. Esa es la formalidad como en algunos casos que se allegaron como sustento de la defensa de alguna de las decisiones del Tribunal en los que se examinada esa situación; claro como en esa temporal no se sobrepasó el año, en esta otra no sobrepasó y en esta otra tampoco sobrepasó el año, pues respetaron el término legal. El Despacho no comparte semejante argumentación*", indicando que la realidad es que se valieron e instrumentalizaron las EST para continuar con la vinculación de una persona bajo la fachada de que eran personas jurídicas diferentes, haciendo notar que no se transgredió el numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Aludió a que esa aparente formalidad de hacer ver que se respetó el término legal es un argumento débil, cuando quiera que la realidad es que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio, razón por la cual se aparta de las decisiones proferidas por este Tribunal, máxime cuando las decisiones no fueron unánimes, sino mayoritarias y tuvieron un aspecto fáctico y probatorio diferente. Bajo ese entendimiento, dijo que las EST pasaban hacer un simple intermediario, sin embargo, sostuvo que, por el primer año el actor realmente tuvo su condición de trabajador en misión, es decir, entre el 2 de septiembre de 2013 al 2 de septiembre de 2014, pero a partir del 3 de septiembre del 2014 al 31 de enero del 2017 allí la relación entre las partes sí estuvo desnaturalizada y, por tanto, ostentando la condición de empleador Colpensiones. Advirtió que Colpensiones podía vincular directamente a los trabajadores a través de contrato de obra o labor, frente a la coyuntura que expuso, por lo que "*allí se quiebra ese argumento falaz de que estamos respondiendo a los informes de la Corte Constitucional*", en tanto que era obvio que se iba quebrantar la temporalidad.

A partir de lo anterior, estudió la procedencia de las pretensiones condenatorias, destacando que la nivelación salarial no estaba llamada a prosperar en tanto que no obraba prueba suficiente y conducente para colegir que realizó las mismas funciones del Profesional Senior, código 310, grado 03. Sin embargo, dijo que aquello no obsta para proceda la reliquidación de cesantías y vacaciones de los años 2016 y 2017, por efecto del reajuste de los salarios de los trabajadores oficiales de Colpensiones, siendo que para dichos periodos tuviera un salario de $4.292.768. Negó la reliquidación de

prima de servicios e intereses a las cesantías en tanto que no opera para trabajadores oficiales.

Frente a los conceptos extralegales significó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ de manera pacífica a reiterado que pueden acceder a las normas establecidas en pactos colectivos los trabajadores que en cuyo juicio fue acreditado su verdadera condición de trabajadores oficiales, tal como lo fue en sentencia con rad. 36609 de 2009. Así, explicó que la cláusula 3° señala el beneficio salarial por año de servicios, por manera que solo debía proferir condena por el 60%, en tanto que el 40% restante no se acreditó los resultados de productividad obtenidos para el cumplimiento de las metas institucionales durante el año inmediatamente anterior.

En lo atinente al pago de la indemnización por despido sin justa causa, arguyó que no se discutió que la desvinculación devino de Activos S.A., siendo que el contrato de trabajo que se declaró tuvo un plazo presuntivo a la voz del Decreto 2127 de 1945, por lo que al momento en que se finalizó por el simple intermediario aun le faltaban 33 días para vencerse dicho plazo, lo que se reduce a una indemnización de esos días de salario faltantes. (Expediente digital, AUDIO Audiencias Art 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No. 11001310500520170025400.).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación de Colpensiones. En su alzada indicó que de los contratos y certificaciones laborales se puede dilucidar que efectivamente en ningún momento se superó el límite de temporalidad y causalidad del que trata la Ley 50 de 1990. Expuso que con Activos S.A. no se vulnera los límites de temporalidad, contrario a lo esgrimido por el A quo, además, dada la declaratoria por parte de la Corte Constitucional sobre el estado de cosas inconstitucionales y las múltiples misivas que provenían del ISS, la planta de personal de la entidad no tenía la capacidad para resolverlas en el momento en el que se requerían, pues alcanzaban un total de 10.000 peticiones, aspecto que llevó a contratar por medio de empresas de servicios temporales.

Sostuvo que el juzgador primigenio no tuvo en cuenta que no solamente por el auto 110 de 2013 que declaró el estado de cosas inconstitucionales, se emitieron órdenes, sino a través del tiempo. Indicó que los trabajadores no podían ser contratados de manera directa en tanto que se requiere de un procedimiento específico para ampliar la planta, dada la naturaleza jurídica de la entidad, aspecto que tampoco era dable en ese momento, en tanto que la orden proferida por la Corte Constitucional demandaba solución en un tiempo estipulado.

Precisó que en los autos de la Corte Constitucional se emitieron diferentes órdenes, dentro de las cuales en primera instancia estaban, entre otras, que se corrigieran las historias laborales y solicitudes de personas con diferentes edades, lo que lleva a colegir no es que existan excepciones a la norma, sino, que "*una causa originaria me vuelve a dar para contratar una empresa de servicios temporales por la existencia de un aumento en la producción lo puedo hacer*", por lo que era un tema temporal, aumento en la producción y, por tanto, el A quo debió analizar cada auto del Alto Tribunal, para poder analizar en debida forma cuáles fueron las razones establecidas por Colpensiones para contratar con EST.

Adicionalmente, argumentó que el actor dentro de su interrogatorio de parte dejó totalmente claro que, si bien en sus diversas vinculaciones siempre tuvo el mismo cargo, los requerimientos por medio de los cuales fue contratado fueron diversos, estando en varios grupos con finalidades diferentes. Lo que a su turno demuestra, que cada contrato de trabajo fue independiente entre sí, razón por la cual no era dable declarar una única relación laboral.

De otro lado, indicó que no tiene sentido jurídico que el A quo condene "*a los valores entonces que el demandante tiene derecho como trabajador oficial, pero no al descuento que no tiene derecho como trabajador oficial, que fue lo que se le pagó como prima de servicio e intereses a las cesantías"*, razón por la cual deberá declarar como probada la excepción de compensación, toda vez que las empresas de servicios temporales pagaron dichos conceptos que no le corresponden. En lo que hace al pacto colectivo, apuntó que el A quo pone de presente una jurisprudencia donde se establece que efectivamente el trabajador oficial podrá obtener los derechos de ese pacto colectivo, sin embargo, indicó que *"esa línea no ha sido pacífica por la Corte Suprema de Justicia, la cual advertido que efectivamente se deberá probar dentro del proceso que el trabajador tenía el ánimo de hacer parte de ese pacto colectivo"*, aspecto que no se encuentra probado y, por tanto, el texto extralegal no podía ser extendido, máxime que no se demostró que el actor fuera de un nivel técnico, profesional o asistencial.

Respecto al beneficio salarial por año de servicio, como no hubo ánimo en hacerse parte dentro del pacto y no pudo probarlo, no debe hacerse extensivo dicho beneficio, máxime cuando el A quo se alejó de la cláusula extralegal en tanto que estaba atado al desempeño laboral que tampoco está demostrado. Así mismo, señaló que debía revocarse la reliquidación de cesantías y vacaciones, en tanto que, aunque se declara que el actor ostenta la calidad de trabajador oficial, no se probó que él mismo debía cumplir las mismas funciones de un trabajador de planta, en tanto que esos aumentos establecidos por la Junta Directa en el año 2016, lo fueron para trabajadores que cumplen funciones generales y específicas que están en los manuales.

Finalmente, frente al pago de la indemnización por despido sin justa causa, debe verificarse que dentro del contrato comercial que Colpensiones suscribió con activos, el cual finalizó el 31 de enero del año 2017, aspecto que llevó a la terminación del contrato de trabajo del actor por la finalización de la obra o labor. (Expediente digital, AUDIO Audiencias Art 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No. 11001310500520170025400.)

5.2. Recurso de apelación de Activos S.A. Esgrimió como fundamento de su alzada que la sociedad está constituida por una EST conforme a lo preceptuado en la Ley 50 de 1990, de manera que está autorizada como tal por el Ministerio del Trabajo, razón por la cual y conforme a lo demostrado dentro del plenario, en efecto entre las partes existieron 4 contratos individuales de trabajo, para trabajador en misión, mismos que fueron autónomos e independientes, ostentando su calidad de empleador en estos. Precisó que la vinculación con el actor en ningún caso superó los topes máximos establecidos por la Ley 50 de 1990, por ende, no se incurrió en ninguna vulneración de la temporalidad.

Puso de presente que el vínculo comercial con Colpensiones obedeció a que esa entidad utilizó los servicios de las EST por una causa justificada y divergente a órdenes establecidas por la Corte Constitucional que presentaba una causación diferente y, en tal sentido, no puede calificarse como una actividad misional permanente, pues es claro que el ente público estaba avocado a cumplir diferentes órdenes impartidas por dicha autoridad judicial que invocaban diferentes temas e instrucciones, lo que conllevó a

que se incrementaran en gran medida la prestación del servicio en la evaluación de solicitudes y demás trámites referidos con el reconocimiento de pensiones.

Sostuvo que la vinculación del actor estaba ligada y obedecía a la existencia de unos contratos de prestación de servicios que eran autónomos e independientes entre sí y que obedecían precisamente a dichas instrucciones que eran diferentes entre las mismas. Aludió que el último contrato de prestación de servicios suscrito para el suministro de personal temporal estaba atado al contrato 005 suscrito el 28 de enero del 2016 con Colpensiones y el otrosí 004, mismo en el quedó plasmado que su vigencia estaba hasta el 31 de enero del 2017, fecha en la cual finalizó el vínculo laboral del actor, junto con otros 1.659 trabajadores, por lo que no debe desconocerse que su declaratoria de contrato realidad no desnaturaliza o desconfigura que el trabajador estaba vinculada mediante un nexo contractual de obra o labor, lo que descarta el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

En lo que hace a la unicidad del vínculo laboral y solidaridad declarada, la parte demandante no solicitó la misma y por tanto no es una situación automática, sino que debe ser pedida por la parte. En virtud de ello, señaló que un único contrato de trabajo no encuentra asidero jurídico ni fáctico, pues el apoyo de las pretensiones es la celebración sucesiva de contratos de trabajo por EST, es una situación que dista de los requisitos jurisprudenciales para que salgan avante los pedimentos, en tanto que cada relación laboral lo fue autónomo e independiente entre sí, máxime cuando así lo indicó el actor en su interrogatorio de parte.

Coadyuvó la solicitud de Colpensiones en el sentido de que se tengan compensadas las sumas reconocidas por concepto de prima de servicios e intereses a las cesantías, por los mismos argumentos expuestos por el sentenciador de primer grado, es decir, que no hay lugar a su reconocimiento, para los trabajadores oficiales. (Expediente digital, AUDIO Audiencias Art 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No. 11001310500520170025400.)

5.3. Recurso de apelación de Coltempora S.A. Formuló recurso de apelación indicando que el Juzgador de primer grado, tuvo por demostrado sin estarlo, un carrusel de EST por parte de Colpensiones, en tanto que ninguna prueba permite establecer o concluir que entre dicha entidad y la EST hubiese existido alguna unión o carrusel con la finalidad de torcer la naturaleza de la norma y de atender fines alejados de la legalidad.

De otro lado, dijo que el A quo no tuvo por demostrado que las relaciones comerciales surgidas entre Coltempora S.A. y Colpensiones, tuvieron su origen en causas diferentes, a más de que aquel mantuvo argumentos no considerados cuando advierte que el fundamento central de la defensa fue que no se transgredió los límites de temporalidad, sin considerar que el cimiento lo fue también en razón a que el trabajador en misión fue enviado por causas originarias diferentes nacidas de diversas órdenes de la Corte Constitucional que se encuentran en cada uno de los autos mencionados en los contratos comerciales.

Sostuvo que el demandante en el interrogatorio de parte confesó que aquél prestó sus servicios en calidad de trabajador en misión para Colpensiones a través de diferentes grupos, por lo que cada contrato comercial atendió a una orden diferente de la orden constitucional, justificando su contratación de una empresa de servicios temporales con una causa originaria diferente. Indicó, que el Juzgador de primer grado no declaró probada la excepción de compensación a manera de sanción, misma que no tiene un

sustento legal, por lo que no existe un fundamento que dé lugar a no acoger el medio exceptivo.

Frente a los derechos extralegales contenidos en la convención colectiva de trabajo, manifestó que la jurisprudencia, especialmente del Consejo de Estado, ha establecido con claridad que los trabajadores en misión tienen toda la posibilidad de afiliarse a los sindicatos o manifestar su intención de hacer parte de un pacto colectivo, sin ningún tipo de restricción, de allí que, al no hacerlo, tampoco es dable extender los beneficios del pacto colectivo, máxime si se tiene en cuenta que su campo de aplicación claramente indica que va dirigida a sus trabajadores oficiales del orden profesional, técnico y asistencial que lo suscriban y aquellos que posteriormente se adhieran a él de manera voluntaria, aspecto que no se cumplió.

En lo que tiene que ver con la solidaridad, consideró que no atiende al principio de congruencia, porque al observar las pretensiones de la demanda, no evidencia con claridad y precisión que el actor hubiese solicitado que declarará la solidaridad respecto de esas condenas, máxime cuando se demostró buena fe en la medida que acudió a una invitación pública por Colpensiones y ganó la licitación, la cual tiene un sustento legal y en la orden de la Corte Constitucional, luego está probado que actuó de buena fe.

Finalmente, expuso que no atentó contra la temporalidad en la contratación del trabajador, en tanto que no superó el año, además, que para el año 2016 y desde marzo del 2015 no tenía para ese momento vinculación comercial con Colpensiones, luego tampoco podía derivar o afectar el incremento salarial, pues ninguna posibilidad tenía la definir si subía o no el salario del actor, por lo que no puede ser condenada por circunstancias en las que no participó. (Expediente digital, AUDIO Audiencias Art 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No. 11001310500520170025400.)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Alegó en su favor que estuvo vinculado con Colpensiones desde el 3 de enero de 2013 Al 31 de enero de 2017; vinculación que se originó en las relaciones contractuales que celebró con las empresas de servicios temporales demandada, sin embargo, durante el periodo señalado y aun cuando el contrato con cada empresa temporal fue terminado, nunca dejó de prestar sus servicios a la entidad, misma que le brindaba no sólo órdenes en cuanto a las labores que debía desarrollar, sino que además, era a quien debía solicitar permisos y acatar las instrucciones respecto a horarios laborales, sin que en dichas instrucciones intervinieran en algún momento las empresas de servicios temporales.

6.2. Activos S.A. Indicó que el suministro del demandante en su condición de trabajador en misión a Colpensiones ocurrió debido a que entre la sociedad Activos S.A.S y la entidad se suscribieron varios y diferentes contratos de prestación de servicios para el suministro de personal en misión, mismos que finalizaron conforme a las estipulaciones contractuales establecidas por las partes contrates.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas 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 las recurrentes y se estudiará en consulta a favor de Colpensiones en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿El A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre el actor y Colpensiones, fungiendo las empresas de servicio temporal codemandadas como simples intermediarias?

- ✓ Por el contrario, ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión?

- ✓ De hallarse positiva la respuesta al primer interrogante, se entrará a determinar ¿Procede la reliquidación de cesantías y vacaciones de los años 2016 y 2017, por efectos del reajuste de los salarios de los trabajadores oficiales de Colpensiones?

- ✓ ¿El actor es beneficiario del pacto colectivo de trabajo celebrado entre Colpensiones y sus trabajadores oficiales del nivel profesional, técnico y asistencial y, por ende, tiene derecho al pago de bonificación por año de servicios extralegal y bonificación por recreación extralegal?

- ✓ ¿Se equivocó el Juez de primer grado al condenar la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945?

- ✓ ¿El A quo quebrantó el principio de congruencia en tanto que el promotor del litigio no solicitó la responsabilidad solidaria de Coltempora S.A. sobre las condenas impuestas en contra de Colpensiones?

- ✓ ¿Se debe compensar las sumas pagadas por las EST por concepto de prima de servicios e intereses a las cesantías?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con el demandante, quien señala le prestó sus servicios como trabajador en misión enviado por varias empresas de servicios temporales, que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador".*

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudirse a esta figura de

intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

> "*En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.*"

Dicho ello y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por la pasiva en su contestación de demanda y de contera en su recurso de apelación, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que la ató con el aquí demandante, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajador en misión enviado por empresas de servicios temporales, ello en atención que el promotor del litigio en el interregno que estuvo vinculado como trabajador en misión, ejecutó actividades en favor de Colpensiones que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, compartiendo en forma integral las intelecciones a las que llegó el sentenciadora de primer grado

Lo anterior, se explica por cuanto los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que el señor Roberto Francisco León Suárez, prestó sus servicios a favor de la citada entidad pública por un lapso superior a 3 años, según se advierte de los contratos de trabajo allegados al plenario, ejerciendo el cargo de Profesional II, conforme se observa a continuación:

EST	CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO	FOLIO
ACTIVOS S.A.	OBRA O LABOR	3/09/2013 AL 20/01/2014	PROFESIONAL II	CUAD. NO. 2, PÁGS. 28-31
ACTIVOS S.A.	OBRA O LABOR	21/01/2014 AL 25/06/2014	PROFESIONAL II	CUAD. NO. 2, PÁGS. 80-83
COLTEMPORA S.A.	OBRA O LABOR	26/06/2014 AL 10/12/2014	PROFESIONAL II	CUAD. NO. 1, PÁGS. 309-322
COLTEMPORA S.A.	OBRA O LABOR	11/12/2014 AL 31/03/2015	PROFESIONAL II	CUAD. NO. 1, PÁGS. 340-366
ACTIVOS S.A.	OBRA O LABOR	1/04/2015 AL 30/01/2016	PROFESIONAL II	CUAD. NO. 2, PÁGS. 141-144
ACTIVOS S.A.	OBRA O LABOR	01/02/2016 AL 31/01/2017	PROFESIONAL II	CUAD. NO. 2, PÁGS. 223-226

Del acopio probatorio se desprende que la prestación del servicio fue siempre una necesidad permanente de la usuaria, además, no se observa que se hubiera plasmado en el texto de los contratos alguna de las tres causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 a efecto de determinar cuál fue la que originó la vinculación y si bien la usuaria

manifestó que las labores contratadas tuvieron como finalidad atender los incrementos en la producción, basando fundamentalmente su defensa en las órdenes que se impartieron por la Corte Constitucional a partir del Auto 110 de 2013, lo cierto es que no probó la existencia de ese específico supuesto de hecho, pues solo se limitó a allegar al plenario los contratos de prestación de servicios celebrados entre ésta y las temporales, sin que en ellos se describiera de qué se trataba de ese aumento y sin presentar probanzas que comparativamente permitieran evidenciarlo.

A lo anterior se suma que, está demostrado en el proceso que la usuaria transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos en la citada preceptiva para este tipo de vinculaciones, de cara a los citados contratos de trabajo, pues es evidente que las empresas de servicios temporales excedieron el plazo fijado por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por manera que el actor laboró para la entidad entre el 3 de septiembre de 2013 y el 31 enero 2017. Y es que no puede ser fundamento para enervar la verdadera calidad de trabajador de Colpensiones y de paso quebrantar normas que regulan el servicio temporal, las órdenes que se impartieron por la Corte Constitucional, para garantizar en materia pensional la resolución de peticiones relacionadas con prestaciones económicas.

Pues, un aspecto que llama la atención de la Sala es que, según se advierte de las certificaciones expedidas por las codemandadas, el actor no solo resolvió peticiones, sino, además, realizó funciones relacionadas con contestar acciones de tutela, realizar informes y apoyar los procesos de control de calidad, de allí que sea desacertado el fundamento de que el actor exclusivamente fue vinculado como trabajador en misión para atender los requerimientos que demandaba el Alto Tribunal.

Además, dicha situación coyuntural no es una razón valedera que excusara la prolongación de la relación laboral en las instalaciones de la usuaria, en la medida que, ante una necesidad permanente que se extendió por más de tres años, como se vio al relacionar los citados contratos laborales, debió aquella vincular directamente al trabajador, sin que sea dable, tampoco, el argumento de que no podía dado a que requería de un procedimiento específico para ampliar la planta, pues nótese que, desde el Auto 110 de 2013, la Corte Constitucional concretamente ordenó al presidente para entonces de la entidad:

> *"**Quinto. -** Advertir a Pedro Nel Ospina Santa María en su calidad de presidente de Colpensiones o quien haga sus veces, que en el marco de sus competencias deberá tomar las medidas necesarias para asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura de la entidad sean suficientes para cumplir con el "plan de acción para corregir el atraso estructural del régimen de prima media" y las metas fijadas a 31 de diciembre de 2013 (…)."*

Por lo que le resultaba imperativo, de acuerdo con la naturaleza de la entidad, ampliar la planta de personal, a más porque la orden se mantuvo en el tiempo, de allí que no pudiese vincular al trabajador a través de empresas de servicios temporales, reiterando, en tanto que no lo fue para atender eventualidades y circunstancias eminentemente transitorias y excepcionales, como lo hace ver Colpensiones; por esa razón las decisiones proferidas por la Corte Constitucional en manera alguna le otorgan validez al desconocimiento de los límites temporales y de los específicos supuestos que la ley ha dispuesto para esta clase de contratación, máxime cuando hubo continuidad en la prestación de los servicios a favor de la entidad y el objeto de todos y cada uno de los contratos fue el mismo, lo que ratifica, sin hacer uso de otro medio probatorio, que era una necesidad imperativa de la empresa usuaria contar con los

servicios del actor, de ahí que se hayan quebrantado las disposiciones que rigen la intermediación laboral.

Así las cosas, el juez de primer grado no incurrió en yerro alguno al escatimar que las actividades que desarrollaba el actor no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, en consecuencia, al ser un requerimiento permanente en la entidad usuaria debía ser atendido con un trabajador directamente vinculado por ella, de tal manera que, aunque en el transcurso del tiempo hubo múltiples vinculaciones, no se puede perder de vista que las circunstancias que rodearon la prestación del servicio tampoco permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, en tanto, que existen elementos de persuasión que llevan a concluir que el promotor de la litis continuó vinculado con la accionada ante la necesidad permanente de contar con sus servicios, que se extendió por más tiempo legalmente previsto para el trabajo en misión.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar al aquí demandante como trabajador en misión de la entidad usuaria, las codemandadas Empresa de Servicios Temporales, pasa a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, Colpensiones, se considerará su empleador, y por ende, la temporal, pasará a responder solidariamente, sin que para ello sea necesario que en el libelo introductor se solicite específicamente su solidaridad, en tanto que esta nace por mandato legal.

En ese sentido, en lo que hace al recurso de apelación propuesto por Coltempora, en el que hace alusión a que el juzgador de primera instancia quebrantó el principio de congruencia en tanto que analizó un tema que no fue propuesto en la demanda, debe decirse que dicho argumento no es de recibo para esta Sala, pues no puede considerarse que la responsabilidad solidaria de cara a la vinculación laboral que se pretende haya quedado por fuera del ámbito de la demanda, en tanto que al emprenderse el estudio y concluirse que la empresa usuaria fue el verdadero empleador, siendo las empresas de servicios temporales meros intermediarios o empleadores aparentes, es obvio que se impone analizar la responsabilidad que se deriva de tal solicitud, ya que nace implícitamente por disposición legal; de ahí que sea desacertada su alzada.

Ahora, si bien se aduce por los recurrentes que la prestación de los servicios a través de las empresas de servicios temporales fue interrumpida, lo cierto es que los medios de convicción evidencian que la actora trabajó de forma ininterrumpida y permanente, como consecuencia de la unicidad del vínculo laboral, pues no se presentaron periodos de solución de continuidad entre cada uno de los contratos suscritos con las empresas temporales, al menos con la suficiencia requerida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que permitan entender la intención de las parte de no dar continuidad en la relación laboral, pues nótese que entre uno y otro contrato, no mediaron interrupciones superiores a un mes (SL574-2021), de manera que es evidente el desacierto de la censura.

Sobre este punto, cabe traer a colación la sentencia SL3520-2018, reiterada en SL467-2019, SL4330-2020 y SL961-2021, misma en la que se adoctrinó que:

> *"(…) las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo*

limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

(…) Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios."

Dichas consideraciones son más que suficientes para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que respecta a que Colpensiones es el verdadero empleador del aquí demandante y las empresas de servicios temporales actuaron como simples intermediarias, las cuales están obligadas a responder solidariamente por las acreencias laborales del trabajador.

Calificación de la naturaleza del vínculo

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que según el artículo 1° del Decreto 309 del 2017 Colpensiones es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, organizada como Entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo. Por manera que, a voces del inciso 2.º del artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968 sus servidores, por regla general, son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

Por lo tanto, tenemos que el actor es trabajador oficial, tal como lo concluyó el A quo, dado que prestó sus servicios personales a favor de la entidad, en el cargo de "Profesional II", actividad que no está contemplada para ser desempeñada por un empleado público, de allí que no sea viable, como se pretende, desconocer, entre otras cosas, que dicho régimen jurídico le es aplicable al demandante y por ende, tampoco es dable ignorar el incremento salarial que estableció la Junta Directiva mediante el Acuerdo núm. 090 del 29 de febrero del 2016 a partir del 1 de enero de ese mismo año en un 7.7% sobre la remuneración básica mensual de los *"trabajadores oficiales pertenecientes a los diferentes niveles jerárquicos de la Planta de Personal"*, pues, se reitera, aquí el trabajador pertenece al grupo de trabajadores oficiales, dada la naturaleza jurídica de la entidad y la calidad de sus trabajadores que se esgrimió con anterioridad, por manera que en lo que hace este punto se sigue confirmar la sentencia proferida en primer grado.

Aplicación del pacto colectivo

Partiendo del reproche de las demandadas en torno a la aplicación que del pacto colectivo ordenó el juez primigenio a favor del actor, pues en su sentir se requiere intención del trabajador en hacer parte del pacto colectivo de trabajo suscrito entre Colpensiones y sus trabajadores oficiales de nivel profesional, técnico y asistencial, además, de que dicha norma extralegal no puede ser extensiva al trabajador, en tanto que aquella aplica únicamente a los trabajadores oficiales que lo suscriban y a aquellos que posteriormente se adhieran de manera voluntaria a él; cumple decir que con la demanda inicial se aportó el texto legal del instrumento colectivo, en cuya cláusula segunda dispuso el campo de aplicación a "*los Trabajadores Oficiales de los niveles,*

*Profesional, Técnico y Asistencial de la **Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES**, que lo suscriban y a aquellos que posteriormente se adhieran de manera voluntaria a él".*

Así las cosas, es claro que, en punto a las pretensiones extralegales, en los términos reclamados por la demandante, no sea posible proferir condena, de allí que se halle una equivocación del A quo, en tanto que es claro que tal cuerpo extralegal no es aplicable al actor, toda vez que las partes previeron que lo sería únicamente a los trabajadores oficiales que lo suscribieron y a aquellos que posteriormente se adhieran de manera voluntaria a él, condiciones que no se encuentran demostrados en este asunto.

A lo que se suma que tampoco se encuentra probado que los beneficios allí consagrados se hubiesen extendido expresamente a todos los trabajadores por voluntad de las partes suscriptoras, sin condición alguna, pues tal aspecto no se encuentra plasmado en el texto contractual, de ahí que las aspiraciones fundamentadas en el reconocimiento de la condición de beneficiario del pacto colectivo sean infundadas.

En este punto, cabe aclarar que si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha hecho extensivos de manera automática beneficios de convenciones o pactos colectivos, cuando quiera que se ha declarado la existencia de un contrato realidad, lo cierto es que tal posición ha encontrado su fuente en la medida en que (i) se cumplan los requisitos de los artículos 471 y 481 del CST o bien cuando (ii) las partes suscriptoras del instrumento extralegal lo han hecho extensivo a todos los trabajadores, tal y como fue expuesto precisamente en sentencia de radicado 36609 de 2009, reiterada en sentencias SL5165-2017, SL4344-2020 y SL3142-2021 de la Sala Permanente de dicha corporación y sobre la cual erróneamente soporta el sentenciador de primer grado sus inferencias.

Bajo lo dicho, es claro que le asiste razón a la censura cuando esgrime que las garantías del citado pacto no pueden ser extensivas al trabajador, razón por la que esta Sala **REVOCARÁ** los literales D) y E) del numeral segundo de la decisión confutada, para en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones relacionadas con la bonificación por años de servicio extralegal y bonificación de recreación extralegal, pues estas son soportadas en el reconocimiento de la condición de beneficiario del pacto colectivo suscrito entre Colpensiones y sus trabajadores oficiales de nivel profesional, técnico y asistencial, del cual, como se dijo, no puede ser cobijado.

Reliquidación de cesantías y vacaciones de los años 2016 y 2017

Como se dijo en precedencia, el Juez de primera instancia no se equivocó que el actor al tener la calidad de trabajador le era viable el régimen jurídico que se deriva de tal condición y, por tanto, el incremento salarial que estableció la Junta Directiva mediante el Acuerdo núm. 090 del 29 de febrero del 2016 a partir del 1 de enero de ese mismo año en un 7.7% sobre la remuneración básica, debe aplicarse al actor. Conforme a ello, se **confirmará** la condena en lo que respecta a este punto de apelación.

Indemnización por despido sin justa causa

Colpensiones, argumentó en su apelación que no se dan las condiciones para que sea condenada a su pago, en tanto que se demostró una causa objetiva en la terminación del vínculo laboral, esto, es la finalización de la obra o labor para la que fue contratado.

Sobre tal aspecto, es cierto que en reiteradas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, existe para cada una de las partes la respectiva carga probatoria, razón por la cual ha sostenido que se debe partir del supuesto que la demostración del despido le corresponde a la parte actora y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le compete a la demandada, en términos del artículo 167 del C.G.P.

También es claro que dicha carga probatoria la cumplieron las partes, en tanto que a página 226 del cuaderno 2°, se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo al actor emitida por Activos S.A., donde se expone con claridad que realiza la misma en atención a que la obra o labor para la que fue vinculado terminó. Así las cosas, al evidenciarse que la demandante cumplió con su carga probatoria y de otra, que la demandada cumplió con el deber de comunicarle a su trabajadora las causas y motivos de su decisión, surge para Sala estudiar si la pasiva acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa.

En tal virtud y como quiera que dicha circunstancia no fue probada, en tanto que si bien el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, permite la terminación por la realización de la obra o labor contratada, lo cierto es que, en el presente asunto se determinó la ineficacia de dicho contrato suscrito entre la temporal y el demandante, al ser declarado único empleador a la entidad usuaria, esto es, Colpensiones, de modo que al no habérsele fijado término alguno, este se considera para todos los efectos, según lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, a término indefinido, pactado por seis meses, siguiendo la regla del plazo presuntivo, mismo que se entiende prorrogado en las mismas condiciones y por períodos iguales.

Así las cosas, al no haberse comunicado por parte del empleador la expiración del plazo presuntivo, o en sumo haberse demostrado una justa causa por su finiquito, habrá lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 51 ibídem, que equivale a los salarios faltantes para completar el último término presuntivo, como bien lo apuntó el Juez de primer grado, de allí que se siga confirmar la sentencia reprochada en lo atinente a esta condena.

Compensación de las sumas entregadas por concepto de prima de servicios e intereses moratorios

Sobre el particular, es del caso resaltar, que la compensación está concebida como un modo de extinción de las obligaciones que opera cuando las partes son recíprocamente deudoras y acreedoras entre sí, figura que se encuentra consagrada en el artículo 1714 del C. Civil, cuya finalidad es evitar el doble pago, la doble entrega de capitales y de ese modo simplificar las relaciones del acreedor y del deudor.

En ese orden, cuando hay un deudor que a su vez es acreedor de la misma persona de la que es deudora, de cosas de igual naturaleza, es viable conjurar el doble riesgo y producir la satisfacción de ambos sin desembolso alguno, restando la cantidad menor de la mayor; es por ello por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia la han catalogado como un modo satisfactorio de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, para que dicha figura proceda necesario es que aquella se eleve en la oportunidad procesal dispuesta para ello, es decir, en la contestación al escrito inicial, en tanto, que el artículo 282 del CGP veda al juzgador para declararla de oficio. Sobre

tal aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2501-2018, dijo al respecto:

> *"Cosa muy distinta es que, como lo ordena el mentado artículo 282, «cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda», situación que implica que las excepciones propias «prescripción, compensación y nulidad relativa», --a diferencia de las impropias que pueden alegarse en cualquier tiempo y son declarables de oficio--, deben plantearse con la contestación de la demanda, es decir, en su debida oportunidad procesal, para que el juzgador tenga el deber de fallar el pleito en consonancia con ellas, si las encuentra probadas."*

Así las cosas, con el fin de dilucidar el recurso propuesto por las demandadas, mismo que está orientado a la procedencia de la compensación de las sumas de dinero que fueron recibidas por el actor por concepto de prima de servicios e intereses, sumas sobre las cuales adujo el A quo no estaban llamadas a reliquidar, dada la condición de trabajador oficial de Colpensiones, punto sobre el cual la parte actora no reprocha, hay que decir de entrada, que la Sala no encuentra razón a la censura en tanto que entre las partes no existen deudas recíprocas que compensar, dado que el trabajador no se constituyó en deudor del empleador ahora Colpensiones y de las Empresas de Servicios Temporales por recibir de estas últimas tales emolumentos, toda vez que estas sumas fueron entregadas como consecuencia de la vinculación como trabajador en misión, distintas a aquellas por las cuales se impone condena a la entidad pública y en forma solidaria a las demás codemandadas.

En consecuencia, es evidente la equivocación en que incurren las demandadas en sus apelaciones al considerar que las sumas que recibió el trabajador por concepto de prima de servicios e intereses debían ser compensadas, abonadas o descontadas con las cantidades que se ordenaron en la providencia. Bajo ese contexto y ante tal desafuero, se confirmará en este punto la decisión reprochada.

Costas

En segunda instancia no se impondrán costas a cargo del demandante, por no haber prosperado en su totalidad los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los literales D) y E) del numeral segundo de la sentencia proferida el 2 de febrero del 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a las convocadas a juicio el pago en forma solidaria de la bonificación por años de servicio extralegal y bonificación de recreación extralegal, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS 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: DANIEL LÓPEZ SÁNCHEZ Y OTROS
Demandada: MOTA ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A.
Radicado No.: 08-2017-00674-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Daniel López Sánchez, Ariel Hipólito Moncada Larios, Oliva Noriega, Robinson Rodríguez Agudelo, Gustavo Caneva Alvarino, Bilardo Andrés Rivera Arrieta, Edwin Caro Vargas, Ramón Rodríguez Uribe, Ever Manuel Conde Casas, José Antonio Pedraza Rodríguez, Elber Lozano Amaris, Gabriel Alfonso Cabrera de la Peña y Ángel María Calderón Alucena, instauraron demanda ordinaria contra Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. Sucursal Colombia, con el propósito de que se declare que existió una relación laboral con la sucursal de la sociedad extranjera, que inició para cada uno de ellos según la fecha de su contrato de trabajo así:

TRABAJADOR	INICIO DE CONTRATO DE TRABAJO
Ramón Rodríguez Uribe	16/09/2016
Ever Manuel Conde Casas	25/04/2016
Bilardo Andrés Rivera Arrieta	5/07/2016
Edwin Caro Vargas	16/08/2016
Oliva Noriega	25/08/2016
Robinson Rodríguez Agudelo	25/04/2016
Gustavo Caneva Alvarino	25/04/2016
Ariel Hipólito Moncada Larios	1/06/2016
Daniel López Sánchez	10/08/2016
Elber Lozano Amaris	18/10/2016
José Antonio Pedraza Rodríguez	2/09/2016
Ángel María Calderón Alucena	28/09/2016
Gabriel Alfonso Cabrera de la Peña	21/09/2016

Así mismo, solicitaron que se declare que la sucursal de la sociedad extranjera estableció en los contratos de trabajo suscritos que estos devengarían de manera quincenal la suma de dinero contenida en la cláusula cuarta de los contratos de trabajo, para cada uno de estos, así:

TRABAJADOR	INICIO DE CONTRATO DE TRABAJO	
Ramón Rodríguez Uribe	$	689.455,00
Ever Manuel Conde Casas	$	1.700.000,00
Bilardo Andrés Rivera Arrieta	$	689.455,00
Edwin Caro Vargas	$	689.455,00
Oliva Noriega	$	689.455,00
Robinson Rodríguez Agudelo	$	689.454,00
Gustavo Caneva Alvarino	$	689.454,00
Ariel Hipólito Moncada Larios	$	689.454,00
Daniel López Sánchez	$	900.000,00
Elber Lozano Amaris	$	689.455,00
José Antonio Pedraza Rodríguez	$	689.455,00
Ángel María Calderón Alucena	$	689.455,00
Gabriel Alfonso Cabrera de la Peña	$	689.455,00

De manera que debieron devengar como salario mensual, desde el inició de la vinculación laboral una suma equivalente a dos veces la suma estipulada en su contrato de trabajo. En consecuencia, solicitaron que se dispusiera a su favor el pago de diferencias salariales, indemnización moratoria, reliquidación de aportes pensionales, primas, cesantías y sus intereses y vacaciones. De forma subsidiaria se ordene la indexación e intereses moratorios sobre las citadas sumas. En todo caso, pidieron lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que la sucursal extranjera, fue contratada para el desarrollo del proyecto denominado LA GRAN VÍA YUMA, procediendo a contratar personal de la región a efectos de ejecutar el objeto contractual en los términos contenido en el Contrato HAB-YUMA 2015-05 suscrito con Ecopetrol. Así, dijeron que suscribieron un contrato laboral por obra o labor contratada, para ejecutar diversas labores para el citado proyecto. Indicaron, que en la cláusula cuarta de los citados contratos se señaló que devengaría una suma de dinero que dependía del nivel y cargo, el cual sería pagado de manera quincenal, es decir, que al trabajador se le pagaría una suma total de salario mensual que equivaldría a 2 veces lo pagado cada 15 días, razón por la cual debieron devengar mensualmente, dichas sumas desde que inició la vinculación laboral. (Cuad.1, fols. 473 a 486).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, a excepción de la declaratoria de existencia de las relaciones laborales, entre otras, aduciendo que el salario mensual de cada trabajador es el que se explica a continuación:

TRABAJADOR	INICIO DE CONTRATO DE TRABAJO	
Ramón Rodríguez Uribe	$	689.455,00
Ever Manuel Conde Casas	$	1.700.000,00
Bilardo Andrés Rivera Arrieta	$	689.455,00
Edwin Caro Vargas	$	689.455,00
Oliva Noriega	$	689.455,00
Robinson Rodríguez Agudelo	$	689.454,00
Gustavo Caneva Alvarino	$	689.454,00
Ariel Hipólito Moncada Larios	$	689.454,00
Daniel López Sánchez	$	900.000,00
Elber Lozano Amaris	$	689.455,00
José Antonio Pedraza Rodríguez	$	689.455,00
Ángel María Calderón Alucena	$	689.455,00
Gabriel Alfonso Cabrera de la Peña	$	689.455,00

De tal forma, el salario mensual pactado, es el que aparece relacionado en el listado, sin embargo, por un error en la cláusula cuarta de los contratos de trabajo, al momento de establecer el periodo de pago, se indicó que la suma por concepto de salario mensual se pagaba de manera quincenal. Resaltó que, durante toda la relación laboral, los actores siempre recibieron el pago mensual de los salarios, sin que hubieran manifestado inconformidad o reparo al respecto, por lo cual es *perogrullo* que conocían que el salario mensual pactado, era el arriba indicado.

En su defensa propuso como medios exceptivos las de pago, inexistencia de obligación, falta de reclamación oportuna del trabajador sobre la reducción del salario, improcedencia de la indemnización por falta de pago, suspensión o paro colectivo ilegal de trabajo e improcedencia de la indemnización moratoria, de pago de gastos y costas del proceso y fallo ultra y extra petita. (Cuad.2, fols. 539 a 561).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de noviembre del 2020, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, sin embargo, no condenó en costa a ninguno de los actores.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía proponerse verificar si el salario mensual pactado en los contratos de trabajo celebrados entre la demandada y cada uno de los demandantes fue superior al que devengaron los trabajadores. Con tal propósito, señaló que no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes, sus extremos y terminación, en tanto que lo fue aceptado expresamente por la encartada. Así las cosas, en lo que hace al punto en cuestión, verificó el acervo probatorio allegado por las partes y con ello resaltó, específicamente de los contratos de trabajo la parte introductoria y la cláusula cuarta de los mismos, para significar que aquellos se encuentran firmados por cada uno de los accionantes, aspecto que al ser interrogados aceptaron.

De manera que recordó que el contrato es la manifestación de voluntad de las partes y en ese orden es válido que estos acuerden sumas que remuneran la labor, siempre que no se afecte o desconozcan el mínimo de derechos laborales, de allí que debía destacar que las sumas corresponden a montos iguales y superiores al salario mínimo legal mensual vigente, para la época de su suscripción. En lo que hace a la cláusula cuarta refirió que los deponentes indicaron los valores de los salarios propuestos por la empresa demandada eran fijados al cargo desempeñado, por lo que para el obrero o ayudante civil equivale a un salario mínimo, verificándose de esta manera que la totalidad de los demandantes ciertamente devengaban mensualmente la citada suma, con excepción del señor Ever Manuel Conde Casas, que al desempeñarse en un cargo diferente, esto es, operador de retroexcavadora percibía una cifra mensual superior.

Concluyó que, si bien la redacción de la cláusula cuarta del contrato de trabajo no es la más clara, en tanto que se dijo que la remuneración retribuida a los trabajadores se efectuaría quincenalmente, lo que podría llegar a ocasionar dudas o confusiones en su interpretación, sin embargo, fueron las partes quienes pactaron que el monto lo sería de forma mensual, con la precisión que sería pagadero en dos instalamentos quincenales. (Cuad.3, CD a fol. 1189)

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que inicialmente se presentaron las tachas a todos los testigos en la medida que no garantizaban la certeza y claridad, en razón a que los mismos hacen parte de la empresa y por consiguiente tienen una subordinación propia para su empleador de manera que son fieles al mismo. Refirió que sus intervenciones no tuvieron claridad y acercamiento sobre los hechos que debían demostrar. De otro lado, reiteró que claramente los trabajadores tienen una circunstancia particular, en tanto que la Corte Constitucional, específicamente en la sentencia T-134 de 2014, ha señalado que toda duda debe ser en benefició de aquellos, por lo que el hecho de que los trabajadores no hayan reclamado ello lo fue al temor de que se podía generar la terminación de los contratos de trabajo, a más de que su pedimento se podía hacer en cualquier tiempo, sin sobrepasarse el término de prescripción.

Finalmente, indicó que de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, por tanto, de conformidad con la cláusula cuarta, el empleador tenía que pagar un salario que estaba definido, mismo que no se canceló en las condiciones pactadas. (Cuad.3, CD a fol. 1189)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Indicó que los aquí demandantes en el año 2017 con el auspicio de la Organización Sindical denominada "SINDISPETROL", tomaron la decisión de iniciar un cese de actividades en contra de la empresa aquí demandada, de lo anterior, es de indicar que la empresa promovió un proceso especial de calificación de la huelga bajo el argumento de una presunta "ilegalidad". Así, refirió que es claro que la empresa MOTA ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. no cumplió en debida forma su obligación de cancelar los salarios de los trabajadores aquí demandantes, situación que, entre otras, originó la declaratoria del cese de actividades y que la Corte declaró valida dado que se acreditó que la huelga fue imputable al empleador dado el incumplimiento de sus obligaciones en el pago de salarios de algunos trabajadores.

5.2. Parte demandada. Alegó en su favor que es evidente la mala fe de apoderado judicial y los demandantes al promover el presente proceso ordinario laboral, fundado en un aparente error de redacción en la cláusula cuarta de los contratos de trabajo, en donde según la interpretación amañada de los actores, el valor del salario establecido en la referida cláusula corresponde al salario que debe recibir los actores en forma quincenal y no mensual.

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 los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i) ¿Los demandantes debieron en vigencia de la relación laboral devengar un salario superior al reconocido y pagado por la encartada, ello en atención a la cláusula 4° del contrato de trabajo, según la cual, a título de remuneración se cancelaría quincenalmente el valor señalado en cada uno de estos?

ii) ¿La encartada adeuda alguna acreencia salarial o prestacional a los demandantes en los términos solicitados en el escrito primigenio, como consecuencia de la desmejora salarial que aducen lo actores acometió el empleador?

Contrato de trabajo y extremos temporales

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, modalidad contractual y cargo desarrollado por los actores. Además, debe precisarse que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de demanda, sino, corroboradas con los contratos de trabajo, comunicación de terminación de estos, liquidación de prestaciones sociales y certificaciones laborales (Cuad.1, fols. 49 a 464).

Salario

Sobre este aspecto y atendiendo la discusión que propone el demandante recurrente, cumple memorar que acorde con lo dispuesto en el artículo 27 del CST todo trabajo dependiente debe ser remunerado y, es por lo que el artículo 132, establece en su numeral 1°:

> *"1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales."*

De lo anterior se desprende la libertad que tienen las partes de pactar el salario en sus diversas modalidades, imponiéndose como límite que lo percibido por el trabajador no sea inferior al salario mínimo legal vigente o bien al fijado entre las partes, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Conforme a ello, cabe destacar, que, de la lectura de los contratos de trabajo allegados por cada uno de los demandantes, la Sala evidencia que las partes celebraron un vínculo laboral bajo la modalidad de la obra o labor contratada, en cuyo acápite introductorio quedó registrado como condiciones salariales mensuales, lo siguiente:

TRABAJADOR	**CONDICIONES SALARIALES "SALARIO ORDINARIO DE"**
Ramón Rodríguez Uribe	$ 689.455,00
Ever Manuel Conde Casas	$ 1.700.000,00
Bilardo Andrés Rivera Arrieta	$ 689.455,00
Edwin Caro Vargas	$ 689.455,00
Oliva Noriega	$ 689.455,00
Robinson Rodríguez Agudelo	$ 689.454,00
Gustavo Caneva Alvarino	$ 689.454,00
Ariel Hipólito Moncada Larios	$ 689.454,00
Daniel López Sánchez	$ 900.000,00
Elber Lozano Amaris	$ 689.455,00
José Antonio Pedraza Rodríguez	$ 689.455,00
Ángel María Calderón Alucena	$ 689.455,00
Gabriel Alfonso Cabrera de la Peña	$ 689.455,00

Además, en la cláusula cuarta de cada uno de los contratos de trabajo quedó plasmado que "*EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios bajo la*

modalidad de Salario Ordinario Fijo Quincenal", las sumas atrás indicadas; es decir, que el salario pactado se pagaría cada quince días, de suerte que, a primera vista se hallaría razón en que las partes convinieron tal estipulación. No obstante, tal como lo señaló la A quo, su contenido no contribuye a los fines de los actores, en tanto que no se puede desconocer la verdadera intención de las partes al pactar la remuneración salarial, que no es otra que los valores allí indicados correspondían a una mensualidad que se paga en forma quincenal, más no a quince días de trabajo remunerado, como mal se pretende por la censura.

Nótese que, al igual como se aportaron los contratos de trabajo, se allegaron los comprobantes de pago de nómina por el empleador, mismos que si se observan con detenimiento dan cuenta que los actores percibían el salario convenido, cuya periodicidad de pago correspondía a cada quince días, es decir, recibían el salario mensual pactado, pero pagaderos en dos contados. Entonces, la intención de las partes sobre el salario pactado, lo fue que aquellas sumas se cancelaran en dos partes iguales cada quince días, aspectos que también logra corroborarse con los testimonios de los señores Ruth Lorena Ardila Solano (directora jurídica), Yohana Andrea Muñoz Mancipe (profesional de recursos humanos) y Francisco Javier Cortina (coordinador de recursos humanos), testigos de la parte demandada, quienes arrojan notas distintivas de un escenario totalmente opuesto a lo que pretende los actores.

Lo anterior, se explica por cuanto a que aquellos relataron de forma precisa, coherente y sin dubitaciones que el salario devengado para los ayudantes de obra y civiles, como la labor ejercida por los trabajadores, correspondió a un salario mínimo legal mensual vigente, a excepción del señor Ever Manuel Conde Casas, quien devengó la suma $1.700.000 dada la labor desarrollada, pagaderos bajo quincenas, sin que de manera alguna evidencien que la intención de las partes fue que el salario pactado correspondiera únicamente a 15 días de trabajo y, por tanto, se deba otra proporción.

En este punto, resulta oportuno precisar que el apoderado de los demandantes oportunamente formuló tacha de sospecha contra los testigos de la parte demandada, por considerar que tiene un vínculo laboral con la aquí sociedad llamada a juicio, lo que afecta su parcialidad y certeza.

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

Precisión necesaria para denotar que los deponentes no tienen interés inclinado a beneficiar a la pasiva, en tanto que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja. Ello a partir de que los testigos fueron claros, contundentes y contestes al señalar que la intención de las partes no fue de que las sumas pagadas correspondiesen a 15 días de trabajo, en tanto que correspondió a 30 días, solo que eran pagaderos en quincenas, cuando está por demás decir que a juicio de la Sala no están imposibilitados para conocer en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que, como fue el caso de la señora Yohana Andrea Muñoz Mancipe, aquella fue quien realizó los

contratos de trabajo, mientras que el señor Francisco Javier Cortina, fue la persona que estuvo presente en la suscripción de los mismos, quien dejó claro las condiciones de la vinculación con cada uno de los demandantes; luego esas circunstancias son razones suficientes para que conocieran las condiciones reales del pacto.

Así las cosas, de las pruebas precedentemente reseñadas, la Sala concluye que las condiciones salariales convenidas por las partes, en las que el demandante apoyó sus pretensiones, no estan atadas a que las sumas devengadas se pagaran únicamente por quince días laborados, ya que el pago de los salarios, como se explicó, se entiende comprendido el sueldo ordinario que se recibía mensual. Y ahí precisamente es donde es claro el error de la censura en este aspecto, en la medida que cree o supone que, por el hecho de que en la cláusula del contrato de trabajo se anotó que "*EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios bajo la modalidad de Salario Ordinario Fijo Quincenal*", también era su obligación cancelarle al trabajador otros quince días de salario, pues, a la luz de lo anteriormente explicado, tal intención corresponde únicamente a la periocidad en el pago del salario mensual que percibía los trabajadores.

Ahora bien, también desacierta la censura al ligar dicha cláusula contractual, con el principio de favorabilidad, para así sostener que, como en este caso existe conflicto o duda sobre la aplicación de esta, prevalece la más favorable al trabajador. Al efecto, es pertinente poner de presente que, si bien el principio de favorabilidad se traduce que, ante diferentes interpretaciones lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, se escogerá la que produzca los efectos más favorables al trabajador, o que conduzca a resultados exitosos en su causa, lo cierto es que no es posible concluir, como lo sugiere la censura, que exista duda en la aplicación e interpretación jurídica sobre aquella, pues no evidencia la Sala que dicha estipulación admita varias interpretaciones, cuando quiera que la intención de las partes fue únicamente la de que la periodicidad en el pago del salario mensual se hiciere en quincenas y no por quince días de trabajo remunerado, aspecto que no presenta ninguna duda, por ende, no es posible invocar el aludido principio.

De otra parte, es pertinente agregar, que el reproche de la censura, referente a que el contrato es ley para las partes y, por tanto, la cláusula contractual debe ser aplicada sin mas miramientos, resulta del todo desatinado, toda vez que, en el presente caso, las partes contendientes nunca efectuaron un pacto de que las sumas allí indicadas en el contrato de trabajo, correspondiera a quince días de salario. Y en este punto llama la atención de la Sala, que, aunque es cierto, como lo dice los apelantes, que la relación laboral pactada fue producto del mutuo acuerdo en el ejercicio de la autonomía de la voluntad con cuenta las partes, sin embargo, no se puede desconocer precisamente bajo dicha circunstancia el contrato celebrado entre las partes, cuando quiera que no se presenta en esta vía judicial, prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento, o en su defecto, que sus cláusulas adolecieron de nulidad o contuvieran objeto o causa ilícita, por lo cual, siendo el contrato ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil y no encontrarse las referidas particularidades en el cuerpo de los mismos y sobre los cuales cimientan sus pretensiones, de ninguna forma pueden ser desechados; entendiéndose que aquel se ejecutó de buena fe y obliga no solo a lo que en ellos se expresa, sino también a las normas que por su naturaleza le pertenecen, según las voces del artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, ningún reproche merece la decisión a la que arribó la sentenciadora de primer grado, de ahí que a juicio de la Sala sea eficaz la forma en que se acordó el salario por la prestación del servicio de los aquí actores a favor de la encartada, en la

medida que, precisamente, no se pactó que las sumas allí indicadas correspondieran a una remuneración de quince días laborados, sino, que el salario mensual pactado sería cancelado por quincenas.

En todo caso, debe dejarse claro que tampoco los demandantes allegaron ningún medio de prueba para corroborar su dicho, es decir, que entre las partes se haya pactado otra forma de remunerar sus servicios personales, de ahí que no existiendo medio de convicción más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria de la Juez primigenia.

Costas. Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado.

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 20 de noviembre del 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

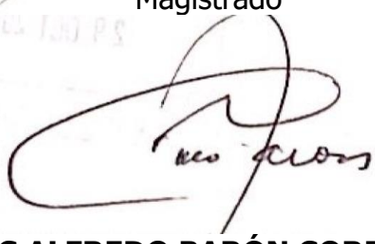
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: ***CONJUNTO RESIDENCIAL HORIZONTES PH***
DEMANDADO: ***POSITIVA S.A y COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***110013105-013-2018-0088-02***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA: ***REEMBOLSO APORTES***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiunos (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El conjunto residencial HORIZONTES PH a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a POSITIVA S.A. a reembolsar a su favor el mayor valor pagado por concepto de aportes a riesgos laborales de los señores Miguel Obando y Ezequiel Salgado, por los meses de septiembre, octubre, noviembre, y diciembre 2005, enero, junio, julio, octubre, y diciembre 2006, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, y diciembre 2007, febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto y septiembre de 2008; y que se garantice el exceso a la pensión de los señores Miguel Obando y Ezequiel Salgado.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que en el mes de febrero de 2009 la administradora del Conjunto Residencia Horizontes PH solicitó a la Oficina de Fiscalización del Seguro Social, hoy COLPENSIONES el estado de cuenta del Conjunto Residencial; que recibió información relativa al estado de cuenta de los señores Miguel Obando y Ezequiel Salgado correspondiente al fondo de riesgos profesionales y al ISS en pensión; que vía correo electrónico recibió los formatos de autoliquidación de aportes para proceder a realizar los pagos correspondientes, mismos que se diligenciaron y presentaron ante el Seguro Social para su verificación, así como

también para estampar el respectivo sello- pago exceptuado de pila-; que el total de pagos realizados en la planilla fueron imputados a favor de la Administradora de Riesgos Laborales; que el 20 de febrero de 2009 se realizó la consignación en el banco AV Villas de los aportes correspondiente de los señores Miguel Obando y Ezequiel Salgado; que la consignación debía ser abonada a la cuenta de pensión de los referidos señores; que se han presentado insistentes peticiones pero las respuestas no han sido positivas. Finalmente, que es claro que se cometieron graves errores en el proceso de asesoría, liquidación y pago de los aportes de los señores Miguel Obando y Ezequiel Salgado. (Fols. 1 a 11 y 64 a 74).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 88); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 POSITIVA S.A..: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el sustento de que en procura de proteger los recursos de la seguridad social, no tenía la facultad de devolver los aportes, ya que para la época en que se realizaron no contaba con la información que estaba en cabeza del extinto ISS; que tampoco es procedente realizar la devolución en la medida en que los mismos se encuentran prescritos; que de conformidad con el artículo 39 del Decreto 1406 de 1999, los errores que se presenten en la planilla de autoliquidación de aportes serán de responsabilidad exclusiva del aportante, por lo que en el presente asunto el empleador debe asumir las consecuencia de su actuar y pagar las cotizaciones a sus empleados como expresa la máxima jurídica "el que paga mal paga dos veces". Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación, falta de causa jurídica, prescripción, buena fe, y la genérica o innominada. (Fols. 94 a 104); sin embargo, mediante auto del 1 de agosto de 2018 se tuvo por no contestada (fol. 130).

3.2 COLPENSIONES.: Manifiesta que se atiene a lo que se pruebe y considere el despacho. Como excepciones de mérito rotuló las de declaratoria de otras excepciones y buena fe. (Fols. 159 a 163 y 175).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de agosto de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a la ARL POSITIVA S.A. a devolver a COLPENSIONES, los aportes efectuados en favor de los señores Ezequiel Salgado Ceballos y Luis Miguel Obando Escobar por parte de la demandante, al sistema general de pensiones, por los periodos de septiembre, octubre, noviembre, diciembre 2005; enero, junio, julio, octubre y diciembre de 2006; abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2007 y enero, febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto, septiembre de 2008, conforme a las planillas que reposan a folios 12 a 38 del expediente, pudiendo POSITIVA S.A. descontar lo correspondiente a riesgos laborales por los periodos pagados en las mencionadas planillas; condenó a COLPENSIONES a recibir los pagos señalados anteriormente y aplicarlos a la historia laboral de los afiliados mencionados; declaró no probada las excepciones, y condenó en costas a POSITIVA S.A. (fls. 197 a 199 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que de conformidad con el artículo 22 y 23 de la ley 100 de 1993, el empleador es el responsable del pago de los aportes al sistema de seguridad

social de sus empleados, asimismo se desprende tal obligación de lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1406 de 1999; no obstante, de conformidad con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia de radicado No 33375 del 2010, tal error en la planilla de autoliquidación de aportes no implica que por ejemplo el empleador deba responder por la contingencia o cubrir los riesgos, por lo tanto, frente al error que se presentó en el pago de los aportes por parte del demandante, debe corregirse tal situación ordenándose que la ARL POSITIVA S.A. donde fueron girados erróneamente los aportes, devuelva o traslade los mismos hacia COLPENSIONES, y a su vez esta los impute como aporte a pensión y proceda a cargarlos en la historia laboral.

Asimismo, consideró que si bien el empleador había interpuesto una acción de tutela solicitando a POSITIVA S.A. que devuelva los aportes, tal acción fue fallada de manera favorable en primera instancia, pero luego fue revocada, con lo cual, sobre el tema no hay lugar a estudiar la excepción de cosa juzgada.

Que de conformidad con la documental de folios 105 a 110, y 139, 446 y 148 se da cuenta que los dineros si entraron a POSITIVA S.A., con lo cual resulta procedente la orden de trasladar los mismos a COLPENSIONES.

Finalmente, precisó que no hay lugar a estudiar la excepción de prescripción, dado que frente a POSITIVA S.A. se le tuvo por no contestada la demanda, y COLPENSIONES no propuso tal excepción, quedando imposibilitada para estudiar de oficio tal medio exceptivo, ello de conformidad con el artículo 282 del CGP.

2. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por **POSITIVA S.A.,** quien solicitó que se revoque la decisión de instancia, ya que en el falló confutado no se estudió la conducta de la parte demandante, pues si bien es cierto se presentó un error en la planilla de autoliquidación, tal error es imputable a la parte demandante, quien no advirtió en tiempo de la irregularidad, y solo 10 años después reclama el reembolso de tales periodos, conducta que debe valorarse; que hubo desidia de la parte demandante en subsanar la falencia presentada; que la demandada ha actuado de buena fe y ha estado presta a darle solución a tal inconveniente; que la parte demandante dejó pasar mucho tiempo para reclamar. En definitiva, solicita que se revoque la decisión y se absuelva a la entidad demandada de todas las suplicas.

3. Alegatos de conclusión.

3.1 Colpensiones.: Solicita que se estudie en su integridad el fallo de primera instancia, ya que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Colpensiones.

3.2 Demandante: Solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que, al contrario de lo dicho por la demandada, no existe negligencia en efectuar el reclamo por parte de la parte demandante.

3.3 Positiva S.A.: Manifiesta que debe revocarse la decisión de primera instancia, ya que las consecuencias derivadas de la no presentación de la autoliquidación de aportes y errores que puedan presentarse son de entera responsabilidad del aportante, así mismo que Positiva S.A. ha actuado de buena fe.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte procesal 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, precisando que es improcedente estudiar la decisión de instancia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de POSITIVA S.A. como erradamente fue enviado el proceso por parte de la a quo, pues al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en proveídos STL7334-2020, y STL10479-2018, ha delineado la improcedencia de la consulta en favor de POSITIVA S.A., dado que si bien funge como entidad descentralizada del orden nacional con participación mayoritaria del Estado, de conformidad con las normas que la reglamentan no se infiere que *"la Nación sea garante de las obligaciones a su cargo".*

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consisten en establecer, ¿Sí hay lugar al reembolso o traslado de los aportes efectuados erróneamente, a cargo de POSITIVA S.A. y con destino a COLPENSIONES?

TRASLADO DE LOS APORTES POR INCONSISTENCIA EN LA PLANILLA DE AUTOLIQUIDACIÓN DE APORTES

Pues bien, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 establece que el empleador será responsable del pago de su aporte y el de los trabajadores a su servicio, y que en caso de no proceder a cancelar oportunamente los mismos en los plazos que para tal efecto de termine el Gobierno, debe asumir la sanción moratoria de que trata el artículo 23 *ibídem.*

Ahora, no es objeto de disenso o de reproche el que el empleador haya sufragado el aporte de los señores Miguel Obando y Ezequiel Salgado por fuera de los plazos legales, sino que el punto toral de discusión se circunscribe a que el aportante al no diligenciar en debida forma la planilla de autoliquidación de aporte mensual, terminó sufragando con destino a POSITIVA S.A. todo el aporte, sin discriminar el valor para cada uno de los subsistemas, dentro de los cuales se encuentra el de pensiones, contenido en la casilla B del numeral 14 de la planilla de autoliquidación, error que ahora mediante el proceso judicial pretende subsanar bajo la pretensión de que sean trasladados a COLPENSIONES, tal como lo fulminó la a quo; no obstante, la parte pasiva condenada se opone aduciendo que se debe valorar la conducta del empleador quien solo despuésde 10 años reclamó la corrección de tal error, y por ende, ninguna obligación se le puede imponer a su representada.

Bajo el anterior panorama, el artículo 39 del Decreto 1046 de 1999, establece que:

> *"Las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes* ***o de errores u omisiones en ésta****, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados,* ***serán responsabilidad exclusiva del aportante****.* (Negrilla fuera del texto)

Sobre la exegesis de tal articulado ha tenido la oportunidad de referirse la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radicación No 33375 del 20 de octubre de 2010, reiterada en la SL4455-2021, en la que tiene dicho que:

> *"El contenido de la responsabilidad a que se refiere la norma no conduce a*

esa consecuencia única. En cada caso deberán analizarse las secuelas jurídicas de las omisiones u errores del empleador, teniendo en cuenta otros factores que incidirán en su determinación, como serían el comportamiento de la administradora de cara a sus deberes legales frente al aportante incumplido, la entidad de la falta y sus efectos, de tal manera que la sanción resulte proporcional a la conducta irregular del patrono.

De ese modo, la consecuencia jurídica para el empleador que incurre en un error u omisión, será en unos casos que la prestación de la seguridad social esté a su cargo, en otros el pago de las cotizaciones con los intereses de mora, o que se corrijan las inexactitudes en estricta concordancia con la situación laboral real del afiliado presentando las pruebas pertinentes".

(…)

Por lo demás, la misma normatividad de la seguridad social prevé los mecanismos para corregir o enmendar los errores que se presentan en las autoliquidaciones lo cual es apenas lógico, porque lo contrario sería pensar que en esta materia las equivocaciones de buena fe serían insuperables. El artículo 23 del Decreto 1818 de 1996 -que modificó el artículo 31 del Decreto 326 de 1996 y que se dejó a salvo expresamente en la reglamentación llevada a cabo en el Decreto 1406 de 1999-, junto con el artículo 30 ibídem, los cuales deben ser leídos en armonía con la disposición acusada, contemplan la posibilidad de corrección de datos incluidos en la autoliquidación de aportes con excepción hecha de las afiliaciones retroactivas, y la procedencia de glosas por parte de la administradora entre otras, cuando se reporten novedades que no ocurrieron (literal c del artículo 30 citado), con el respectivo pago de la sanción por mora cuando a ello hubiere lugar.

Igualmente, establece el artículo 23 del Decreto 1818 de 1996, que:

"Cuando se incurra en errores en la autoliquidación de aportes presentada, la corrección por iniciativa del aportante, ***deberá reportarse una vez se detecte la inconsistencia****. Cuando la corrección es consecuencia de un requerimiento de la administradora, la corrección deberá reportarse a más tardar en el período siguiente al del requerimiento. En ambos casos las correcciones deberán reportarse en el formulario previsto en el artículo 15 de este Decreto, por el período correspondiente, incluyendo la liquidación de la sanción por mora, si a ella hubiere lugar, e indicado que se trata de una corrección".* (Negrilla fuera del texto).

Ello así, lo primero que viene a propósito colegir es que se equivoca el recurrente al manifestar que el aportante, aquí demandante solo después de más de 10 años presenta reclamación pretende subsanar el error, pues de la documental que descansa a folios 47 a 52 se extrae conclusión diferente, dado que el Conjunto Residencial Horizontes PH puso en conocimiento de la ARL POSITIVA S.A. el "error involuntario" para efectos de proceder a subsanar el mismo, documentales que datan del 26 de marzo de 2009 (fol. 47), septiembre 4 de 2009 (Fol. 49), y 15 de enero de 2010 (Fol. 51 a 52), sin que obre respuesta o trámite alguno por parte de POSITIVA S.A., a pesar de que tales documentales tienen sello de recibido con la anotación de "recibido para estudio no implica aceptación".

Lo anterior para derruir el argumento esbozado por el alzadista, pues la entidad reclamante se ciñó a lo establecido en el artículo 23 del Decreto 1818 de 1996, sin

que la entidad demandada se inmutara a darle trámite respectivo para efectos de corregir o hallar una solución a la situación planteada en la planilla de autoliquidación de aportes, lo que denota que la actitud de la parte actora fue diligente, muy al contrario de la actitud omisa asumida por la entidad demandada, con lo cual, de ninguna manera el error que se presentó en la planilla de autoliquidación de aportes por parte del aportante, puede generarle la pérdida de tal aporte, ya que de conformidad con lo previsto, el error es subsanable, y como lo menciona la sentencia traída a colación, cada situación debe analizarse desde sus particularidades para definir la consecuencia jurídica al respecto, y que de ninguna manera "*las equivocaciones de buena fe serían insuperables",* pues en el sub examine, si POSITIVA S.A. hubiere atendido las solicitudes presentadas por el aportante, no se hubiera recurrido a la vía judicial para que a través de una sentencia se ordene el traslado de los aportes a COLPENSIONES por efectos del error cometido en la planilla de autoliquidación de aportes.

Ahora, cuestión diferente es que el alzadista pretenda que proponiendo la discusión del paso del tiempo y la conducta de la entidad, se haga el estudio de la prescripción de manera implícita por el hecho de haberse tenido como no contestada la demanda, lo cual, de entrada considera la Sala que es improcedente, pues aquella no puede ser decretada de oficio por prohibición expresa del artículo 282 del CGP, que señala que, si no se formula este medio exceptivo oportunamente, se entiende que se renuncia a ella. A propósito, es preciso traer sobre tal aspecto a colación la sentencia SL 4767 de 2018, que indicó que *"la prescripción es renunciable, susceptible de interrupción o suspensión y solo será objeto de pronunciamiento judicial cuando se proponga como excepción"*

Finalmente, debe precisarse que en efecto la condena impuesta se ajusta a derecho, dado que la misma parte demandada hace la relación de los aportes recibidos en exceso, con el valor de la cotización a devolver (Fol. 148), lo que deja entrever, sin que sea objeto de disenso, que en efecto tal entidad recibió los aportes de la parte accionante, mismos que se encuentran soportados con las planillas allegadas, que corren a folios 19 a 46 del informativo.

Igualmente, acota la Sala que en lo que refiere a COLPENSIONES la orden impuesta solo se concreta en que debe recibir los aportes de POSITIVA S.A. e imputarlos como pagos al sistema general de pensiones, actualizándolos o cargándolos en la historia laboral de Miguel Obando y Ezequiel Salgado, orden que no reviste de mayor complejidad para hacer disquisiciones al respecto, pues constituye el mecanismo idóneo para subsanar el error que se presentó en la planilla de autoliquidación de aportes, máxime cuando fue a través del ISS, hoy COLPENSIONES que se efectuaron los aportes respectivos con planillas suministradas por el propio ISS, sin haber advertido que las mismas estaban mal diligenciadas.

En esa medida, sin que haya más por resolver, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de POSITIVA S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

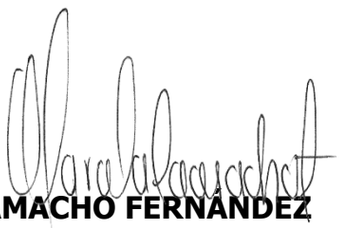
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de agosto de 2021, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, conforme la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de POSITIVA S.A. y a favor de CONJUNTO RESIDENCIAL HORIZONTES PH. Las costas de primera instancia se confirman.

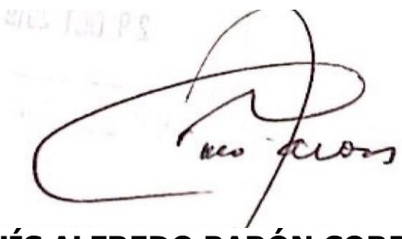
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de CONJUNTO RESIDENCIAL HORIZONTE PH y a cargo de POSITIVA S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***PATRICIA DEL PILAR QUESADA***
DEMANDADO:	***EAAB S.A. ESP***
RADICACIÓN:	***110013105-017-2019-00557-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONVENCIÓN COLECTIVA – MODALIDAD CONTRACTUAL***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiunos (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LINA MERCEDES SALAMACA FONSECA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la parte demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora PATRICIA DEL PILAR QUESADA PULIDO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP a que los contratos de trabajo de quienes se encontraban vinculados a la empresa para la fecha de la firma de la convención son a término indefinido; declarar que el contrato suscrito el 02 de enero del 2013 pactado a término fijo, junto con sus adiciones, en realidad y conforme a la Convención Colectiva es a término indefinido, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que entre la EAAB ESP y "SINTRASERPUCOL" se celebró el 24 de noviembre de 2015 una convención colectiva, en la que se pactó que quedaran vigentes las normas más favorables pactadas en convenciones anteriores; que el artículo 82 de la Convención Colectiva estipula que con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores todos los contratos que se suscriban entre la empresa y sus trabajadores serán celebrados a término indefinido; que el inciso 3° del artículo 82 de la Convención Colectiva establece que respecto de los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la

materia del trabajo; que el citado artículo 82 convencional delimita la contratación a término fijo solo en eventos de realización de una obra o labor determinada, o para la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, o para reemplazar a personal en vacaciones o licencias; que la actora se vinculó a la EAAB ESP mediante contrato a término fijo desde el 2 de enero del 2013, con duración hasta el 1° de julio de 2013; que el cargo para la cual fue contratada es el de Tecnólogo Administrativo Nivel 31, cargo que aún subsiste y también las causas que le dieron origen; que el citado contrato se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015; que el 03 de diciembre de 2015 se celebró un nuevo contrato a término fijo, mismo que el 27 de diciembre de 2016 se le insertó otro sí, prorrogándose hasta el 31 de diciembre de 2017, y así sucesivamente hasta la prorroga que va hasta el 31 de diciembre de 2019; que ha prestado sus servicios en favor del EAAB ESP de manera continua e ininterrumpida desde el 2 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2019, siempre en el mismo cargo.

Señala que ha obtenido una calificación sobresaliente en las distintas evaluaciones de desempeño; que el cargo desempeñado no es ocasional o transitorio; que al ser beneficiaria de la Convención Colectiva esta vinculada mediante contrato a término indefinido y por ende su estabilidad no esta sujeta a participar en el concurso al cual hace referencia los artículos 209 y 211 de la Convención Colectiva; que presentó agotamiento de la reclamación administrativa el 12 de julio de 2019, la cual fue atendida el 8 de agosto de 2019 de manera negativa; que la EAAB ESP abrió concurso para proveer el cargo que ocupa la trabajadora, desconociendo que se encuentra vinculada en la realidad mediante contrato a término indefinido. (Fols. 111 a 125 Archivo Exp. Digital).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 6 Archivo No 04 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de EAAB ESP.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que debe imperar el principio de interpretación jurídica que indica que donde la norma es clara no le es dable al interprete darle un alcance diferente, ello en la medida en que la actora pretende que se le dé un alcance que no corresponde a una norma convencional; que la actora busca deslegitimar, defraudar la CCT, ya que en últimas solicita que se avale jurisdiccionalmente que no presente concurso de méritos para que se le contrate a término indefinido. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, y la genérica (Fols. 126 a 164 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 07 de abril de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; declaró que el contrato que rige a las partes es a término fijo bajo las condiciones consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo; absolvió a la demandada EAAB ESP de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, imponiéndole costas procesales. (fls. 258 a 259 Exp. Digital con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que al revisarse el texto convencional aportado al proceso, se tiene que el artículo 82 de la Convención Colectiva establece que la vinculación por regla general debe hacerse a través de contratos a término indefinido y por excepción a través de contrato a término fijo en los eventos de que trata el artículo 83 de la Convención Colectiva; asimismo, que el artículo 83 convencional garantiza

los derecho de quienes ya se encontraban vinculados a la entidad, estableciendo que sus contratos se entenderían a término indefinido mientras subsistan las causas que le dieron origen.

Que en el caso concreto la actora se vinculó a la empresa el 21 de enero de 2013 bajo la modalidad de contrato a término fijo, mismo que se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015, prorrogas que se fundamentaron en la vigencia de la planta provisional, posteriormente a partir del 3 de diciembre de 2015 se suscribió un nuevo contrato a término fijo y el mismo se ha venido prorrogando y se encuentra vigente.

Que el vínculo que ataba a las partes fue con celebrado con posterioridad a la fecha de suscripción de la Convención Colectiva 2015-2019, es decir, inició el tres de diciembre de 2015, y la convención se suscribió el 02 de junio de 2015, con lo cual no le es aplicable el texto convencional referido a que los contratos vigentes con anterioridad a la suscripción de la convención se entenderían a término indefinido.

De igual forma, debe tenerse en cuenta el capítulo IV del texto convencional que establece la formalización laboral y un plan transitorio para pasar de una planta transitoria a una planta definitiva, y que el artículo 209 establece que serán 13.44 cargos de manera directa, permitiendo que 911 cargos pasaran a la planta actual definitiva inicialmente bajo contrato a término fijo y posteriormente bajo contrato a término indefinido previo el concurso de méritos.

Que mediante Acuerdo No 211 se realizó el concurso en la EAAB ESP, con la finalidad de llenar las vacantes bajo contrato a término indefinido, razón por la cual, el cambio de modalidad contractual debe ser una vez se supere el concurso de méritos, siendo que en el momento esta vinculada bajo un contrato a término fijo ajustado a las previsiones del artículo 82 de la Convención Colectiva, aunado a que precisamente el concurso de méritos garantiza su participación en igualdad de condiciones de quienes estén vinculados mediante contratos a termino fijo .

Que en ese orden, la contratación a término indefinido solo es posible una vez supere el concurso de méritos, lo que llevó a declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por la apoderada judicial de la parte **demandante**, quien manifiesta la sentencia debe ser revocada en su integridad y en su lugar se acojan las suplicas de la demanda; que el a quo desconoció el capítulo primero de la Convención Colectiva referente a los principios y derechos fundamentales, en el sentido de que cualquier interpretación que desconozca los derecho adquiridos de las Convenciones Colectivas anteriores serán ineficaces, es decir, quedan vigentes las normas anteriores; que no se tuvo en cuenta el indubio pro operario en el sentido de que cualquier duda se resuelve en favor del trabajador, y en la sentencia pasó al contrario, se resolvió a favor del empleador; que las cláusulas que vayan en contra del trabajador serán ineficaces, ante lo cual guardó silencio el a quo; que el artículo séptimo de la convención refiere al principio de favorabilidad, en la que prevalece la norma más favorable al trabajador; que al aplicar el capítulo de garantías laborales y el capítulo de la formalización laboral debía escogerse el primero, mismo que establece la prohibición de contratar a término fijo; que el litigio se fijó en la aplicación de los artículo 82 y 83, pero se terminó aplicando el capítulo IV de la formalización laboral; que el a quo no hizo valoración del artículo 82 de la Convención Colectiva de Trabajo,

mismo que establece claramente que todos los contratos serán celebrados a término indefinido; que no se tuvo en cuenta ni se valoró el inciso tercero del artículo 82 de la Convención Colectiva; que la convención colectiva fue suscrita el 24 de noviembre de 2015, fecha a partir de la cual los contratos de trabajo no pueden ser a término fijo; que de conformidad con el artículo 83 de la Convención Colectiva solo se puede contratar a término fijo para situaciones excepcionales y casos específicos; que la sentencia solo fijó las consideraciones en el concurso de méritos; que en lo relativo a la formalización no tuvo en cuenta que la transición de 5 años ya feneció el 30 de noviembre de 2020; que el Acuerdo 211 que hace alusión al concurso solo se abrió a partir del año 2019; que el concurso es abierto y la actora solo participa por ascender; que el a quo realiza una declaración que no fue pedida en la demanda.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante.: Manifiesta que se debe revocar la decisión de instancia y concederse las pretensiones; que el a quo pasó por alto que el régimen de transición pactado convencionalmente tuvo vigencia hasta el 30 de noviembre de 2020; que no se apreció el Acuerdo 24 del 20 de noviembre de 2015 en la que se dispuso la creación de 1.993 cargos vinculados a través de contrato de término indefinido, cargos en la que se encuentra el de la actora; que se presentó una errónea apreciación de las clausulas convencionales.

6.2 Demandada: Solicita que se confirme la decisión de instancia, para lo cual se debe seguir el precedente que ha fijado el Tribunal al respecto, aunado a que, de la cláusula convencional se desprende que para que la actora pueda ser vinculada a través de contrato de trabajo a término indefinido debe aplicar y aprobar el concurso de méritos.

7. 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 centran la atención de la Sala consiste en establecer, ¿De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 y 83 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la EAAB ESP y "SINTRASERPUCOL", la relación que une a las partes es bajo la modalidad de contrato de trabajo a término fijo o indefinido?

Existencia de contrato de trabajo

No existe controversia en cuanto a que la actora ha prestado sus servicios para la empresa demandada desde el 02 de enero de 2013 bajo la modalidad de contrato a término fijo, prorrogado hasta el 30 de noviembre de 2015 (Fols. 181 a 188); que luego con posterioridad se suscribió otro contrato de trabajo a término fijo desde el 31 de diciembre de 2016 (Fol. 189 y 191), vigente a la presentación de la demanda, ocupando el cargo de Tecnólogo Administrativo Nivel 31, lo cual es aceptado por la empresa accionada al contestar la demanda y se corrobora con la documental referida anteriormente.

Valor probatorio convenciones colectivas

Al respecto debemos remitirnos al art. 469 CST el cual establece que *"La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional del Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de estos requisitos la convención no produce ningún efecto".*

Frente al valor probatorio que se debe dar a las convenciones colectivas la CSJ en sentencia SL 1322-2019 señaló que no es posible exigir que se alleguen en copia auténtica, pues esto contraría el art. 54A del CPTSS, norma que dispone que los documentos o sus reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios, se reputan auténticos; sin embargo, afirma que esto no es excusa para no incorporarse con la respectiva nota de depósito en término ante el Ministerio de Trabajo, al tratarse de un requisito *sine qua non* previsto en el art. 469 del CST.

Al revisar la convención colectiva de trabajo allegada en el expediente digital, encuentra la Sala que aparece con el correspondiente sello de depósito (Fol.62), por tanto, puede ser valorada tal y como lo hizo el fallador de primera instancia.

Modalidad contractual Convención Colectiva

Es necesario precisar que tal y como lo aceptan las partes, la demandante es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el sindicato y la empresa demandada, aunado a que obra desprendible de nómina (Fol. 38) en la que se evidencia el respectivo descuento de cuota sindical a favor de SINTRASERPUCOL, siendo el punto neural la modalidad contractual que liga a las partes.

Para resolver el problema jurídico planteado es necesario remitirnos a al texto convencional (Fols. 76 a 77) en la cual se señaló lo siguiente:

> *Artículo 82. CLASE DE CONTRATO. Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido.*
>
> *La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterio de escalafón.*
>
> *Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entiéndase como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. (…)*
>
> *Artículo 83. CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO. La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.*

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.

(…)

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los específicos para cada evento"

Aquí, es oportuno traer a colación lo establecido por la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (SL4982-2017) respecto de la naturaleza y alcance de las disposiciones convencionales, a saber:

"De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo, conclusión que también encuentra asidero en los Convenios 98 y 154 de la OIT, en los que se define el derecho de negociación colectiva como uno de los procedimientos voluntarios idóneos de reglamentación, a través de acuerdos colectivos. Así, lo ha sentado en múltiples oportunidades la doctrina de esta Sala, entre otras, en las sentencias SL9561-1997; SL15987, SL16556 y SL16944, todas de 2001, CSJ SL15605-2016, y más recientemente en sentencia CSJ SL4934-2017.

Entonces, como el contrato colectivo producto de la autonomía de la voluntad de las partes mediante el cual sus suscriptores dictan disposiciones que constituyen verdadero derecho objetivo con efectos vinculantes -como bien lo entiende el recurrente según lo expuesto en el eje central de su ataque-, sus contenidos rebasan las facultades del juez del trabajo a quien le está vedado desconocerlos".

Igualmente, para efectos de desatar la alzada sea menester traer los discurrimientos vertidos en la sentencia SL351-2018, reiterada en la SL2816-2019, respecto a la valoración del contenido de los textos convencionales, a saber:

"La Corte debe insistir en este punto en que, a partir de parámetros objetivos como la filosofía del ordenamiento jurídico relacionado con el trabajo, la coherencia de un texto convencional, ***entendido como un todo, su lectura integral y uniforme****, el espíritu razonable de las disposiciones y la voluntad sistemática de las partes, entre otros, es posible reconocer un marco legítimo dentro del cual las partes pueden albergar dudas razonables respecto de ciertas cláusulas. Como toda norma jurídica,* ***la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que les da autonomía a las partes y al Juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles, pero que, a la vez, niega la validez de lecturas inaceptables, que traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas****".* (Negrilla fuera del texto)

Ello así, de entrada se debe decir que no le asiste razón al apoderado judicial de la parte activa, pues en línea de principio de la lectura desprevenida de los artículos 82 y 83 Convencional se puede colegir que en efecto la entidad demandada limitó la contratación de los trabajadores a través de la modalidad a término fijo, pues se puede establecer con meridiana claridad que por regla general la vinculación se realizará a través de contratos de duración indefinida y excepcionalmente, solo para las causales del artículo 83 se puede acudir a la contratación a término fijo, en ese orden, se itera, de la lectura desprevenida y fraccionada que propone el actor podría pensarse que conforme el cargo para la cual fue contratada la actora no era posible su vinculación a través de contrato a término fijo; no obstante, siguiendo los derroteros jurisprudenciales, debe tenerse en cuenta que el mismo artículo 82, inciso segundo expresa que: "*La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios de escalafón",* apartado que necesariamente remite a otros artículos del texto convencional, en especial a lo dispuesto en el capítulo IV referido a la formalización laboral, en el que se establece que *"las partes de común acuerdo manifiestan que se hace necesaria la transición de una planta transitoria de cargos de la Operación Comercial, Operativa y de Gestión Social a una planta definitiva de cargos al interior de la EAB-ESP con fundamento en lo que se acuerde en la mesa de negociación del pliego de peticiones presentado por el Comité de Empresa (…)"*

Seguidamente el artículo 209 establece que: "La EAB ESP y SINTRASERPUCOL acuerdan que los 1344 cargos creados para la operación directa de los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social, a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, los trabajadores serán vinculados a la EAB – ESP, conforme lo acordado, quedando así:

> *"PRIMERO. 911 cargos pasaran de la planta transitoria actual a la planta definitiva acordada, vinculándose los trabajadores inicialmente mediante contrato a término fijo prorrogables automáticamente hasta tanto se tienen las vacantes y posteriormente se vincularán mediante contrato a término indefinido, a través del proceso de concurso de méritos (…)"*

Lo anterior para decir que, no es objeto de controversia y quedó evidenciado de la prueba documental que el último vínculo laboral que une a las partes, es el que se suscribió desde el 03 de diciembre de 2015, con sus otro sí y prorrogas que mantienen aún a la actora en el desempeño de su cargo como Tecnóloga Administrativo Nivel 31, y en la que, efectivamente se trata de un cargo de la planta temporal, en la cual, la entidad demandada en estricto apego al acuerdo colectivo, mediante "otro sí" ha venido prorrogando el vínculo laboral con fundamento en que: *"teniendo en cuenta que existe la necesidad de mantener la presente contratación laboral, en virtud y en cumplimiento del (…) y artículo 209 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con SINTRASERPUCOL, (…) acuerdan PRORROGAR el vínculo laboral hasta el 31 de diciembre de 2018"* (Fol. 199)

En ese sentido, no fue errada la decisión del a quo, ya que en efecto de la lectura integra del texto convencional la Sala llega a la misma conclusión, pues si bien es cierto la regla general es la vinculación y contratación a través de contrato de trabajo a término indefinido, lo cierto es que, en el contexto del clausulado convencional entendido como un "todo" debe tenerse en cuenta que el vínculo de la actora con la entidad demandada es en un cargo de la planta provisional sometido a concurso de méritos, razón por la cual, resulta aplicable el artículo 209 convencional, mismo que

habilita al empleador la vinculación a través de contrato a término indefinido hasta tanto se tienen las vacantes y se supere el proceso de concurso de méritos, razón por la que, desde esa perspectiva, para que el contrato de la actora mute de duración fija a indefinida necesariamente se debe superar el concurso de méritos, y allí sí, se daría aplicación al inciso segundo del artículo 82 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Igualmente, considera la Sala que no es cierta la afirmación del apoderado recurrente en manifestar que el juez primigenio no hizo referencia al artículo 82 y 83 Convencional, cuestión diametralmente diferente es que no le dio el alcance que el apoderado pretende, por demás equivocado, ya que la prohibición del artículo 83 referida a que "*En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los específicos para cada evento",* debe entenderse en relación con los cargos de la planta definitiva, siendo que en el sub examine al existir una planta provisional debe darse aplicación al artículo 209, que permite la contratación a través de contrato a término fijo, y el cual tiene su razón de ser en la medida en que su existencia está condicionada a la provisión del mismo de carácter definitivo cuando se supere el concurso de méritos.

Ahora, respecto al apartado del artículo 82 referido a que: "*Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entiéndase como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo",* apuntala la Sala que ciertamente la fecha de suscripción de la Convención Colectiva 2015-2019 corresponde al 24 de noviembre de 2015 (Fol. 96), fecha para la cual estaba vigente el primer contrato (02 de enero de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2015); no obstante, el mismo feneció y se inició otro el 03 de diciembre de 2015, y así lo relata la parte actora en el libelo introductor en los hechos 15 y 16, sin que se haya pretendido en la demanda la declaratoria de unidad contractual o existencia de una sola relación laboral, y en ese orden, como quiera que el vínculo vigente es el que inició desde el 03 de diciembre de 2015, es decir, con posterioridad a la suscripción del acuerdo convencional, no podría aplicarse o entenderse que su contrato lo seria a término indefinido, máxime que por estar ostentando un cargo de carácter provisional quedó sometido a la regla del artículo 209 que habilita la suscripción a través de contrato a término fijo hasta tanto se mantenga la vacante y se provea con posterioridad mediante contrato a término indefinido previo el concurso de méritos.

Ahora, esgrime el apoderado judicial apelante que no se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad, ya que en su sentir debía aplicarse el artículo 82 y 83, sin tener en cuenta el capítulo IV (artículo 206) referido a la formalización laboral, ante lo cual, sobre el tema ha dicho la jurisprudencia que: *"dicho postulado es un método de aplicación normativa, el cual, junto con los principios de jerarquía, competencia, cronología y especialidad, busca eliminar las antinomias presentadas, cuando, al pretenderse subsumir los hechos del caso concreto a un supuesto normativo, resultan dos disposiciones aplicables, evento en el cual, se preferirá las más favorable al trabajador, con la condición, que se encuentren vigentes (sentencia de casación CSJ SL047-2019),* lo que no resulta configurarse en el sub examine, dado que no estamos frente a dos disposiciones aplicables, y si lo referido por el apelante es que se deje de lado el capítulo IV y se aplique el artículo 82 y 83 Convencional, debe decir la Sala que sería tanto como salirse del "*marco de interpretación razonable",* y

caer en interpretaciones "*irrazonables y desproporcionadas",* a la luz de las providencias atrás citadas.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el concurso de méritos y la vigencia de la transición en el paso de la planta provisional a la planta definitiva, son temas que escapan de la órbita de esta judicatura, por demás que ninguna cláusula convencional permite colegir que esos hechos lleven a mutar el vínculo laboral de fijo a indefinido. De igual manera, la declaratoria que hizo el a quo de que el vínculo que une a las partes es a término fijo no es equivoco, pues aquello es lo que se desprende de todo lo vertido anteriormente.

Razón por la cual no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

COSTAS

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada EAAB ESP, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

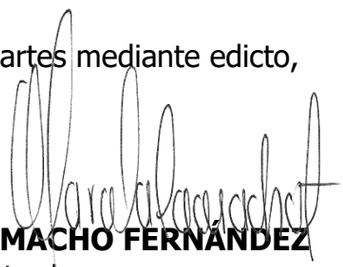
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de abril de 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la demandante, y a favor de la parte demandada. Las costas de primera instancia se confirman.

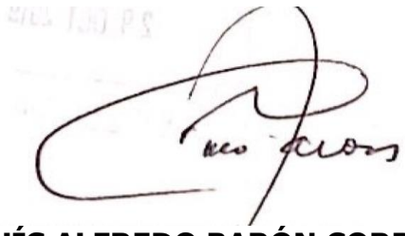
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandada EAAB ESP y a cargo de la demandante, el equivalente a 1/3 del SMMLV, esto es, la suma de $ 302.842.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARÍA EMILIA JIMENEZ SUAREZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***110013105-002-2019-00284-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – COMPAÑERA PERMANENTE DE AFILIADO.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SIMON ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora MARÍA EMILIA JIMENEZ SUAREZ a través de mandataria judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, y en consecuencia, se condene a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión se sobrevivientes en su calidad de compañera permanente de LUIS FERNANDO BARÓN (QEPD), a partir del 26 de diciembre de 2001, el retroactivo, los intereses moratorios o en su defecto la indexación y, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el señor Luis Fernando Barón Ardila falleció el 26 de diciembre de 2001, dejando cotizado al sistema general de pensiones administrado por el ISS más de 300 semanas antes del 01 de abril de 1994; que entre la actora y el señor Luis Fernando Barón Ardila convivieron en calidad de compañeros permanentes desde el 24 de diciembre de 1973 hasta la fecha de su deceso; que presentó reclamación de la prestación, pero le fue negada a través de resolución No 021611 de 2002, bajo el argumento de no reunir los requisitos exigidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, y en su lugar le fue reconocida la indemnización sustitutiva (Fols. 3 a 11)

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

3. Contestaciones: COLPENSIONES, se opone a todas las pretensiones invocadas con sustento en que a la parte actora le fue reconocida la indemnización sustitutiva conforme a la resolución No 021611 de 2002, en la medida en que el afiliado no reunía los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación y, la innominada o genérica (Fols. 46 a 58).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de abril de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a María Emilia Jiménez Suarez, la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente Luis Fernando Barón Ardila (q.e.p.d) a partir del 26 de diciembre de 2001 en cuantía de UN SMLMV, y el pago del retroactivo por valor de $4.621.974,95, sobre 14 mesadas anuales, correspondiente al periodo comprendido entre el 12 de abril de 2016 y el 30 de marzo de 2021, con los respectivos reajustes legales, debidamente indexado, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se causen hasta el momento efectivo del pago, las cuales también deberán indexarse; declaró probada la excepción de prescripción frente a las mesadas pensionales causadas con antelación al 12 de abril de 2016; autorizó los descuentos al sistema general de seguridad social en salud; autorizó que del retroactivo se descuente el valor cancelado por concepto de indemnización sustitutiva. Finalmente, condenó en costas a COLPENSIONES (fls. 1 a 4 Archivo Acta Exp. Digital y Audiencia virtual).

Entrando en materia frente al reconocimiento pensional, hizo alusión a que de conformidad con el criterio jurisprudencial, la pensión de sobrevivientes debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Luis Fernando Barón Ardila falleció el 26 de diciembre de 2001, le resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, cuyas exigencias pasó a verificarlas en el sub examine, encontrando que para la fecha de fallecimiento del causante, no se encontraba cotizando, razón por la que debía cumplir 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, las cuales no acredita, pues solo registra cotizaciones hasta el 30 de julio de 1999, debiendo entonces explorarse si acredita los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 en virtud de la condición más beneficiosa.

Manifestó que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debía acreditar en virtud del Acuerdo 049 de 1990, 300 semanas en cualquier tiempo, o 150 semanas en los últimos 6 años anteriores al fallecimiento y a la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, y en el caso concreto, acredita en total 665 semanas entre el 05 de abril de 1976 y el 01 de julio de 1999, de las cuales 519.72 son anteriores al 1 de abril de 1994, dejando causada la prestación.

En cuanto a los beneficiarios, adujo que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, debe acreditar la actora la calidad de beneficiaria y la dependencia

económica, siendo que el primero requisito se encuentra acreditado desde la expedición de la resolución No 021611 de 2002, en la que el ISS le otorga la indemnización sustitutiva en calidad de compañera permanente, y en cuanto al segundo requisito se acredita con los testimonios rendidos por Luis Guillermo Cantón y Gabriel Jiménez Godoy, quienes fueron contestes en afirmar que conocieron a la pareja, y además relataron circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se desarrolló la convivencia.

Así las cosas, procedió a ordenar que COLPENSIONES reconozca la pensión de sobrevivientes en cuantía de un salario mínimo legal mensual, y sobre 14 mesadas pensionales por haberse causado la prestación con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, junto con la indexación por efecto de la pérdida del valor adquisitivo, y con los respectivos descuentos al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 12 de abril de 2016, por cuanto el fallecimiento del causante fue el 26 de diciembre de 2001, la reclamación se presentó el 26 de abril de 2002, el cual fue resuelta negativamente mediante resolución No 022611 de septiembre de 2002 y la demanda se presentó el 12 de abril de 2019, es decir, transcurrió más del término trienal, entre la resolución que negó el derecho y la presentación de la demanda, por ende, hay lugar a la prosperidad parcial de este medio exceptivo.

Frente a los intereses moratorios impartió absolución con fundamento en que no son procedentes cuando se da aplicación a la condición más beneficiosa, es decir, que la prestación reconocida tiene génesis con la aplicación de la jurisprudencia, lo que conduce a apreciar que la negativa en el reconocimiento pensional fue fundamentada en la norma vigente, y por ende, ante su improcedencia ordenó la indexación de las mesadas por efecto de la devaluación de la moneda, desde su causación hasta la fecha efectiva del pago.

Ordenó a COLPENSIONES a que efectúe del retroactivo el descuento otorgado como indemnización sustitutiva, además de considerar que el reconocimiento de la indemnización no impide el reconocimiento y disfrute de la pensión de sobrevivientes.

5. Impugnación y límites del ad quem. La alzada fue presentada por las partes:

5.1 Demandante.: Solicita que se realice el cálculo del IBL y la tasa de reemplazo, ya que en su consideración la mesada pensional sería superior al salario mínimo legal, aunado a que debe tenerse en cuenta para su liquidación lo previsto en el artículo 20 del Decreto 049 de 1993 en lo relativo al IBL y tasa de reemplazo; que respecto al retroactivo liquidado es notoriamente errado, ya que no puede dar la suma de $4.621.974,95, por las mesadas causadas del 12 de abril de 2016 y el 30 de marzo de 2021; frente a los intereses moratorios precisó que los mismos si son procedentes, y para ello debe tenerse en cuenta la sentencia SL1681 de 2020; que en lo que refiere a la devolución de la indemnización sustitutiva, aquella no puede proceder de manera indexada, ya que debe tenerse en cuenta que la pensión de sobrevivientes solo la viene a percibir desde el año 2016, lo que resulta injusto y desproporcionado ordenar su devolución indexada.

5.2 Colpensiones.: Solicitó que se revoque la condena impartida de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ya que se le reconoció la indemnización sustitutiva

mediante resolución No 022611 de septiembre de 2002, y por ello, de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política y el Decreto 1730 de 2001, no puede percibir dos asignaciones del tesoro público, es decir, ambas prestaciones son incompatibles; que Colpensiones tuvo en cuenta en su momento la normatividad vigente, con la cual, no dejó causada la prestación al no acreditar el mínimo de semanas requeridas en el artículo 46 de la ley 100 de 1993.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: Solicita que se absuelva a la entidad enjuiciada, dado que no se acredita los requisitos para optar por la prestación reclamada, aunado a que ya se le reconoció la indemnización sustitutiva, el cual es incompatible con la pensión de sobrevivientes, y atentaría contra el artículo 128 Constitucional.

6.2 Demandante.: Solicita sea modificada la sentencia en lo que tiene que ver con el retroactivo pensional e indexación, y se acceda a los intereses moratorios.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes 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 y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La señora MARÍA EMILIA JIMENEZ SUAREZ reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor LUIS FERNANDO BARÓN ARDILA (QEPD)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo, y los intereses moratorios?

Fallecimiento

El señor Luis Fernando Barón Ardila (Q.E.P.D) falleció el 26 de diciembre de 2001, según registro civil de defunción obrante a folio 12.

Normatividad aplicable

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

Ello así, al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su tenor original, pues el causante falleció el 26 de diciembre de 2001.

Normativa que dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido siempre que éste hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas en cualquier tiempo si estaba cotizando activamente al momento de la muerte; o hubiere aportado veintiséis (26) semanas

dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, de no estar cotizando activamente.

Revisada la historia laboral del causante, advierte la Sala que, para el 26 de diciembre de 2001, se reporta activo no cotizante, dado que la última cotización fue hasta el 30 de julio de 1999 y, por ende, debía cumplir con veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, las cuales no acredita.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha ocupado de analizar las pensiones de sobrevivientes a la luz del principio de la condición más beneficiosa, adoctrinando que cuando un afiliado al ISS, tenga aportes antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, y fallece en vigencia del artículo 46 de esta normativa, sin duda alguna, acorde con dicho principio, sus causahabientes no pierden el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes conforme a lo previsto por los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990[1].

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL11548 de 2015, que rememoró la de radicado No 29042 del 26 de diciembre de 2006, tiene dicho que:

> *"En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.*
>
> *Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez –y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha pero contabilizando ese tiempo desde el 1º de abril de 1994 hacía atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento".*

Descendiendo al sub examine, al revisar el historial de cotizaciones, no es objeto de censura, y así se logra extraer de la historia laboral de cotizaciones que reposa a folios 132 y 133 del paginario, que el afiliado fallecido había reunido un total de 665 semanas cotizadas entre el 05 de abril de 1976 y el 31 de julio de 1999, de las cuales 519.71 semanas son inmediatamente anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 – comprendidos entre el 5 de abril de 1976 y el 1 de abril de 1994.

Conforme con lo anterior, es claro que el señor Luis Fernando Barón Ardila (Q.E.P.D) dejó causado la pensión de sobrevivientes.

Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente afiliado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en

[1] Sentencia de fecha 14 de julio de 2005, radicación 25090

forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de dos (2) años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho, salvo que haya procreado uno o más hijos con el fallecido.

En el sub examine, debe tenerse en cuenta que mediante resolución No 021611 del 24 de septiembre de 2002 (Fol. 13 y 14), el otrora ISS, hoy COLPENSIONES negó la pensión de sobrevivientes, y en su lugar procedió a reconocer la indemnización sustitutiva en favor de la aquí demandante como única beneficiaria, por lo que de entrada no habría lugar a estudiar la convivencia exigida por el artículo 47 de la ley 100 de 1993 en su versión original, dado que para que le sea otorgada la indemnización sustitutiva se requiere acreditar el mismo requisito para hacerse merecedora de la pensión de sobrevivientes, esto es, la calidad de beneficiaria, y así lo ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Radicación No 36134 del 28 de julio de 2009 y Radicación No 37387 del 3 de febrero de 2010, entre otras), en pronunciamiento de vieja data, así:

> *"Esta Sala de la Corte, sobre el particular tema, en proceso similar, inclusive contra el mismo ISS, en sentencia de 12 de diciembre de 2007, Rad. 31055 precisó que* <los beneficiarios de la indemnización sustitutiva a que hace referencia el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, son los mismos a los que se remite el artículo 47 ibídem, que señala quienes "son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes", entre los cuales incluye al compañero (a) permanente supérstite del afiliado o pensionado. Por lo tanto, si los requisitos para la pensión de vejez no estaban satisfechos para la fecha del fallecimiento, los eventuales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes son los mismos de la indemnización sustitutiva, lo que quiere decir que quienes no tuvieren la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, tampoco lo serán para la referida indemnización".

Además de lo dicho, acota la Sala que la discusión planteada en el sub lite no lo es la calidad de beneficiaria de la actora, sino el régimen aplicable y la densidad de semanas requeridas para causar la prestación, pues mientras el ISS en el año 2002 negó la prestación porque el causante no había cotizado las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, la parte actora aduce que debió darse aplicación a la condición más beneficiosa al contar con más de 300 semanas anteriores a 1994, aspecto que como se consideró en líneas anteriores ya se superó, y por tanto, ninguna consideración adicional hubiere sido necesaria en la primera instancia para proceder a reconocer la prestación a la actora.

No obstante, como la juez de primer grado procedió a realizar la valoración probatoria en punto a la convivencia exigida, aduce la Sala que en efecto, de la prueba testimonial recabada se logra extraer con suficiencia la convivencia del de cujus con la demandante en calidad de compañeros permanentes, pues los testigos Luis Guillermo Cantor Cantor y Gabriel Jiménez Godoy dieron cuenta que conocieron a la pareja desde hace 30 años, pues eran vecinos en el mismos barrio, compartieron

incluso época de bachillerato con el causante, y afirmaron que siempre los veían juntos, dieron cuenta de que tuvieron tres hijos, todos mayores de edad; que el causante era quien sostenía el hogar y la demandante se dedicaba a las labores del hogar; que compartían momentos como ir a jugar futbol, y siempre los veían juntos; que nunca supieron de separación entre la pareja.

Debe también tenerse en cuenta que los mencionados testigos por conducto del apoderado judicial de la pasiva ratificaron en audiencia lo expresado en las declaraciones extra juicio que en su momento para el año 2002 aportó la actora en el trámite administrativo de reconocimiento (fol. 26 y 29), encontrando la Sala que ninguna contradicción o inconsistencia se presenta entre la versión rendida en la declaración extra juicio y la que se vertió en el presente proceso.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó con suficiencia que MARIA EMILIA JIMENEZ SUAREZ convivió en calidad de compañera permanente con el óbito por espació superior a los 2 años anteriores al deceso (26/12/2001).

IBL pensión de sobrevivientes

Establece el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 que el monto mensual de la pensión de sobrevivientes será igual al 45% del IBL más el "2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación", e igualmente, "En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley".

En el caso bajo examen, la alzadista inconforme con el monto pensional calculado por la a quo, implora que la pensión inicial corresponde a un monto superior, debiéndose aplicar para el efecto el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, ante lo cual la Sala le responde que aquella petición esta llamada al fracaso, ya que si bien se aplicó el Acuerdo 049 de 1990 para efecto de la causación de la prestación, lo fue en lo tocante a la densidad de semanas con la cual le permitió, bajo la tesis de la condición más beneficiosa, hacerse al derecho prestacional, y en lo que respecta a los demás requisitos necesariamente debe estarse a lo que dispone la ley 100 de 1993, y así lo tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencia la SL2542-2021 y SL496-2018.

Ahora, en punto al IBL en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, los últimos diez años, la Sala procedió a realizar un nuevo cálculo, encontrando que el mismo corresponde a $476.221,43, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 51% por contar con 665 semanas en toda su vida laboral, es decir, 665 adicionales a las primeras 500, lo que le permite sumar un 6% al 45% establecido en el artículo 48 *ibídem*. En ese orden, al aplicarle el 51% al IBL de $476.221.43, nos arroja como primera mesada pensional el valor de $242.872,93 para el año 2001, suma que es inferior al salario mínimo de la época, el cual ascendía a $286.000, en consecuencia, se mantendrá incólume la decisión de instancia al respecto.

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que en efecto se encuentran afectadas a tal fenómeno jurídico algunas mesadas, dado que las mismas se

causaron a partir del 26 de diciembre de 2001; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción y el a quo determinó que las mesadas anteriores al 12 de abril de 2016 se encuentras prescritas, cumple relievar que, las mesadas se causaron a partir del 26 de diciembre de 2001, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó solicitud el 26 de abril de 2002 (Fol. 13), y fue negada a través de resolución No 021611 del 24 de septiembre de 2002, notificada el 09 de diciembre de 2002 (Fols. 13 a 14), y entre esta última resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 12 de abril de 2019 (fol. 34), transcurrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohijar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de antelación a la presentación de la demanda, esto es, las causadas con anterioridad al **12 de abril de 2016**, tal como a bien lo consideró la juez primigenia, debiéndose confirmar la decisión en este aspecto.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **$62.726.072**, correspondiente a las mesadas causadas entre 12 de abril de 2016 y el 31 de octubre de 2021, y a partir del 1º de noviembre de 2021 COLPENSIONES deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a $908.526, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión, fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	**IPC**	**# mesadas**	**Valor pensión (mínimo)**	**Total Retroactivo (mínimo)**
2016	5,75%	11	$ 689.454	$ 7.583.994
2017	4,09%	14	$ 737.717	$ 10.328.038
2018	3,18%	14	$ 781.242	$ 10.937.388
2019	3,80%	14	$ 828.116	$ 11.593.624
2020	1,61%	14	$ 877.803	$ 12.289.242
2021		11	$ 908.526	$ 9.993.786
			TOTAL	**$ 62.726.072**

Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de abril de 2016, se reconoció de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021), además porque la alzada de la actora estuvo referida a revisar el monto del retroactivo, respecto del cual considera la Sala que la a quo cometió un desatino, dado que notoriamente no podría corresponder la suma de $4.621.974,95, por mesadas causadas entre el 12 de abril de 2016 y el 30 de marzo de 2021.

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

Intereses moratorios

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, que coincide con la sentada ahora por nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1681-2020, según las cuales los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 199 se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior.**

Frente a su **causación**, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 22 de septiembre de 2021 (SL4321-2021), que se causan a partir del plazo máximo de 2 meses a que se refiere el artículo 1° de la ley 717 de 2001, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios **no opera** cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013). *(negrilla fuera de texto)*

En el punto concreto que plantea la parte actora, la Sala le dará la razón, dado que en línea de principio, se ha considerado que los intereses moratorios no proceden cuando la prestación se reconoce por la vía de la aplicación de la condición más beneficiosa, ello por cuanto se entiende que la negativa operó por aplicación minuciosa de la ley; no obstante, la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de dilucidar este tema y en sentencia SL3834-2021, al estudiar el problema jurídico consistente en: "*determinar si erró el tribunal en confirmar la decisión de primer grado, en lo relacionado con los intereses moratorios sobre la pensión de sobrevivientes que se reconoció bajo el criterio jurisprudencial de la condición más beneficiosa",* llegó a la conclusión que aquellos si son procedentes, siempre y cuando para la fecha en que se niegue la prestación ya haya una línea jurisprudencial sólida, y la misma es desconocida por la entidad de seguridad social.

Para mejor proveer, dijo la Corte:

> *De otro lado, para la fecha en que se radicó la demanda, 29 de mayo de 2018 (fl.48), encuentra la Sala que la situación es diferente, porque en ese momento se encontraba consolidada una línea jurisprudencial pacífica y uniforme, en el marco de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, específicamente, para la pensión de sobrevivientes en ambos regímenes y, a pesar de esto, la defensa de la administradora plasmada en la contestación de la demanda, consistió en negar rotundamente la procedencia de aplicar este principio, medular para la garantía de los derechos sociales y de la seguridad social, con el fin de oponerse al reconocimiento del derecho prestacional, posición que mantuvo y defendió a ultranza hasta que se resolvió el recurso de alzada.*
>
> *Por ello, es válido en este caso tomar los argumentos de fondo que tuvo a bien exponer la Sala en sentencia CSJ SL-3808-2020, para justificar la*

procedencia de los intereses moratorios, cuando al momento de resolverse la solicitud prestacional se encontraba consolidada la línea jurisprudencial pacífica y uniforme en torno a la condición más beneficiosa, pues con mayor razón en el sub lite son procedente, dado que el comportamiento de la demandada durante todo el proceso fue precisamente desconocer este principio.

Corolario de lo anterior, no le asiste razón a la censura al sostener que el fundamento de la negativa al derecho pensional obedeció al recto entendimiento de las normas legales, pues, al momento de la presentación de la demandada y su respectiva notificación se encontraba consolidada por esta Sala una línea pacífica y uniforme sobre la condición más beneficiosa para la pensión de sobrevivientes, aplicable en la sucesión normativa que se dio entre el acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993 en su versión original, al punto que no fue materia de ataque en esta sede casacional, la condena al reconocimiento pensional.

Ahora, respecto de que los intereses moratorios se hayan ordenado cancelar a partir de la ejecutoria de la sentencia del a quo, sobre las mesadas causadas a parir de dicha calenda, la Sala encuentra, que los mismos al igual que las mesadas pensionales resultaban afectados por la prescripción trienal, por lo tanto, era procedente ordenarlos desde la fecha a partir de la cual se ordenó el reconocimiento pensional, 30 de mayo de 2015, sin embargo, por no haber sido motivo de reproche por la demandada, la decisión en este aspecto permanece incólume.

Conforme lo anterior, dado que en el sub examine se presenta la misma situación fáctica de la sentencia traída a colación, incluso la negativa al reconocimiento sin tener en cuenta el principio de la condición más beneficiosa se dio el 23 de marzo de 1999, con mayor razón, en el presente asunto que ya para el año 2002 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mantenía una línea jurisprudencial uniforme respecto a la condición más beneficiosa respecto de la aplicación de la norma inmediatamente anterior, razón por la cual, considera la Sala en el sub examine, hay lugar a la imposición de los intereses moratorios, máxime que el otrora ISS, hoy COLPENSIONES ni siquiera hizo alusión al respecto en la resolución denegatoria.

En el caso de autos, inane resulta hacer disquisiciones respecto al término que tenía la entidad de seguridad social para reconocer la prestación, y la fecha en que incurrió en mora, ello debido a que operó el fenómeno de prescripción frente a las mesadas reconocidas con anterioridad al 12 de abril de 2016, y por lo tanto, al igual como lo consideró la Corte en la providencia citada, tales intereses deben traslaparse a la fecha en que se ordena el reconocimiento del retroactivo pensional, esto es, a partir del 12 de abril de 2016, y se extenderán hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación, aplicando en estricto sentido los parámetros establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Compensación indemnización sustitutiva

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha delineado que tal condena es procedente *"con el fin de evitar un pago que genere un detrimento económico a la entidad de seguridad social, esta podrá deducir lo que pagó al reclamante por concepto de*

indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes" (SL5037-2020), en ese orden, se confirmará la decisión de instancia que ordenó que del retroactivo causado se deduzca lo correspondiente al valor reconocido por indemnización sustitutiva mediante resolución No 021611 del 24 de septiembre de 2002 (Fols. 13 a 14), indemnización que debe devolverse debidamente indexada desde la fecha de su reconocimiento hasta cuando se vaya a efectuar la respectiva deducción sobre el retroactivo causado, ello debido a la pérdida del poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario.

Considera la Sala que la alzada referida a que la devolución de la indemnización no se haga debidamente indexada, no prospera, pues el hecho de que a la actora le hayan prescrito las mesadas causadas con anterioridad al 12 de abril de 2016 no constituye motivo para que COLPENSIONES deba ahora recibir un valor desactualizado por concepto de indemnización sustitutiva, máxime cuando el fin de tal devolución es que no se genere detrimento económico a la entidad de seguridad social.

Finalmente, en lo que respecta a la alzada de COLPENSIONES relativa a la incompatibilidad, con lo dicho ampliamente en precedencia se deja claro que el hecho de que la actora en el año 2002 haya recibido la indemnización sustitutiva, no le impedía que con posterioridad pretenda el reconocimiento pensional, mismo que fue negado injustamente por el ISS sin tener en consideración el principio de la condición más beneficiosa, y de igual manera, se trata de un derecho de carácter irrenunciable.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, la revocatoria de la indexación, para en su lugar, imponer los intereses moratorios, impartiéndose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, ya que, pese a la formulación del recurso de apelación, la sentencia se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y además el recurso de apelación de la actora solo prosperó parcialmente. Las de primera instancia se confirman.

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 **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia proferida el 26 de abril de 2021 por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

> *"**SEGUNDO**: **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la señora MARIA EMILIA JIMENEZ SUAREZ, la pensión de sobrevivientes, y la suma de **$62.726.072,** como retroactivo pensional causado desde el 12 de abril de 2016 hasta el 31 de octubre de 2021. A partir del 1º de noviembre de 2021, COLPENSIONES, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de $*

908.526, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.

***Parágrafo: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 12 de abril de 2016, sobre las mesadas causadas a partir del 12 de abril de 2016, y las que se sigan causando hasta la fecha efectiva del pago de la obligación, intereses que se calcularan teniendo en cuenta la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.*

***QUINTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES a descontar del retroactivo el valor cancelado por concepto de indemnización sustitutiva, debidamente indexado, desde la fecha en que se reconoció a la demandante hasta la fecha en que se procederá a realizar la deducción sobre el retroactivo".*

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. De las de primera, se confirman.

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-*

CALCULO IBL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DIAS	**3600**
F. FINAL	31-dic-21		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-ene-67	31-ene-67					2000	43,27	1966	0,09
1-ago-83	31-ago-83	$ 17.790	2	$ 542.269	$ 301	2000	43,27	1982	1,42
1-sep-83	30-sep-83	$ 17.790	30	$ 542.269	$ 4.519	2000	43,27	1982	1,42
1-oct-83	31-oct-83	$ 17.790	31	$ 542.269	$ 4.670	2000	43,27	1982	1,42
1-nov-83	30-nov-83	$ 17.790	30	$ 542.269	$ 4.519	2000	43,27	1982	1,42
1-dic-83	31-dic-83	$ 17.790	31	$ 542.269	$ 4.670	2000	43,27	1982	1,42
1-ene-84	31-ene-84	$ 17.790	31	$ 464.984	$ 4.004	2000	43,27	1983	1,66
1-feb-84	29-feb-84	$ 17.790	29	$ 464.984	$ 3.746	2000	43,27	1983	1,66
1-mar-84	31-mar-84	$ 17.790	31	$ 464.984	$ 4.004	2000	43,27	1983	1,66
1-abr-84	30-abr-84	$ 17.790	31	$ 464.984	$ 4.004	2000	43,27	1983	1,66
1-may-84	31-may-84	$ 17.790	31	$ 464.984	$ 4.004	2000	43,27	1983	1,66
1-jun-84	30-jun-84	$ 17.790	30	$ 464.984	$ 3.875	2000	43,27	1983	1,66
1-jul-84	31-jul-84	$ 17.790	31	$ 464.984	$ 4.004	2000	43,27	1983	1,66
1-ago-84	31-ago-84	$ 17.790	31	$ 464.984	$ 4.004	2000	43,27	1983	1,66
1-sep-84	30-sep-84	$ 17.790	30	$ 464.984	$ 3.875	2000	43,27	1983	1,66
1-oct-84	31-oct-84	$ 17.790	31	$ 464.984	$ 4.004	2000	43,27	1983	1,66
1-nov-84	30-nov-84	$ 17.790	30	$ 464.984	$ 3.875	2000	43,27	1983	1,66

1-dic-84	31-dic-84	$ 17.790	31	$ 464.984	$ 4.004	2000	43,27	1983	1,66
1-ene-85	31-ene-85	$ 17.790	31	$ 393.017	$ 3.384	2000	43,27	1984	1,96
1-feb-85	28-feb-85	$ 17.790	28	$ 393.017	$ 3.057	2000	43,27	1984	1,96
1-mar-85	31-mar-85	$ 17.790	31	$ 393.017	$ 3.384	2000	43,27	1984	1,96
1-abr-85	30-abr-85	$ 21.420	30	$ 473.210	$ 3.943	2000	43,27	1984	1,96
1-may-85	31-may-85	$ 21.420	31	$ 473.210	$ 4.075	2000	43,27	1984	1,96
1-jun-85	30-jun-85	$ 21.420	30	$ 473.210	$ 3.943	2000	43,27	1984	1,96
1-jul-85	31-jul-85	$ 21.420	31	$ 473.210	$ 4.075	2000	43,27	1984	1,96
1-ago-85	31-ago-85	$ 21.420	31	$ 473.210	$ 4.075	2000	43,27	1984	1,96
1-sep-85	30-sep-85	$ 21.420	30	$ 473.210	$ 3.943	2000	43,27	1984	1,96
1-oct-85	31-oct-85	$ 21.420	31	$ 473.210	$ 4.075	2000	43,27	1984	1,96
1-nov-85	30-nov-85	$ 21.420	30	$ 473.210	$ 3.943	2000	43,27	1984	1,96
1-dic-85	31-dic-85	$ 21.420	31	$ 473.210	$ 4.075	2000	43,27	1984	1,96
1-ene-86	31-ene-86	$ 21.420	31	$ 386.441	$ 3.328	2000	43,27	1985	2,40
1-feb-86	28-feb-86	$ 21.420	28	$ 386.441	$ 3.006	2000	43,27	1985	2,40
1-mar-86	31-mar-86	$ 21.420	31	$ 386.441	$ 3.328	2000	43,27	1985	2,40
1-abr-86	30-abr-86	$ 21.420	30	$ 386.441	$ 3.220	2000	43,27	1985	2,40
1-may-86	31-may-86	$ 21.420	31	$ 386.441	$ 3.328	2000	43,27	1985	2,40
1-jun-86	30-jun-86	$ 25.530	30	$ 460.590	$ 3.838	2000	43,27	1985	2,40
1-jul-86	31-jul-86	$ 25.530	31	$ 460.590	$ 3.966	2000	43,27	1985	2,40
1-ago-86	31-ago-86	$ 25.530	31	$ 460.590	$ 3.966	2000	43,27	1985	2,40

1-sep-86	30-sep-86	$ 25.530	30	$ 460.590	$ 3.838	2000	43,27	1985	2,40
1-oct-86	31-oct-86	$ 25.530	31	$ 460.590	$ 3.966	2000	43,27	1985	2,40
1-nov-86	30-nov-86	$ 25.530	30	$ 460.590	$ 3.838	2000	43,27	1985	2,40
1-dic-86	31-dic-86	$ 25.530	31	$ 460.590	$ 3.966	2000	43,27	1985	2,40
1-ene-87	31-ene-87	$ 25.530	31	$ 380.762	$ 3.279	2000	43,27	1986	2,90
1-feb-87	28-feb-87	$ 39.310	28	$ 586.281	$ 4.560	2000	43,27	1986	2,90
1-mar-87	31-mar-87	$ 39.310	31	$ 586.281	$ 5.049	2000	43,27	1986	2,90
1-abr-87	30-abr-87	$ 39.310	30	$ 586.281	$ 4.886	2000	43,27	1986	2,90
1-may-87	31-may-87	$ 39.310	31	$ 586.281	$ 5.049	2000	43,27	1986	2,90
1-jun-87	30-jun-87	$ 39.310	30	$ 586.281	$ 4.886	2000	43,27	1986	2,90
1-jul-87	31-jul-87	$ 39.310	31	$ 586.281	$ 5.049	2000	43,27	1986	2,90
1-ago-87	31-ago-87	$ 39.310	31	$ 586.281	$ 5.049	2000	43,27	1986	2,90
1-sep-87	30-sep-87	$ 39.310	30	$ 586.281	$ 4.886	2000	43,27	1986	2,90
1-oct-87	31-oct-87	$ 39.310	31	$ 586.281	$ 5.049	2000	43,27	1986	2,90
1-nov-87	30-nov-87	$ 39.310	30	$ 586.281	$ 4.886	2000	43,27	1986	2,90
1-dic-87	31-dic-87	$ 39.310	31	$ 586.281	$ 5.049	2000	43,27	1986	2,90
1-ene-88	31-ene-88	$ 39.310	31	$ 472.754	$ 4.071	2000	43,27	1987	3,60
1-feb-88	29-feb-88	$ 39.310	29	$ 472.754	$ 3.808	2000	43,27	1987	3,60
1-mar-88	31-mar-88	$ 39.310	31	$ 472.754	$ 4.071	2000	43,27	1987	3,60
1-abr-88	30-abr-88	$ 39.310	30	$ 472.754	$ 3.940	2000	43,27	1987	3,60
1-may-88	31-may-88	$ 39.310	31	$ 472.754	$ 4.071	2000	43,27	1987	3,60

1-jun-88	30-jun-88	$ 39.310	30	$ 472.754	$ 3.940	2000	43,27	1987	3,60
1-jul-88	31-jul-88	$ 39.310	31	$ 472.754	$ 4.071	2000	43,27	1987	3,60
1-ago-88	31-ago-88	$ 54.630	31	$ 656.996	$ 5.657	2000	43,27	1987	3,60
1-sep-88	30-sep-88	$ 54.630	30	$ 656.996	$ 5.475	2000	43,27	1987	3,60
1-oct-88	31-oct-88	$ 54.630	31	$ 656.996	$ 5.657	2000	43,27	1987	3,60
1-nov-88	30-nov-88	$ 54.630	30	$ 656.996	$ 5.475	2000	43,27	1987	3,60
1-dic-88	31-dic-88	$ 54.630	31	$ 656.996	$ 5.657	2000	43,27	1987	3,60
1-ene-89	31-ene-89	$ 54.630	31	$ 512.801	$ 4.416	2000	43,27	1988	4,61
1-feb-89	28-feb-89	$ 54.630	28	$ 512.801	$ 3.988	2000	43,27	1988	4,61
1-mar-89	31-mar-89	$ 54.630	31	$ 512.801	$ 4.416	2000	43,27	1988	4,61
1-abr-89	30-abr-89	$ 54.630	30	$ 512.801	$ 4.273	2000	43,27	1988	4,61
1-may-89	31-may-89	$ 54.630	31	$ 512.801	$ 4.416	2000	43,27	1988	4,61
1-jun-89	30-jun-89	$ 54.630	30	$ 512.801	$ 4.273	2000	43,27	1988	4,61
1-jul-89	31-jul-89	$ 123.210	31	$ 1.156.549	$ 9.959	2000	43,27	1988	4,61
1-ago-89	31-ago-89	$ 123.210	31	$ 1.156.549	$ 9.959	2000	43,27	1988	4,61
1-sep-89	30-sep-89	$ 123.210	30	$ 1.156.549	$ 9.638	2000	43,27	1988	4,61
1-oct-89	31-oct-89	$ 123.210	31	$ 1.156.549	$ 9.959	2000	43,27	1988	4,61
1-nov-89	30-nov-89	$ 123.210	30	$ 1.156.549	$ 9.638	2000	43,27	1988	4,61
1-dic-89	31-dic-89	$ 123.210	31	$ 1.156.549	$ 9.959	2000	43,27	1988	4,61
1-ene-90	31-ene-90	$ 123.210	31	$ 917.436	$ 7.900	2000	43,27	1989	5,81
1-feb-90	28-feb-90	$ 70.260	28	$ 523.164	$ 4.069	2000	43,27	1989	5,81

1-mar-90	31-mar-90	$ 70.260	31	$ 523.164	$ 4.505	2000	43,27	1989	5,81
1-abr-90	30-abr-90	$ 70.260	30	$ 523.164	$ 4.360	2000	43,27	1989	5,81
1-may-90	31-may-90	$ 70.260	31	$ 523.164	$ 4.505	2000	43,27	1989	5,81
1-jun-90	30-jun-90	$ 70.260	30	$ 523.164	$ 4.360	2000	43,27	1989	5,81
1-jul-90	31-jul-90	$ 70.260	31	$ 523.164	$ 4.505	2000	43,27	1989	5,81
1-ago-90	31-ago-90	$ 88.070	16	$ 655.780	$ 2.915	2000	43,27	1989	5,81
1-mar-94	31-mar-94	$ 98.700	30	$ 286.038	$ 2.384	2000	43,27	1993	14,93
1-abr-94	30-abr-94	$ 98.700	30	$ 286.038	$ 2.384	2000	43,27	1993	14,93
1-may-94	31-may-94	$ 98.700	31	$ 286.038	$ 2.463	2000	43,27	1993	14,93
1-jun-94	30-jun-94	$ 98.700	30	$ 286.038	$ 2.384	2000	43,27	1993	14,93
1-jul-94	31-jul-94	$ 98.700	31	$ 286.038	$ 2.463	2000	43,27	1993	14,93
1-ago-94	31-ago-94	$ 98.700	31	$ 286.038	$ 2.463	2000	43,27	1993	14,93
1-sep-94	30-sep-94	$ 98.700	30	$ 286.038	$ 2.384	2000	43,27	1993	14,93
1-oct-94	31-oct-94	$ 98.700	31	$ 286.038	$ 2.463	2000	43,27	1993	14,93
1-nov-94	30-nov-94	$ 98.700	30	$ 286.038	$ 2.384	2000	43,27	1993	14,93
1-dic-94	31-dic-94	$ 98.700	31	$ 286.038	$ 2.463	2000	43,27	1993	14,93
1-ene-95	31-ene-95	$ 118.933	30	$ 281.322	$ 2.344	2000	43,27	1994	18,29
1-feb-95	28-feb-95	$ 118.933	30	$ 281.322	$ 2.344	2000	43,27	1994	18,29
1-mar-95	31-mar-95					2000	43,27	1994	18,29
1-abr-95	30-abr-95	$ 118.933	30	$ 281.322	$ 2.344	2000	43,27	1994	18,29
1-may-95	31-may-95	$ 118.933	30	$ 281.322	$ 2.344	2000	43,27	1994	18,29
1-jun-95	30-jun-95					2000	43,27	1994	18,29

1-jul-95	31-jul-95	$ 237.866	30	$ 562.644	$ 4.689	2000	43,27	1994	18,29
1-mar-97	31-mar-97	$ 172.005	30	$ 280.331	$ 2.336	2000	43,27	1996	26,55
1-ene-98	31-ene-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-feb-98	28-feb-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-mar-98	31-mar-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-abr-98	30-abr-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-may-98	31-may-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-jun-98	30-jun-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-jul-98	31-jul-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-ago-98	31-ago-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-sep-98	30-sep-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-oct-98	31-oct-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-nov-98	30-nov-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-dic-98	31-dic-98	$ 204.000	30	$ 282.675	$ 2.356	2000	43,27	1997	31,23
1-ene-99	31-ene-99	$ 204.000	30	$ 242.327	$ 2.019	2000	43,27	1998	36,42
1-feb-99	28-feb-99	$ 237.000	30	$ 281.527	$ 2.346	2000	43,27	1998	36,42
1-mar-99	31-mar-99	$ 237.000	30	$ 281.527	$ 2.346	2000	43,27	1998	36,42
1-abr-99	30-abr-99	$ 237.000	30	$ 281.527	$ 2.346	2000	43,27	1998	36,42
1-may-99	31-may-99	$ 237.000	30	$ 281.527	$ 2.346	2000	43,27	1998	36,42
1-jun-99	30-jun-99	$ 237.000	30	$ 281.527	$ 2.346	2000	43,27	1998	36,42
1-jul-99	31-jul-99	$ 237.000	30	$ 281.527	$ 2.346	2000	43,27	1998	36,42

TOTAL DIAS	3600
	514,2
TOTAL SEMANAS	9

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	$ 476.221,43
SEMANAS COTIZADAS	514
PENSION A RECONOCER	$ 242.872,93
PORCENTAJE APLICADO	51%
PENSION RECONOCIDA	0
DIFERENCIA	$ 242.872,93

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: SODIMAC COLOMBIA S.A.S.
DEMANDADO: EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.
RADICACIÓN: 31-2020-00407-01
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA PARTES - MODIFICA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Sodimac Colombia S.A.S. instauró demanda ordinaria contra EPS Servicio Occidental de Salud S.A. con el propósito de que se condene a la demandada a pagar la suma de $95.193.868, por concepto de incapacidad laborales, licencias de maternidad y paternidad, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que vinculó laboralmente a los siguientes trabajadores:

TRABAJADORES		
LUIS ALBERTO AGUIRRE LÓPEZ	EDITH JASBEIDY GONZÁLEZ RESTREPO	LEIDY JOHANA PASTRANA GONZÁLEZ
CRISTHIAN DAVID AMARILES CASTAÑEDA	ISLENY GRAJALES MEJÍA	HAROLD ANDRÉS PAZ BURBANO
BERNARDO BARRERO PAVA	EDWIN ANDRÉS GUEVARA VARGAS	YANNY CRISTIAN PIEDRAHITA MARÍN
SANDRA VIVIANA BURGOS MORALES	NÉSTOR FABIAN GUTIÉRREZ LÓPEZ	STIVEN POTES BARRETO
MARIO ALEXANDER CANO BERNAL	JUAN CAMILO HENAO ARISTIZÁBAL	MARIO ANDRÉS PRIMO NEIRA
DAYSYS CARABAL RODRÍGUEZ	SALOMÓN HIDALGO CASTILLO	JHON ALEXIS QUINTERO MANZANO
WILMAR CASTAÑO RODRÍGUEZ	WILMAR ANDRÉS LARA PLAZAS	CLAUDIA LORENA RENGIFO RENDON
YUDIAN PRINTE CASTILLO CORREA	MARCO ANTONIO LASSO DÍAZ	ADRIANA MARÍA RIVERA GUTIÉRREZ
ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ DAVID	FABIO NELSON LÓPEZ PALOMINO	LINA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
ANDREA CORAL RAMOS	BLANCA NELLY LÓPEZ SANTA	CESAR IVÁN RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

TRABAJADORES		
DOLLY ANGELICA CUASAPUD ARROYAVE	CLAUDIA PATRICIA MANZANO MOSQUERA	JERRY ALFONSO SALAZAR HURTADO
JHONNY LEONARDO CUBILLOS CASTAÑO	JOHAN FELIPE MARTÍNEZ RAMÍREZ	YURANY ANDREA SÁNCHEZ CASTRO
JUAN CAMILO ECHEVERRY VIDAL	CRISTIAN ANDRÉS MENA ZAPATA	GUILIANO EZNEYDER SERNA JARA
YURLENI ESCOBAR CHAGUENDO	DIEGO FELIPE MENESES GÓMEZ	DIEGO FERNANDO SEVILLANO URRUTIA
GUSTAVO ADOLFO FONTAL VARGAS	ALEXANDER MILLÁN IBÁÑEZ	SANDRA MILENA SIERRA GALEANO
CHRISTIAN ANDRÉS FORTY TIMOTE	NICOLAS MISAS RÚA	ROCÍO MILEIDY TAMAYO MUÑOZ
JENNY LORENA GALLEGO VELÁZQUEZ	CARMEN CECILIA MOLINA TASCÓN	YRY ANDREA TASCÓN GONZÁLEZ
NELSIN BEATRIZ GALVIS ESCOBAR	ANGELA PATRICIA MOSQUERA GÓMEZ	MARLÍN TRUJILLO RUIZ
ARTURO ELÍAS GALVIS VALENCIA	SANDRA ELIZABETH NOREÑA CUARTAS	YULDER VALENCIA OROBIO
LINA MARÍA GARCÍA RAMÍREZ	JOSÉ RAMIRO ORTIZ OROZCO	SANTIAGO VALENCIA VALENCIA
ANDRÉS FELIPE GIRALDO BLANDÓN	HERICA OSPINA MARTÍNEZ	MARÍA NORNELVI VANEGAS GUTIÉRREZ
MARLEN XIMENA GIRALDO SOMERA	JOHN EDINSON OTERO BRITO	CHRISTIAN ANDRÉS VARELA URIBE
FELIPE GONZÁLEZ GARCES	DIANA PATRICIA PADILLA RÍOS	SEBASTIÁN VEGA MORIONES
		JOHAN ANDRÉS VINASCO GIRÓN

Indicó que, en el ejercicio de su derecho a la libre escogencia, los citados trabajadores decidieron afiliarse a la entidad accionada, quienes recibieron asistencia por parte de esta, generando en diferentes oportunidades incapacidades médicas por enfermedad general, prórrogas de las mismas y licencias (maternidad y/o paternidad), mismas que fueron radicadas y tramitadas, conforme a lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Refirió que la accionada se ha negado a realizar el pago de dichas prestaciones económicas, alegando una supuesta mora en el pago de las cotizaciones, aspecto que carece de verdad, toda vez que la misma EPS expidió sendos paz y salvos, además, aquella no adelantó ninguna acción de cobro, ni reclamación alguna tendiente a cobrar la supuesta mora (Expediente electrónico, PDF 001. DEMANDA_13_11_2020 11_10_02 y 015- SUBSANACIÓN).

2. Contestación de demanda. En auto adiado del 16 de marzo del 2021, se tuvo por no contestada la demanda. (Expediente electrónico, PDF 023. 11001310503120200040700 TIENE POR NO CONTESTADA, FECHA)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de julio del 2021, mediante la cual la Juzgadora condenó a la convocada a reconocer y pagar a favor de la sociedad accionante la suma de $76.059.154 por concepto de devolución de incapacidades, intereses moratorios y costas del proceso.

Para arribar a tal decisiva señaló, luego de citar lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política y los artículos 152, 157, 202 y 203 de la Ley 100 de 1993, indicó que efectivamente las personas por las que se está adelantando la reclamación se encuentran afiliadas a la EPS demandada. Conforme a ello, sostuvo que, si bien la parte enjuiciada alegó que el empleador se encontraba en mora en el pago de aportes al subsistema de seguridad social en salud, no obstante, dentro del proceso obran certificaciones expedidas por la misma entidad en las que se indican que la activa se encuentra a paz y salvo por dichos conceptos por lo menos al mes de noviembre del año 2019, por lo que no podría alegarse mora.

Esbozó que en gracia de discusión si se admitiera que existe mora en el pago de aportes en salud, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en sentencias T-004 del 2014 y T-246 de 2018, esta no es excusa para no realizar el pago de incapacidades de los trabajadores. Refirió que las prestaciones económicas reclamadas son de origen común y que los tres primeros días se encuentran a cargo del empleador, de manera que, al realizar el análisis del acervo probatorio, advirtió que la mayor parte de las incapacidades corresponden a una primera incapacidad que no proviene de prórroga, por lo tanto, los tres primeros días estarían a cargo del empleador. Además, indicó que uno es el valor solicitado por concepto de incapacidad y otro es el valor que realmente debería asumir la EPS, esto, en atención a lo dispuesto en el artículo 227 del CST, por lo que arroja una diferencia entre las sumas solicitadas y las que en verdad le corresponden a la enjuiciada. Así las cosas, sostuvo que la accionada debe reconocer la suma de $76.059.154.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión presentó recurso de apelación argumentando que incurre en error el A quo al indicar que corresponde al empleador reconocer, liquidar y pagar las incapacidades por término de 3 días, toda vez que el Decreto 2943 de 2013, fue suficientemente claro en señalar que serán a cargo del empleador las prestaciones correspondientes a los dos primeros días de incapacidad originada por enfermedad general. Así las cosas, expuso que si bien es cierto los dos primeros días podrían corresponder a cargo del empleador, quedaría pendiente un día, cuyo pago es responsabilidad de la EPS aquí demandada.

5.2. Recurso de apelación demandada. En su alzada esgrimió que se decrete probada de oficio la excepción de prescripción y no se aplique lo dispuesto en el artículo 288 del CGP, por ser inconstitucional y dado a que los dineros son del sistema de seguridad social integral, debe aplicarse sobre la totalidad de incapacidades laborales concedidas dicho fenómeno prescriptivo.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito alegó en su favor que el A quo desconoció lo dispuesto por el Decreto 2943 de 2013, por lo que las incapacidades objeto de reclamación y que corresponden a 3 días, deben ser reconocidas en al menos 1 día, con lo cual se debe recalcular el valor de la condena. De otro lado, refirió y sin que fuese un punto de apelación, que la sentenciadora de primer grado desconoció el contenido y alcance de la Sentencia C-543 de 2007, al indicar que los porcentajes que se deben aplicar al momento de liquidar las incapacidades son los establecidos en el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo (CST), olvidando que dichos porcentajes no tiene aplicación cuando se este frente a trabajadores que devengan el salario mínimo legal mensual vigente y/o cuando al aplicar tales porcentajes, el resultado de dicha operación aritmética, arroja un resultado inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

6.2. Parte demandada. En su escrito indicó que se duele la A Quo en la decisión calendada que, en los términos del artículo 282 del C.G. del P., no es viable declarar probada de oficio la excepción de prescripción; no obstante, esta disposición es contraria a la protección que le otorga el ordenamiento constitucional y jurídico al SGSSS, el preámbulo y los artículos 2, 48 y 49 de la Constitución Política y, por lo tanto, en el asunto de marras debe dársele un tratamiento diferente a esta disposición.

Agregó que a pesar que la juez de primer grado se le solicitó inaplique esta disposición por ser contrario a los postulados constitucionales, dada la naturaleza jurídica de los

recursos que integran el SGSSS y la especial protección que requieren por parte del operador judicial y de todos aquellos agentes del Estado, ésta solo se limita a traer a colación el tantas veces citado artículo 282, sin cumplir con la carga argumentativa respectiva para explicar grosso modo las razones por las cuáles no se aparta de ésta.

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 las recurrentes.

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

- ✓ ¿Hay lugar a modificar el valor de las incapacidades laborales reconocidas, ya que el A quo erró al no dar aplicación a lo dispuesto en el artículo Decreto 2943 de 2013?
- ✓ ¿Operó el fenómeno de la prescripción sobre las incapacidades reconocidas por el A quo y, por tanto, debe ser declarada?

Incapacidades laborales

En aras de resolver los recursos de apelación formulados, cumple recordar que con relación a la incapacidad laboral el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, establece que para los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, es decir, los cotizantes, el sistema a través de las Entidades Promotoras de Salud – EPS, les reconocerá la incapacidad por enfermedad general.

No obstante, aunque por regla general del –SGSSS- la incapacidad será reconocida por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma, caso en cual, dicha entidad la deberá reconocer en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016, también debe tenerse en cuenta el tiempo de duración de esta, con el fin de determinar el obligado a cancelarla.

Así, en el evento en que el trabajador se vea imposibilitado por salud para ejercer su labor entre el primer y el segundo día, el empleador será el responsable de asumir el desembolso de conformidad con el Decreto 2943 de 2013. Si pasado el segundo día el empleado continúa incapacitado por su médico tratante, a partir del tercer día y hasta el día número 180 la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la empresa promotora de salud (EPS) a la que se encuentre afiliado, siempre y cuando fuese cumplida la carga impuesta en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012. Desde el día 181 y hasta el 540, el pago de las incapacidades está a cargo del fondo de pensiones, en virtud del artículo citado. Después del día 540 en adelante, el Decreto 1333 de 2018 dispone que las EPS son responsables del pago de las incapacidades si superan los 540 días, mientras se presenten cualquiera de las siguientes circunstancias:

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 durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndo 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.

Ahora, aunque a las entidades que pertenecen al Sistema Integral de Seguridad Social les corresponde reconocer y pagar las incapacidades laborales (entre otras prestaciones de índole económica), también lo es que el trámite para la obtención del pago de las prestaciones económicas está en cabeza del empleador, tal y como lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. En tal virtud, el señalado Decreto estableció que el trámite para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales a cargo de las entidades que pertenecen al subsistema de Seguridad Social debía hacerse a través de los empleadores y, en esa medida, al trabajador le correspondía tan solo comunicar la expedición de la incapacidad, para que procediera su reconocimiento y pago.

Esbozadas las anteriores consideraciones, lo primero que advierte la Sala, tal como lo coligió la Juzgadora de primer grado, es que no es objeto de controversia por las partes que los trabajadores respecto de quien se pretende el pago de las incapacidades laborales sostuvieron un vínculo laboral con la sociedad Sodimac Colombia S.A.S., ni que el empleador procedió a su pago y que realizó el trámite administrativo para su reembolso ante la EPS Servicios Occidental de Salud S.A. Conforme a ello, esta Corporación centrará su atención, en primer lugar, en las incapacidades objeto de reproche por la accionante y que se resumen así:

Trabajadores	Fecha Inicial	Días	Prórroga	IBL
Luis Alberto Aguirre López	27/09/2017	3	NO	$ 917.902
Cristhian David Amariles Castañeda	03/01/2019	3	NO	$ 1.535.793
Sandra Viviana Burgos Morales	02/12/2016	3	NO	$ 2.301.000
Wilmar Castaño Rodríguez	18/09/2016	3	NO	$ 367.000
Andrea Coral Ramos	19/05/2015	3	NO	$ 825.000
Andrea Coral Ramos	12/08/2017	3	NO	$ 942.038
Andrea Coral Ramos	20/06/2018	3	NO	$ 954.353
Dolly Angelica Cuasapud Arroyave	03/01/2017	3	NO	$ 889.000
Dolly Angelica Cuasapud Arroyave	13/02/2019	3	NO	$ 3.157.959
Dolly Angelica Cuasapud Arroyave	25/06/2019	3	NO	$ 3.054.003
Juan Camilo Echeverry Vidal	16/07/2018	3	NO	$ 879.748
Yurleni Escobar Chaguendo	07/06/2018	3	NO	$ 1.013.276
Arturo Elías Galvis Valencia	03/12/2018	3	NO	$ 1.030.519
Lina María García Ramírez	15/11/2016	3	NO	$ 1.056.000
Andrés Felipe Giraldo Blandón	27/07/2017	3	NO	$ 802.443
Andrés Felipe Giraldo Blandón	18/09/2017	3	NO	$ 914.514
Andrés Felipe Giraldo Blandón	18/09/2018	3	NO	$ 781.242
Andrés Felipe Giraldo Blandón	04/03/2019	3	NO	$ 828.116
Felipe González Garces	14/03/2017	3	NO	$ 872.000
Felipe González Garces	06/07/2017	3	NO	$ 855.181
Felipe González Garces	27/09/2018	3	NO	$ 910.820
Edith Jasbeidy González Restrepo	10/11/2017	3	NO	$ 737.717
Edith Jasbeidy González Restrepo	17/05/2019	3	NO	$ 828.118
Edith Jasbeidy González Restrepo	21/06/2019	3	NO	$ 908.775
Edith Jasbeidy González Restrepo	28/06/2019	3	NO	$ 908.775
Isleny Grajales Mejía	02/12/2016	3	NO	$ 816.000
Isleny Grajales Mejía	01/07/2017	3	NO	$ 894.520
Edwin Andrés Guevara Vargas	16/04/2014	3	NO	$ 1.025.000
Edwin Andrés Guevara Vargas	17/09/2018	3	NO	$ 1.431.302
Edwin Andrés Guevara Vargas	13/11/2018	3	NO	$ 1.742.349

Trabajadores	Fecha Inicial	Días	Prórroga	IBL
Néstor Fabian Gutiérrez López	12/01/2019	3	NO	$ 1.145.780
Néstor Fabian Gutiérrez López	10/06/2019	3	NO	$ 1.097.110
Wilmar Andrés Lara Plazas	08/02/2019	3	NO	$ 987.203
Marco Antonio Lasso Diaz	18/08/2018	3	NO	$ 957.061
Fabio Nelson López Palomino	19/08/2018	3	NO	$ 794.411
Claudia Patricia Manzano Mosquera	20/01/2014	3	NO	$ 1.302.000
Claudia Patricia Manzano Mosquera	10/11/2017	3	NO	$ 1.449.124
Claudia Patricia Manzano Mosquera	23/08/2018	3	NO	$ 1.542.665
Claudia Patricia Manzano Mosquera	08/11/2018	3	NO	$ 1.497.151
Cristian Andrés Mena Zapata	07/03/2017	3	NO	$ 767.000
Diego Felipe Meneses Gómez	10/12/2018	3	NO	$ 888.242
Angela Patricia Mosquera Gómez	20/12/2016	3	NO	$ 689.455
Angela Patricia Mosquera Gómez	17/04/2017	3	NO	$ 737.800
Angela Patricia Mosquera Gómez	22/05/2018	3	NO	$ 875.792
Angela Patricia Mosquera Gómez	15/03/2019	3	NO	$ 828.117
Angela Patricia Mosquera Gómez	19/03/2019	3	NO	$ 828.117
Herica Ospina Martínez	25/01/2017	3	NO	$ 836.000
Herica Ospina Martínez	01/06/2019	3	NO	$ 1.023.204
John Edinson Otero Brito	05/09/2017	3	NO	$ 971.264
Harold Andrés Paz Burbano	14/03/2017	3	NO	$ 960.000
Claudia Lorena Rengifo Rendon	17/08/2017	3	NO	$ 969.347
Lina María Rodríguez Martínez	02/08/2019	3	NO	$ 3.292.625
Yurany Andrea Sánchez Castro	24/03/2017	3	NO	$ 878.000
Yurany Andrea Sánchez Castro	15/06/2017	3	NO	$ 923.894
Yurany Andrea Sánchez Castro	11/08/2017	3	NO	$ 879.493
Guiliano Ezneyder Serna Jara	22/08/2017	3	NO	$ 943.897
Diego Fernando Sevillano Urrutia	03/04/2017	3	NO	$ 889.455
Diego Fernando Sevillano Urrutia	12/02/2019	3	NO	$ 1.086.487
Sandra Milena Sierra Galeano	08/04/2016	3	NO	$ 5.515.000
Sandra Milena Sierra Galeano	25/07/2017	3	NO	$ 6.169.209
Yury Andrea Tascón González	04/11/2018	3	NO	$ 2.349.585
Yury Andrea Tascón González	14/06/2019	3	NO	$ 2.733.980
Yury Andrea Tascón González	09/07/2019	3	NO	$ 2.613.384
María Nornelvi Vanegas Gutiérrez	05/04/2019	3	NO	$ 943.941
María Nornelvi Vanegas Gutiérrez	11/04/2019	3	NO	$ 943.941
María Nornelvi Vanegas Gutiérrez	14/04/2019	3	NO	$ 943.941
Sebastián Vega Moriones	06/04/2017	3	NO	$ 855.900
Sebastián Vega Moriones	19/04/2018	3	NO	$ 904.695
Sebastián Vega Moriones	02/05/2019	3	NO	$ 1.228.150

En tanto considera que se equivocó el juez primigenio al no reconocer un día de incapacidad laboral, dado que los dos primeros únicamente corresponde sufragarlos en calidad de empleador.

De cara al reproche expuesto, para la Sala resulta palmario que a los referidos trabajadores le fueron reconocidas las incapacidades laborales señaladas y que aquellas fueron asumidas por el empleador en los términos del artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, según se desprende del haz probatorio arrimado al proceso. Sin embargo, ha de anotarse que la Juzgadora de primer grado erró al señalar que no había lugar a su pago, al considerar que el empleador sería responsable de asumir el pago de las pretensiones económicas ahora reclamadas, en tanto que correspondían a tres días de incapacidad, sin

tener en cuenta que, de conformidad con el Decreto 2943 de 2013, el accionante solo es obligado a asumir el primer y segundo día de incapacidad.

Así las cosas, es evidente que deberá modificarse el valor de la condena, para en su lugar, ordenar a la demanda su reconocimiento y pago de la siguiente forma, no sin antes advertir que no fue motivo de discusión el ingreso base de liquidación que encontró la cognoscente de primer grado:

Trabajadores	Fecha Inicial	Días	Prórroga	IBL	Día a cargo de la EPS	Valor
Luis Alberto Aguirre López	27/09/2017	3	NO	$ 917.902	1	$ 30.597
Cristhian David Amariles Castañeda	03/01/2019	3	NO	$ 1.535.793	1	$ 51.193
Sandra Viviana Burgos Morales	02/12/2016	3	NO	$ 2.301.000	1	$ 76.700
Wilmar Castaño Rodríguez	18/09/2016	3	NO	$ 367.000	1	$ 12.233
Andrea Coral Ramos	19/05/2015	3	NO	$ 825.000	1	$ 27.500
Andrea Coral Ramos	12/08/2017	3	NO	$ 942.038	1	$ 31.401
Andrea Coral Ramos	20/06/2018	3	NO	$ 954.353	1	$ 31.812
Dolly Angelica Cuasapud Arroyave	03/01/2017	3	NO	$ 889.000	1	$ 29.633
Dolly Angelica Cuasapud Arroyave	13/02/2019	3	NO	$ 3.157.959	1	$ 105.265
Dolly Angelica Cuasapud Arroyave	25/06/2019	3	NO	$ 3.054.003	1	$ 101.800
Juan Camilo Echeverry Vidal	16/07/2018	3	NO	$ 879.748	1	$ 29.325
Yurleni Escobar Chaguendo	07/06/2018	3	NO	$ 1.013.276	1	$ 33.776
Arturo Elías Galvis Valencia	03/12/2018	3	NO	$ 1.030.519	1	$ 34.351
Lina María García Ramírez	15/11/2016	3	NO	$ 1.056.000	1	$ 35.200
Andrés Felipe Giraldo Blandón	27/07/2017	3	NO	$ 802.443	1	$ 26.748
Andrés Felipe Giraldo Blandón	18/09/2017	3	NO	$ 914.514	1	$ 30.484
Andrés Felipe Giraldo Blandón	18/09/2018	3	NO	$ 781.242	1	$ 26.041
Andrés Felipe Giraldo Blandón	04/03/2019	3	NO	$ 828.116	1	$ 27.604
Felipe González Garces	14/03/2017	3	NO	$ 872.000	1	$ 29.067
Felipe González Garces	06/07/2017	3	NO	$ 855.181	1	$ 28.506
Felipe González Garces	27/09/2018	3	NO	$ 910.820	1	$ 30.361
Edith Jasbeidy González Restrepo	10/11/2017	3	NO	$ 737.717	1	$ 24.591
Edith Jasbeidy González Restrepo	17/05/2019	3	NO	$ 828.118	1	$ 27.604
Edith Jasbeidy González Restrepo	21/06/2019	3	NO	$ 908.775	1	$ 30.293
Edith Jasbeidy González Restrepo	28/06/2019	3	NO	$ 908.775	1	$ 30.293
Isleny Grajales Mejía	02/12/2016	3	NO	$ 816.000	1	$ 27.200
Isleny Grajales Mejía	01/07/2017	3	NO	$ 894.520	1	$ 29.817
Edwin Andrés Guevara Vargas	16/04/2014	3	NO	$ 1.025.000	1	$ 34.167
Edwin Andrés Guevara Vargas	17/09/2018	3	NO	$ 1.431.302	1	$ 47.710
Edwin Andrés Guevara Vargas	13/11/2018	3	NO	$ 1.742.349	1	$ 58.078
Néstor Fabian Gutiérrez López	12/01/2019	3	NO	$ 1.145.780	1	$ 38.193
Néstor Fabian Gutiérrez López	10/06/2019	3	NO	$ 1.097.110	1	$ 36.570
Wilmar Andrés Lara Plazas	08/02/2019	3	NO	$ 987.203	1	$ 32.907
Marco Antonio Lasso Diaz	18/08/2018	3	NO	$ 957.061	1	$ 31.902
Fabio Nelson López Palomino	19/08/2018	3	NO	$ 794.411	1	$ 26.480
Claudia Patricia Manzano Mosquera	20/01/2014	3	NO	$ 1.302.000	1	$ 43.400
Claudia Patricia Manzano Mosquera	10/11/2017	3	NO	$ 1.449.124	1	$ 48.304
Claudia Patricia Manzano Mosquera	23/08/2018	3	NO	$ 1.542.665	1	$ 51.422
Claudia Patricia Manzano Mosquera	08/11/2018	3	NO	$ 1.497.151	1	$ 49.905
Cristian Andrés Mena Zapata	07/03/2017	3	NO	$ 767.000	1	$ 25.567
Diego Felipe Meneses Gómez	10/12/2018	3	NO	$ 888.242	1	$ 29.608
Angela Patricia Mosquera Gómez	20/12/2016	3	NO	$ 689.455	1	$ 22.982
Angela Patricia Mosquera Gómez	17/04/2017	3	NO	$ 737.800	1	$ 24.593
Angela Patricia Mosquera Gómez	22/05/2018	3	NO	$ 875.792	1	$ 29.193
Angela Patricia Mosquera Gómez	15/03/2019	3	NO	$ 828.117	1	$ 27.604
Angela Patricia Mosquera Gómez	19/03/2019	3	NO	$ 828.117	1	$ 27.604
Herica Ospina Martínez	25/01/2017	3	NO	$ 836.000	1	$ 27.867
Herica Ospina Martínez	01/06/2019	3	NO	$ 1.023.204	1	$ 34.107
John Edinson Otero Brito	05/09/2017	3	NO	$ 971.264	1	$ 32.375

Trabajadores	Fecha Inicial	Días	Prórroga	IBL	Día a cargo de la EPS	Valor
Harold Andrés Paz Burbano	14/03/2017	3	NO	$ 960.000	1	$ 32.000
Claudia Lorena Rengifo Rendon	17/08/2017	3	NO	$ 969.347	1	$ 32.312
Lina María Rodríguez Martínez	02/08/2019	3	NO	$ 3.292.625	1	$ 109.754
Yurany Andrea Sánchez Castro	24/03/2017	3	NO	$ 878.000	1	$ 29.267
Yurany Andrea Sánchez Castro	15/06/2017	3	NO	$ 923.894	1	$ 30.796
Yurany Andrea Sánchez Castro	11/08/2017	3	NO	$ 879.493	1	$ 29.316
Guiliano Ezneyder Serna Jara	22/08/2017	3	NO	$ 943.897	1	$ 31.463
Diego Fernando Sevillano Urrutia	03/04/2017	3	NO	$ 889.455	1	$ 29.649
Diego Fernando Sevillano Urrutia	12/02/2019	3	NO	$ 1.086.487	1	$ 36.216
Sandra Milena Sierra Galeano	08/04/2016	3	NO	$ 5.515.000	1	$ 183.833
Sandra Milena Sierra Galeano	25/07/2017	3	NO	$ 6.169.209	1	$ 205.640
Yury Andrea Tascón González	04/11/2018	3	NO	$ 2.349.585	1	$ 78.320
Yury Andrea Tascón González	14/06/2019	3	NO	$ 2.733.980	1	$ 91.133
Yury Andrea Tascón González	09/07/2019	3	NO	$ 2.613.384	1	$ 87.113
María Nornelvi Vanegas Gutiérrez	05/04/2019	3	NO	$ 943.941	1	$ 31.465
María Nornelvi Vanegas Gutiérrez	11/04/2019	3	NO	$ 943.941	1	$ 31.465
María Nornelvi Vanegas Gutiérrez	14/04/2019	3	NO	$ 943.941	1	$ 31.465
Sebastián Vega Moriones	06/04/2017	3	NO	$ 855.900	1	$ 28.530
Sebastián Vega Moriones	19/04/2018	3	NO	$ 904.695	1	$ 30.157
Sebastián Vega Moriones	02/05/2019	3	NO	$ 1.228.150	1	$ 40.938
Total						$ 2.980.763

- **Conclusión**

En ese orden, habrá de modificarse la decisión apelada, para en su lugar condenar a EPS Servicios Occidental de Salud S.A. a pagar a favor de la Sodimac Colombia S.A.S. el valor de **$79.039.917** a título de reembolso por incapacidades laborales.

Total, valor incapacidades	
Valor de Incapacidades reconocidas por el Juzgado de primer grado	$ 76.059.154
Valor de Incapacidades reconocidas en segundo grado	$ 2.980.763
Total	$ 79.039.917

Prescripción de incapacidad laboral

En aras de resolver el recurso de apelación formulado, cumple decir que, si bien la encartada presentó contestación de demanda, misma en la que propuso como excepción la de prescripción, no obstante, es claro que, mediante auto calendado 16 de marzo del 2021, se tuvo por no contestada, ante la extemporaneidad del escrito que presentó, determinación frente a la cual no se propusieron los recursos, encontrándose debidamente ejecutoriada. En consecuencia, la Sala estima que ante su ausencia no es viable su estudio, pues dicho medio exceptivo debió proponerse en momento oportuno y no como soporte de impugnación.

En ese sentido, aunque es claro que los recursos de la seguridad social en salud son contribuciones parafiscales y, por tanto, tienen naturaleza pública y una destinación específica, tal virtud no puede utilizarse por la accionada para pretermitir actos procesales que se dejaron de utilizar; por manera que, si pretendió beneficiarse de la excepción de prescripción, necesariamente debió alegarse, para que no solo esta instancia pudiese estudiarla, sino, discutirse por ambas partes, valorarse en primera instancia y, determinar si había lugar a declararla probada total o parcialmente o, a lo sumo no demostrada.

A lo anterior se suma porque aquella no puede ser decretada de oficio por prohibición expresa del artículo 282 del CGP, que también señala que, si no se formula este medio exceptivo oportunamente, se entiende que se renuncia a ella. A propósito, es preciso traer sobre tal aspecto a colación la sentencia SL 4767 de 2018, que indicó que "*la prescripción es renunciable, susceptible de interrupción o suspensión y sólo será objeto de pronunciamiento judicial cuando se proponga como excepción*"

Las anteriores consideraciones son suficientes para abstenerse la Sala de su estudio.

Costas. Sin costa en esta instancia. Se confirman las de primer grado.

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 apelada en el sentido de **CONDENAR** a la **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.** al reconocimiento y pago de la suma de **$79.039.917** a favor de **SODIMAC COLOMBIA S.A.S.**, por concepto de reembolso de incapacidades laborales y dadas las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN costas en esta instancia. Las de primera, seguirán a cargo de la demandada.

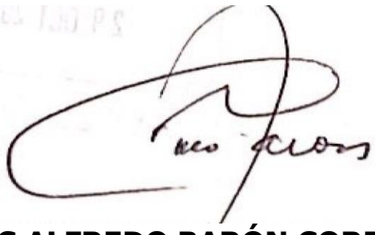
La presente providencia se notifica a las partes en estrados,



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:	GILDARDO TOVAR Y LUZ ARGELIA RIVERA RIVERA
Demandada:	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
Radicación:	35-2020-00307-01
Tema:	APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Gildardo Tovar y Luz Argelia Rivera Rivera, instauró demanda ordinaria contra Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el propósito de que de que se declare que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su hijo Edinsson Tovar Rivera y, en consecuencia, se condene a la enjuiciada al reconocimiento y pago de la citada prestación económica desde el momento en que se causó, junto con sus correspondientes intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que el señor Edinsson Tovar Rivera trabajó para la empresa Comapan, quien falleció por causas de origen común el 20 de enero de 2019. De esa manera, indicaron que en calidad de padres se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes, prestación que les fue negada con el argumento de que no se encontraba configurada la dependencia económica a la fecha del fallecimiento, aduciendo que la hermana del afiliado era quien solventaba los gastos del hogar. Sin embargo, sostuvieron que dependían económicamente del óbito, quien les suministraba las necesidades básicas para su subsistencia. (Expediente digital, PDF 19- SUBSANACIÓN DEMANDA GIRALDO TOVAR Y OTRA20201201, págs. 1 a 6)

2. Contestación de la demanda. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que los actores no demostraron dependencia económica con el afiliado fallecido y, por el contrario, señaló que a través de la investigación del núcleo familiar del causante se demostró que aquellos tienen ingresos propios, recibían ayuda de su otra hija Teresa Tovar Rivera al momento del siniestro y

viven en casa propia. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, buena fe y prescripción. (Expediente digital, PDF 25 - respuesta)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de agosto de 2021, en la que el Juzgador condenó a la enjuiciada a reconocer y pagar el 50% de la pensión de sobrevivientes en forma mensual y vitalicia a favor de los demandantes, en cuantía de $414.058 cada uno, sujeta a los reajustes de ley, a partir del 20 de enero de 2019. Así mismo, ordenó a la enjuiciada a cancelar intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, así como a las costas del proceso. Respecto de la solicitud que hiciere el apoderado judicial de la demandada, aclaró que el reconocimiento del derecho pensional se haría en 13 mesadas pensionales al año, sin embargo, negó que al retroactivo pensional reconocido se le hicieran los descuentos de aportes al subsistema de seguridad social en salud.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, tuvo como problema jurídico dilucidar si se cumplen los requisitos establecidos en la ley para conceder la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del señor Edison Tovar Rivera, para quienes ostentan la calidad de demandantes, como padres del fallecido. Con tal propósito, luego de citar lo dispuesto en los artículos 46 y 76 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, advirtió que, el causante cotizó un total de 125.4 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, encontrándose entonces cumplido el requisito de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso.

Respecto de la calidad de beneficiarios del causante, sostuvo que tal aspecto se encuentra acreditado en tanto que el Registro Civil de Nacimiento del causante, daba cuenta que los demandantes fueron progenitores del fallecido. En lo que hace a la dependencia económica, luego de hacer valoración al acervo probatorio allegado por las partes, dijo que se encontraba cumplida tal condición, como quiera que, de acuerdo con las declaraciones juramentadas, así como las testimoniales, daban cuenta que Edison Tovar Rivera mensualmente les consignaba a sus padres una suma cercana a $300.000, destinados para los gastos básicos como alimentación, vestuario, salud, entre otros, al punto que dentro de la propia investigación que realizó la enjuiciada, se reafirma que el óbito aportaba económicamente y suplía los gastos de sus padres. Por manera que debía condenar a la demandada al reconocimiento y pago.

Atinente a los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió que que la negativa en el reconocimiento de la prestación económica solicitada obedeció a que los señores demandantes, dentro del trámite administrativo, no habían acreditado la dependencia económica frente a su hijo. Sin embargo, ello no quedó totalmente desvirtuado, pues conforme a la anterior exposición, con la reclamación del derecho pensional se acreditó dicho requisito, razón suficiente para su imposición. (Expediente digital, Audio 33- Audiencia 2020-00307-20210823_090957-Grabación de la reunión)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la llamada a juicio interpuso recurso de apelación esgrimiendo que no se encuentra acreditada la dependencia económica, pues en ninguna de las pruebas allegadas al proceso se logró demostrar que efectivamente se hiciera un pago del auxilio que se alude en las declaraciones. Refirió que de dos de los testigos manifestaron que no les constaba tal pago; además el hijo fallecido vivía en Bogotá donde debía sufragar sus propios gastos, lo que genera incertidumbre alrededor de la forma en que podría ser suficiente un salario mínimo para costear sus necesidades y al mismo tiempo aportar

una suma de $300.000 mensuales a sus padres, como expresaron algunos testigos. Aludió a que la hermana del causante afirmó en su versión que ella apoyó a sus padres económicamente durante los últimos meses antes de la muerte de su hermano y que el causante no tuvo ingresos en el tiempo aludido.

De otro lado, expuso que, sobre los intereses moratorios condenados, la jurisprudencia ha dispuesto que estos solo se causan cuando efectivamente hay una negación arbitraria o que no corresponde a la relación fáctica o a la ley y como en el presente asunto hasta el día de hoy se discute el tema de la dependencia económica, no procede su imposición. Finalmente, en lo que hace a los descuentos de aportes a salud sobre el retroactivo pensional es un aspecto que claramente está definido en la ley, por manera que la citada deducción debe pagarse al sistema de seguridad social en salud y no a los accionantes directamente como lo ha determinado el Juez. (Expediente digital, Audio 33- Audiencia 2020-00307-20210823_090957-Grabación de la reunión)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandada. Alegó en su favor que era deber de las partes demostrar la dependencia económica en relación con Edinsson Tovar Rivera y si bien se trajeron documentales y testimonios, no obstante, con los que constata que los demandantes, gozan de ingresos propios, los mismos sufragan sus gastos con ingresos generados por labores de oficios varios de parte del actor, que tienen vivienda propia y que tienen otros hijos, que viven con ellos, quien sufragaban para la fecha del fallecimiento de su hermano, los gastos de la familia e inclusive los actuales.

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 la recurrente.

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

- ✓ ¿Se encuentra demostrada la dependencia económica de los aquí actores respecto de su hijo Edinsson Tovar Rivera y, por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión de su deceso?

- ✓ ¿Se equivocó la Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar que la demandada no acreditó razones justificantes para no reconocer la prestación económica deprecada?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Edinsson Tovar Rivera se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial 06263829 (Expediente digital, PDF 19- SUBSANACIÓN DEMANDA GIRALDO TOVAR Y OTRA20201201, págs. 11), el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 20 de enero de 2019, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del afiliado, que para este caso no es otra que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 20 de enero de 2019. (SL 701-2020)

Densidad de semanas

Respecto de las semanas cotizadas en pensiones, se tiene que dentro de los 3 años anteriores cotizó 125.4 semanas (Expediente digital, PDF 27 - PRUEBAS GILDARDO TOVAR, págs. 8 a 17), amén que ello no fue tema del recurso de apelación.

Parentesco

Tampoco existe controversia en que los actores son progenitores del causante, lo cual, también se extrae del registro civil de nacimiento adosado al informativo. (Expediente digital, PDF 20 - ANEXOS 2 SUBSANACION DEMANDA GILDARDO TOVAR C PORVENIR20201201, pág. 22).

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 de la norma en mención 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 obtiene 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.

Por tanto, la Alta Corporación precisó que el juzgador debe comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo, siendo innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

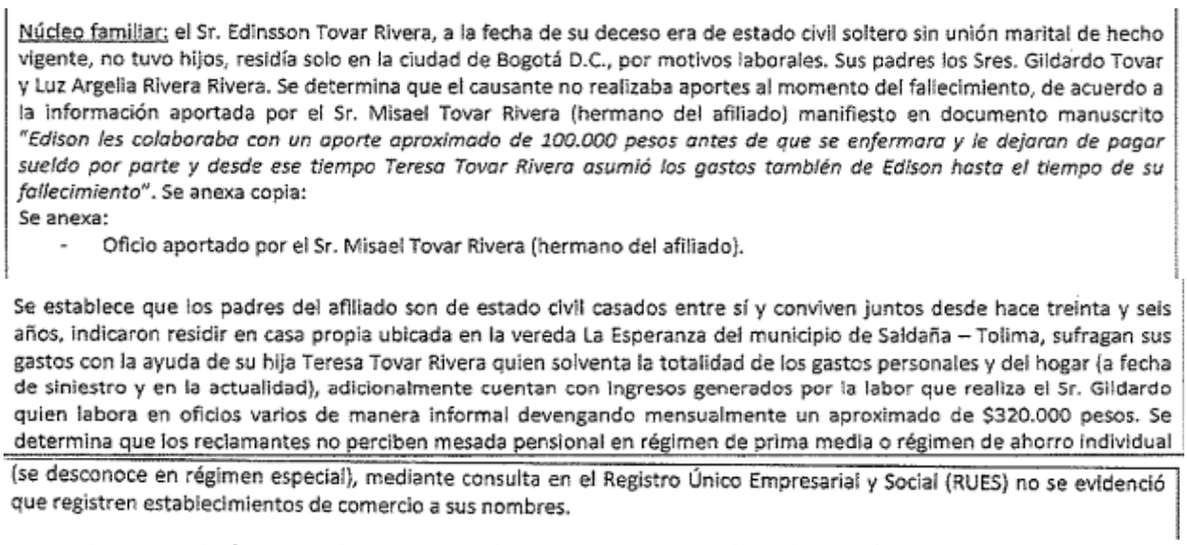
Frente al tema, igualmente la CSJ entre otras en la sentencia **SL 1310-2019** ha señalado que la misma **no tiene que ser total y absoluta**, pues los padres pueden recibir ingresos de su propio trabajo, y precisó en la sentencia **SL 1219-2019** que, no cualquier ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente, sino aquella que tiene la connotación de ser **relevante y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia**, teniendo en cuenta que la finalidad prevista por el legislador para la pensión de

sobrevivientes, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas. De igual modo, frente a la carga de la prueba tiene dicho la Corte que le corresponde a los padres demandante demostrar la dependencia económica, en tanto que a la parte demandada el deber de "*desvirtuar esa sujeción material"*, mediante medios suasorios que "*acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas*" (SL590-2018, reiterada en la SL4167-2020).

Caso concreto

Conforme a lo anterior, y descendiendo al caso concreto, esta Sala debe señalar que, pese a que la encartada especificó que el salario percibido por el fallecido alcanzaba para cubrir exclusivamente sus propios gastos mensuales, de allí que no sea posible que con la misma realizara la manutención de sus progenitores, lo cierto es que, dicha situación por sí sola no derriba la conclusión a la que arribó el sentenciadora de primer grado, ya que los padres reclamantes estaban subordinados económicamente al hijo fallecido, en tanto, que los medios probatorios allegados al proceso, tales como, las declaraciones de terceros adosadas al plenario y el testimonio practicado, dan cuentan que el ingreso del afiliado, daba para cubrir sus gastos propios y los de su progenitores, quien carecían de solvencia.

A la anterior conclusión se arriba, luego de que en el *"informe de investigación para pago de prestaciones económicas"* (Expediente digital, PDF 27 - PRUEBAS GILDARDO TOVAR, págs. 2 a 4), se llegara al siguiente "*resultado final de la investigación*":



Núcleo familiar: el Sr. Edinsson Tovar Rivera, a la fecha de su deceso era de estado civil soltero sin unión marital de hecho vigente, no tuvo hijos, residía solo en la ciudad de Bogotá D.C., por motivos laborales. Sus padres los Sres. Gildardo Tovar y Luz Argelia Rivera Rivera. Se determina que el causante no realizaba aportes al momento del fallecimiento, de acuerdo a la información aportada por el Sr. Misael Tovar Rivera (hermano del afiliado) manifiesto en documento manuscrito *"Edison les colaboraba con un aporte aproximado de 100.000 pesos antes de que se enfermara y le dejaran de pagar sueldo por parte y desde ese tiempo Teresa Tovar Rivera asumió los gastos también de Edison hasta el tiempo de su fallecimiento"*. Se anexa copia:
Se anexa:

- Oficio aportado por el Sr. Misael Tovar Rivera (hermano del afiliado).

Se establece que los padres del afiliado son de estado civil casados entre sí y conviven juntos desde hace treinta y seis años, indicaron residir en casa propia ubicada en la vereda La Esperanza del municipio de Saldaña – Tolima, sufragan sus gastos con la ayuda de su hija Teresa Tovar Rivera quien solventa la totalidad de los gastos personales y del hogar (a fecha de siniestro y en la actualidad), adicionalmente cuentan con ingresos generados por la labor que realiza el Sr. Gildardo quien labora en oficios varios de manera informal devengando mensualmente un aproximado de $320.000 pesos. Se determina que los reclamantes no perciben mesada pensional en régimen de prima media o régimen de ahorro individual (se desconoce en régimen especial), mediante consulta en el Registro Único Empresarial y Social (RUES) no se evidenció que registren establecimientos de comercio a sus nombres.

Se indica también en el anterior documento que el señor Edinsson Tovar Rivera reportaba afiliación a salud en la EPS SALUD TOTAL como cotizante independiente, reportando como beneficiarios a los señores Gildardo Tovar y Luz Argelia Rivera Rivera, con fecha de afiliación el 25 de noviembre de 2010.

Adicionalmente, advierte esta colegiatura, obra en el informativo declaración extra juicio rendida por la señora Claudia Patricia Ampudia Figueroa, en calidad de vecina, quien ante la Notaría 1ª del municipio de Saldaña-Tolima, el 12 de diciembre de 2019, manifestó que Edison Tovar Rivera falleció el 20 de enero de 2019, quien cada mes viajaba al municipio de Saldaña, vereda La Esperanza, para llevarle a sus padres dinero y mercado. Manifestó que el causante era la única persona que velaba por la subsistencia de sus padres, pues les suministraba los gastos necesarios para solventar su alimentación, vivienda, salud y demás necesidades correspondientes al hogar, consignándoles una suma de $300.000 mensuales; hecho que le consta a la deponente

porque ella llevaba en moto o en bicicleta a la señora Luz Argelia Rivera a retirar ese dinero en una sucursal del municipio, llamada "*Gana Gana*". Adicionalmente, refirió que el señor demandante, Gildardo Tovar se dedica a vender café y empanadas en un molino cercano a la vereda donde reside y que hace muchos años atrás, se dedicaba a cargar bultos. (Expediente digital, PDF 20 - ANEXOS 2 SUBSANACION DEMANDA GILDARDO TOVAR C PORVENIR20201201, pág. 12) Se resalta que esta declaración fue debidamente ratificada por la deponente a petición de la parte demandada, en los términos del artículo 262 del CGP, corroborando lo manifestado ante notario.

Asociado a lo anterior, rindió declaración extra juicio el señor José Emirio Mejía Briñez, en calidad de amigo de la familia ante la misma Notaría y en la misma fecha mencionada, donde manifestó que conoció al señor Edinsson Tovar Rivera por espacio cercano a quince años y le consta que él en vida visitaba a sus padres mensualmente en el municipio de Saldaña, vereda La Esperanza, con la finalidad de entregarles dinero y mercado; que el fallecido era la única persona que velaba por la subsistencia de sus padres y era quien suministraba todo lo necesario para solventar los gastos de alimentación, vivienda, salud y demás necesidades que se presentaban en el lugar. Esta declaración también fue ratificada por el deponente a petición de la parte demandada, indicando que Edison Tovar Rivera falleció en el año 2019 debido a una enfermedad; que en sus últimos seis meses de vida fue cuidado por su madre y su hermana Teresa; que fue necesario realizar rifas con la finalidad de recaudar recursos y fondos para ayudarle a la familia a solventar los gastos médicos, traslados y cuidados del propio causante. (Expediente digital, PDF 20 - ANEXOS 2 SUBSANACION DEMANDA GILDARDO TOVAR C PORVENIR20201201, pág. 13)

El primer aspecto por dilucidar es que los documentos que contienen las investigaciones realizadas por la entidad de seguridad social, así como las declaraciones extraprocesales, se asimilan a las declaraciones de los demandantes y demás testimonios rendidos en la instancia (SL4167-2020, SL1669-2021), y de tal manera debe valorarse su contenido.

Siendo así, se llega a la misma conclusión del a quo respecto de la dependencia económica, dado que en la investigación además de indicar la veracidad de la afiliación en salud de los padres del causante como beneficiarios de este, se manifiesta en documento manuscrito por el hermano del fallecido que el señor Edinsson aportaba cien $100.000 mensuales a sus padres antes de que le dejaran de cancelar el auxilio de su incapacidad, y que después de esto último, fue su hermana Teresa Tovar la que asumió los gastos de sus padres y del causante. Al contrastarse el hecho anterior con lo mencionado en las demás declaraciones, pudo establecerse que la ayuda económica no correspondía a la suma aludida por el señor Misael Tovar Rivera, sino a aproximadamente $300.000 mensuales.

Así las cosas, se ha demostrado con el acervo probatorio, tanto con las declaraciones extra juicio ratificadas en el proceso, como con las declaraciones propias de los accionantes y demás testigos como hija y amigos cercanos, que existía un apoyo económico relevante y significativo por parte del *de cujus* hacia sus padres*,* dadas las circunstancias socioeconómicas de los denunciantes. Esto, aunado a que del informe de investigación y de las declaraciones se desprende que, a falta del apoyo mencionado, con un esfuerzo considerable Teresa Tovar pasó a sufragar los gastos de sus padres dada la enfermedad del señor Edinsson, y que incluso tuvo que recurrir a la caridad pública de vecinos y amigos para suplir tales necesidades, más los costos médicos de su hermano. Este último hecho no constituye una razón válida para desacreditar la dependencia económica de los accionantes frente a su hijo Edinsson,

pues se debió a una realidad lamentable desembocada por la falta del pago de las incapacidades a que tenía derecho el causante durante el tiempo que padeció su enfermedad.

Ahora, con relación a si el salario mínimo devengado por el causante era suficiente o no para poder aportar a sus padres la suma indicada, connota la Sala que sobre el asunto la Corte ha delineado que no es necesario demostrar el origen de los recursos (SL38399-2010), así como tampoco hacer inferencias relativas a que los egresos del causante son superiores al salario devengado, y que por ello el aporte económico a sus padres no es significativo (SL858-2021), pues independiente de aquello, lo que se requiere es acreditar la dependencia económica, en la medida en que "*a la norma jurídica que gobierna el caso litigado, no le interesa si el causante demuestra o no el origen de los recursos que invierte en la manutención de aquellas personas a las que por razones simplemente naturales les debe agradecimiento".*

Igualmente, ha rememorado la máxima autoridad que no es necesario estimar de manera rigurosa o cuantificar exactamente el aporte del causante, ya que ello *"constituye un estimado económico subjetivo de un consumo aproximado cuya cuantificación se calcula a priori"* (SL858-2021), y en ese sentido, estima la Sala que el aporte prohijado por el causante a sus progenitores se traducía en el pago de una suma cercana a $300.000 que servían para sufragar las necesidades básicas del hogar. Lo anterior, resaltándose que la suma mencionada por el hermano Misael Tovar en el manuscrito allegado a la investigación, fue descartada a partir de lo expresado en las declaraciones ratificadas al interior del proceso que fueron unánimes al respecto. Igualmente es dable indicar que no puede exigirse a los testigos que den cuenta de manera exacta del valor aportado, pero se destaca que los deponentes en sus distintas intervenciones, incluso Misael, afirmaron que Edinsson Tovar Rivera era quien ayudaba económicamente a sus padres antes de que Teresa Tovar pasara a ocupar su lugar, debido a la falta de ingresos que a este le sobrevino por causa del no pago de su incapacidad durante su enfermedad.

Aunque en el resultado del informe también se señaló que, adicional al apoyo, los accionantes cuentan con ingresos generados por la labor que realiza el señor Gildardo Tovar en oficios varios de manera informal, pudo establecerse también en las declaraciones que dicho ingreso no es constante y suficiente, dadas las condiciones socioeconómicas y de salud por las que atraviesa el señor Gildardo. Asimismo, la Corte ha determinado que no se requiere demostrar la dependencia total y absoluta, en tanto que los padres "*pueden percibir rentas o ingresos adicionales, siempre que éstos no sean suficientes para garantizar su independencia económica. En otras palabras, que esas rentas no alcancen a cubrir los gastos de su propia vida"* (SL2618-2021).

Así las cosas, aprecia la Sala que independiente de las contradicciones que se presentan entre el informe y las declaraciones por testigos dentro y fuera del proceso, y de la parte demandante -con relación a la suma del aporte y a que Teresa era quien efectivamente se encargó del apoyo económico a sus padres en los últimos meses de vida del fallecido, se encuentra acreditado incluso con la prueba documental, que el afiliado contribuía en el sostenimiento de sus padres y tal contribución se reflejaba en la afiliación de sus padres a la salud como beneficiarios y lo declarado en el manuscrito de Misael Tovar con respecto al aporte económico que este realizaba a sus padres antes de que se enfermara. Enfermedad que una vez acaecida (aproximadamente un año atrás de su muerte), dio lugar a que la situación del causante se tornara compleja, máxime cuando debido a la falta de pago de sus incapacidades, no pudo seguir sufragando los gastos del hogar de los accionantes, viéndose obligada su hermana a

extender sus ingresos con la ayuda del apoyo público para encargarse de los gastos de sus padres y de su hermano enfermo.

Acreditado como está, que el aporte del causante era relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia compuesta en su momento por sus padres, se invierte la carga de la prueba y le corresponde a la entidad de seguridad social "*desvirtuar esa sujeción material"*, mediante medios suasorios que acrediten la autosuficiencia económica de la demandante para solventar sus necesidades básicas. Situación que no logra materializarse, ya que, a más de lo considerado con anterioridad, la defensa la apuntala en el informe de investigación realizada por la misma entidad, en la que se expresa que los actores no recibían aporte económico por parte del afiliado a la fecha del siniestro.

No obstante, en la misma pesquisa se consigna que desde el año 2010 "*el Sr Edinsson Tovar Rivera reportaba afiliación a salud en la EPS Salud Total como cotizante dependiente, reportando como beneficiarios a los Sres. Gildardo Tovar y Luz Argelia Rivera*". Además, en el informe se menciona que a la fecha de su deceso era de estado civil soltero sin unión marital de hecho vigente, sin hijos y residente solo en Bogotá; que colaboraba con un apoyo aproximado de $100.000 antes que se enfermara y le dejaran de pagar el sueldo, y que, desde ese tiempo, fue Teresa Tovar quien asumió los gastos. Este contenido, asociado a las declaraciones dentro y fuera de juicio, donde se estableció que la suma del aporte no eran $100.000 sino un valor cercano a $300.000, que los ingresos adquiridos de forma independiente por el padre no eran suficientes para su congrua subsistencia, y que la ayuda prestada por la hermana Teresa Tovar se debió a la imposibilidad que tenía el causante para efectuarla dada la enfermedad que le sobrevino y la falta de ingreso del auxilio de incapacidad a que tenía derecho, fue apreciado íntegramente por el A quo, resultando ser sustancial el aporte que realizaba el causante antes de verse impedido.

A partir de ello, no se encuentra desvirtuada por la enjuiciada la dependencia económica deprecada y posteriormente declarada en primera instancia, pues incluso como se dijo al inicio de esta providencia, no se requiere demostrar dependencia total y absoluta, y, que no excluye ni desvirtúa la dependencia económica el que los padres reciban ingresos adicionales siempre que no alcancen a cubrir los gastos de su propia vida.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que, con el acervo probatorio recaudado, se probó que Gildardo Tovar y Luz Argelia Rivera Rivera acreditan dependencia económica que les prohijaba su hijo Edinsson Tovar Rivera, causando así la prestación contenida en el art. 47 de la L. 100/93 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003. Así las cosas, se sigue confirmar la decisión que en este punto tomó el Juez primigenio, pues, es claro que no cometió ningún desacierto.

Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: "*fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron*", y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: "*están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o*

particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."

Así mismo, en sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

> *"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora,* ***aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal".*** (Negrilla fuera del texto)

Frente a su causación, ha establecido la misma Corporación, que: *"se causan a partir del plazo máximos de 2 meses a que se refiere el artículo 1° de la ley 717 de 2001"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (SL14918-2016, radicado 52073), así como también "*cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales"* (SL1019-21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de AFP PORVENIR S.A. al establecer la inexistencia de la dependencia económica, cuando esta se desprende del mismo resultado final de la investigación al dilucidarse de ella la importancia del aporte que realizaba el causante. Tanto así que fue después de que dejó de percibir ingresos por los motivos expuestos, que la hermana se vio en la obligación de apoyar económicamente con la ayuda de la comunidad, como se acreditó luego en el proceso judicial. Por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2001, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 20 de febrero de 2020 (Expediente digital, PDF 20 - ANEXOS 2 SUBSANACION DEMANDA GILDARDO TOVAR C PORVENIR20201201, págs. 14 a 16), por lo que la entidad tenía hasta el 20 de abril del mismo año para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir de esta última fecha, como lo estableció el A quo.

Surge de lo dicho, que está Sala habrá de confirmar en su integridad la decisión de primer grado.

Descuento de aportes a salud

Por último, se autoriza a la enjuiciada para que realice los descuentos al subsistema general de salud, ya que dicha obligación opera por ministerio de la ley, incluso no se requiere de autorización judicial en ese sentido (SL969-2021).

Costas

En esta instancia a cargo de AFP PORVENIR S.A. y a favor de los actores, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: AUTORIZAR a la demandada a realizar los descuentos al sistema general de seguridad social en salud, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO. CONDENAR en costas en la presente instancia en favor de los demandantes y a cargo de la accionada. Las de primera se confirman.

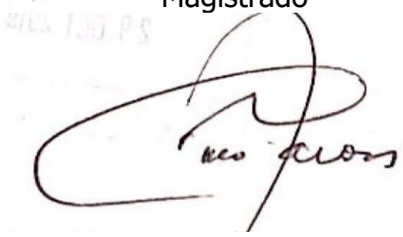
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

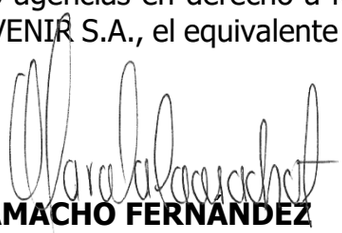


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho a favor de cada uno de los demandantes y a cargo de AFP PORVENIR S.A., el equivalente a dos (2) SMMLV, esto es, la suma de $1.817.052.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ROSALBA VARGAS CARDENAS***
DEMANDADO:	***UGPP***
RADICACIÓN:	***110013105-005-2019-00154-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – COMPAÑERA PERMANENTE DE PENSIONADO.***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los Drs. RAFAEL ALBERTO GUTIERREZ MEJIA y LAURA NATALI FEO PELAEZ, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de la parte demandante y UGPP, respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora ROSALBA VARGAS CARDENAS a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente de LUIS MARIO LUGO JIMENEZ (Q.E.P.D), a partir del 18 de febrero de 1973, el retroactivo desde el mes de agosto de 2017, cuando fue retirada de nómina, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 6397 del 13 de octubre de 1967 CAJANAL, reconoció la pensión de jubilación a Luis María Lugo Jiménez (Q.E.P.D); que la demandante y el señor Luis María Lugo Jiménez convivieron de manera continua e ininterrumpida desde el 1 de diciembre de 1956 hasta el 18 de febrero de 1976; que a causa de la convivencia procrearon siete hijos de nombres Alba Judith, Luis Felipe, Blanca Ruth, Margarita, Patricia, Jairo Alexander y Martha Josefa Lugo Vargas; que el señor Luis María Lugo Jiménez falleció el 18 de febrero de 1973; que en vida Luis María Lugo Jiménez cotizó al ISS como

trabajador privado con el empleador "Lugo Hermanos"; que mediante resolución No 5006 del 10 de julio de 1973 el ISS, le reconoció la pensión de viudez a la demandante y pensión de orfandad a los hijos; que CAJANAL mediante resolución No 6494 del 13 de noviembre de 1972, reconoció la sustitución pensional a la demandante en representación de los hijos menores del causante; que CAJANAL venía reconociendo la prestación, pero intempestivamente en agosto de 2017 le fue suspendido el pago, encontrándose a la fecha sin percibir la prestación; que la UGPP de manera unilateral y sin acto administrativo que lo respalde, al retiró de la nómina de pensionados; que mediante resolución RDP046187 del 12 de diciembre de 2017 establece que la demandante adeuda a la UGPP el valor de $167.589.165 por concepto de mesadas recibidas a partir del 01 de septiembre de 1995 y hasta el mes de agosto de 2017; que el 27 de septiembre de 2017 elevó solicitud pensional en calidad de compañera permanente, pero le fue negada a través de resolución RDP001706 del 19 de enero de 2018, bajo el argumento de que a la fecha de fallecimiento del causante las compañeras permanentes no tenían derecho a la sustitución pensional; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión, pero le fueron desatados de manera desfavorable a través de resolución RDP016545 del 9 de mayo de 2018 y resolución RDP017146 del 15 de mayo de 2018, respectivamente. (Fols. 73 a 80).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 133 y 134); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de UGPP.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que CAJANAL mediante la resolución No 6494 del 13 de noviembre de 1972, reconoció la sustitución pensional a los beneficiarios Alba Judith, Luis Felipe, Blanca Ruth, Margarita, Patricia y Jairo Alexander Lugo Vargas como hijos menores de edad, y por ello, la señora Rosalba Vargas Cárdenas actuaba en calidad de representante de los beneficiarios, y no como beneficiaria de la prestación; asimismo, que a la demandante le fue reconocida la pensión de viudez por parte del ISS mediante resolución No 5006 de 1973, lo que genera incompatibilidad con la sustitución pensional de conformidad con el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001; que la actora actuó de mala fe al seguir percibiendo la prestación a pesar de que ya se había extinguido el derecho a los menores de edad desde el año de 1993, por lo que la actora adeuda al sistema la suma de $167.689.165. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe de la UGPP, prescripción y la innominada o genérica (Fol. 136 a 144).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de junio de 2020, mediante la cual el Juzgado absolvió a la UGPP de las pretensiones invocadas por la demandante Rosalba Cargas Cárdenas; declaró que Rosalba Cargas Cárdenas no adeuda suma alguna a la UGPP en virtud de los principios de buena fe y confianza legítima; declaró probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación respecto del restablecimiento de la pensión de sobrevivientes e intereses moratorios e inexistencia de la obligación. (Fls. 209 a 2010 Acta expediente digital, con audio de la audiencia virtual).

Su decisión se basó en que de conformidad con el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha del deceso del causante (18 de febrero de 1973), en el sub examine, el Decreto 3135 de 1968 y Decreto 435 de

1971, el que no establece a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, ya que solo lo consagra para la cónyuge e hijos, y que si bien con posterioridad se incluyó a la compañera permanente a través de la ley 12 de 1975, no le es aplicable por la fecha en que falleció el causante.

Que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al contrario de lo dicho por el actor, establece que la normatividad aplicable al momento del deceso no estatuyó la sustitución pensional a favor de la compañera permanente, para ello hizo eco de la sentencia SL10139 de 2015.

Que si bien es cierto en vigencia de la Constitución Política se ha aceptado conceder la pensión de sobrevivientes a la compañera permanente, ello se ha efectuado a través de la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 3135 de 1968, tal como acontece en la sentencia T-584 de 2009; no obstante, consideró el a quo que para inaplicar el Decreto 3135 de 1968 se debía revisar las condiciones particulares de cada caso, encontrando en el sub examine que efectivamente se encontraba acreditado la calidad de beneficiaria como compañera permanente, tal como quedó demostrado con los testigo, pero a su juicio no se podía implicar el decreto 3135 de 1968 por cuanto la actora se encuentra pensionada por el ISS, actualmente vive en un lugar donde el costo de vida no es tan oneroso, es decir, no encontró que exista alguna afectación a garantías fundamentales para proceder a inaplicar la normatividad que restringía el accesos a la sustitución pensional en calidad de compañera permanente.

Frente a la devolución de mesadas pagadas erróneamente, empezó por aclarar que de conformidad con la resolución de CAJANAL, la actora solo fungía como representante de sus hijos, y no como beneficiaria, por ello los pagos realizados por concepto de sustitución pensional fueron errados ante la omisión de CAJANAL, hoy UGPP de haber suspendido el pago en el momento en que se extinguió el derecho de los beneficiarios; no obstante, apreció que los pagos recibidos por la actora fueron de buena fe, pues ella estaba convencida de que tenía derecho a la prestación, además que al tratarse de un error de CAJANAL, hoy UGPP, es dable considerar que por respeto del acto propio y confianza legítima, y su actuar de buena fe, no hay lugar a ordenar que restituya suma alguna a la UGPP, sin que pueda incluso tal entidad proceder a ejecutar lo pagado a la actora.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por las partes procesales:

5.1 Demandante.: Manifiesta que en la demanda se indica claramente que la actora fue reconocida como representante de los menores de edad, por ello, luego presentó solicitud de reconocimiento prestacional como compañera permanente; que si bien el Decreto 3135 de 1968 y Decreto 434 de 1971 no consagran a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, no se puede desconocer que esa norma fue dictada en un momento histórico en la que se le daba prioridad al vínculo matrimonial, pero con la vigencia de la Constitución Política no se puede fallar con esa misma perspectiva, máxime cuando se está negando el acceso a una prestación de una compañera permanente que convivió por espacio de más de 17 años con el causante, y con el que además procreó siete hijos; que esas normas aplicadas al día de hoy generan injusticias; que es procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad; que la jurisprudencia ha ido avanzando en la concesión de derechos a quienes expresamente las normas no los consagra, como por ejemplo los

hijos de crianza. En definitiva, solicita que se revoque la sentencia y se conceda la sustitución pensional, dejando incólume la declaratoria de que la actora no está obligada a devolver suma alguna a la UGPP.

5.2 UGPP.: Solicita que se revoque la declaratoria de que la demandante no está obligada a devolver las sumas de dinero recibidas por concepto de pensión, ya que aquella no tenía derecho a la misma, además la UGPP tiene la facultad para iniciar las actuaciones judiciales para impedir que se genere un detrimento de los recursos del sistema, tal como lo establece la ley 575 de 2013 en su artículo 6°; que la actora sí adeuda a la UGPP los recursos cobrados de manera irregular.

6. Alegatos de conclusión. La UGPP presenta alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia en lo atinente a la absolución del reconocimiento pensional; en lo que tiene que ver con la facultad de cobrar las mesadas otorgadas a la demandante, solicita que se revoque ya que se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema.

7 CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes 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 los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: ¿La señora ROSALBA VARGAS CARDENAS reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente causada por el señor LUIS MARÍA LUGO JIMENEZ (q.e.p.d.), en virtud de lo establecido en el Decreto 3135 de 1968 y Decreto 434 de 1971?

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES COMPAÑERA PERMANTE Y CÓNYUGE DECRETO 3135 DE 1968

Fallecimiento

El señor Luis María Lugo Jiménez (Q.E.P.D) falleció el 18 de febrero de 1973, según registro civil de defunción obrante a folio 5.

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor Luis María Lugo Jiménez (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que CAJANAL le reconoció pensión de jubilación, conforme Resolución N° 6397 del 13 de octubre de 1967, efectiva a partir del 10 de agosto de 1963, en cuantía inicial de $592.36 (Fol. 16 contenido de la Resolución RDP046187 del 12 de diciembre de 2017).

Normatividad aplicable

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

Ello así, al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en el artículo 39 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el Artículo 20 del Decreto 434 de 1971, pues el causante falleció el 18 de febrero de 1973.

Normativa que dispone en su tenor literal:

> *"ARTÍCULO 39. Sustitución de pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial con derecho o en goce de pensión de invalidez o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por causa de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho p. percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la pensión respectiva durante los cinco (5) años subsiguientes.*
>
> *Cuando faltaren el cónyuge o los hijos, la sustitución pensión corresponderá a los padres o hermanos inválidos y a las hermanas solteras del causante que dependieran económicamente del extinto".*

Ahora, como se extrae del texto normativo, la pensión allí consagrada se establece a favor de la cónyuge sobreviviente, dejando por fuera a la compañera permanente, incluso la prestación era temporal, y con posterioridad a tal normativa se expidió la Ley 33 de 1973, en la que tal prestación pasó de ser temporal a vitalicia, pero tampoco incluía a la compañera permanente como beneficiaria.

Para resolver, valga a propósito traer a colación la sentencia de la Corte Constitucional SU454-2020, en la que se presentó acción constitucional contra la decisión del 27 de noviembre de 2018, tomada por la Sala de Descongestión No. 4 de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se denegó el derecho a la sustitución pensional por tener la demandante la calidad de compañera permanente y ser su derecho supletorio o a falta de cónyuge supérstite, caso de contornos similares al aquí debatido, en tal oportunidad la Corte Constitucional adoctrinó que:

> *"La autoridad judicial accionada estaba obligada a realizar un examen de constitucionalidad de la disposición concernida, artículo 55 de la Ley 90 de 1946, para determinar el derecho de la peticionaria a la sustitución pensional. Esto es, a la luz de los postulados de la Constitución Política de 1991, específicamente, del artículo 42 el cual prescribe que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos; sus relaciones se basan en la igualdad de derechos, así como en el respeto recíproco entre todos sus integrantes y el Estado y la sociedad están obligados a garantizar su protección integral.*
>
> *La decisión de la accionada, de excluir a quien aduce ostentar la condición de compañera permanente de la sustitución pensional por aplicar la prevalencia de la cónyuge en el derecho a acceder al beneficio, prevista en el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, configuró una violación directa de la Constitución Política. La Carta de 1991 establece expresamente que no son admisibles las distinciones fundadas en el origen del vínculo familiar y, por tanto, prevé que las determinaciones que en su vigencia mantengan estas diferenciaciones*

> *reproducen un tratamiento discriminatorio infundado e inadmisible, merecedor de reproche*
> *(…)*
> *Así las cosas, si un juez de la República se enfrenta, como en esta oportunidad, a una providencia que ubica irrazonablemente a las uniones de hecho en una situación de clara desventaja con respecto a las familias surgidas del matrimonio debe declarar su inconstitucionalidad por contrariar el propósito del actual Constituyente que proclama por un Estado social de derecho igualitario".*

Conforme a lo dicho, esta Corporación se aviene al precedente sentado por la Corte Constitucional en las sentencias SU574 de 2019 y SU454 de 2020, como verdadera fuente de derecho al tratarse de una "*ratio decidendi*" que se exterioriza más allá del caso particular y permite adecuar la norma a eventos en que la reclamante sea compañera permanente a pesar de coexistir cónyuge supérstite del causante, ello bajo los postulados de la Constitución de 1991, en especial del desarrollo del concepto de familia.

Al respecto, la sentencia SU377-2017, nos enseña: "*Ahora bien, 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".*

De igual manera, nótese que la Corte Constitucional en sentencia C-879 de 2005, al referirse al artículo 34 del Decreto 3135 de 1968, el cual hacía referencia solo a la "cónyuge sobreviviente", después de hacer el respectivo análisis, y apreciar en línea de principio que aquella disposición estaba derogada, concluyó que:

> *"En resumen, para la Corte, aunque la norma demandada fue derogada por una disposición anterior a este pronunciamiento, la misma sigue produciendo efectos jurídicos en tanto que la situación de exclusión por ella promovida se ha perpetuado en el tiempo, al punto que es probable que muchas de las personas excluidas de su regulación no hayan recibido la prestación económica derivada del fallecimiento del servidor público.*
> *(…)*
> *No se requiere más que una rápida lectura de la jurisprudencia constitucional para revelar que el tratamiento jurídico diferencial entre el matrimonio y la unión marital de hecho se ha considerado abiertamente incompatible con la axiología de la Carta Fundamental"*

Ello así, lo primero que advierte la Sala es que la a quo se equivocó al negar la prestación por el hecho de que la norma vigente para ese momento no preveía a la compañera permanente como beneficiaria, es decir, aplicó la norma en su literalidad, sin percatarse que aun cuando la misma puede solo referir a la cónyuge, debía también en procura de materializar los principios constitucionales, entender que la compañera permanente es beneficiaria de la prestación allí consagrada.

Nótese que la juez primigenia para negar la prestación hace alusión a la sentencia T-584 de 2009, en la que ciertamente en un caso de similares contornos es enfática en determinar que:

> *"el derecho a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, en tanto concreción del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado tanto por los cónyuges como por los compañeros permanentes de los trabajadores pensionados. Y en caso de presentarse un conflicto entre los reclamantes para acceder a tal beneficio en forma concurrente, ha establecido esta Corporación que el factor determinante para dirimir la controversia, según la ley, es la existencia de un compromiso efectivo de apoyo y comprensión mutua entre el causante y el potencial beneficiario al momento de la muerte de aquél".*

Y en lo que respecta al caso concreto la Corte Constitucional decide ordenar el reconocimiento pensional, pero lo hace por razón a que la tutelante logró acreditar los requisitos para ordenar a la UGPP el reconocimiento de manera definitiva, más no se infiere de la providencia que deba realizarse un análisis de cada caso particular para determinar si le asiste o no derecho a la sustitución pensional en calidad de compañera permanente, pues fue tal entendimiento el que llevó al a quo a considerar que no se avizoraba en el expediente vulneración de derecho fundamental y que además la actora venia percibiendo una pensión de viudez y residía en un lugar donde el costo de vida no era muy alto, tesituras que para la Sala no son de recibo, dado que de ninguna manera puede condicionarse la causación de un derecho pensional a requisitos que no tienen respaldo normativo.

Así las cosas, a la luz de los principios orientadores de la Constitución de 1991, considera la Sala que la actora en calidad de compañera permanente le asiste pleno derecho a reclamar la sustitución pensional y a que le sea reconocida previo el cumplimiento de los requisitos legales.

Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente de pensionado

Del contenido del artículo 39 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el Artículo 20 del Decreto 434 de 1971, se desprende que no se exige un tiempo mínimo de convivencia, sino que requiere el beneficiario acreditar que dependía económicamente del causante, lo que se logra extraer de la prueba testimonial recabada, pues todos al unísono refirieron conocer a la pareja Lugo Vargas, manifestando que de aquella unión procrearon siete hijos, refirieron que era el señor Luis María Lugo Jiménez quien sostenía el hogar, y de igual modo, que nunca se enteraron de que se hayan separado o que el causante haya tenido otra relación.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que al haber continuado cotizando el señor Luis María Lugo Jiménez con el empleador "Lugo Hermanos", le permitió a la actora en ese momento obtener la pensión de viudez (Fol. 46 y 47) por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, con lo cual, no existe duda de que la actora es beneficiaria y dependía económicamente del causante, pues la negativa en el reconocimiento pensional por parte de la UGPP según se desprende de los diferentes actos administrativos (Fols. 29 a 45) se contrae solamente a que la norma no consagra la sustitución pensional a favor de la compañera permanente.

En lo que respecta a la incompatibilidad entre la pensión de viudez y la sustitución pensional, cumple precisar que no se configura la misma, pues la pensión de viudez fue otorgada por el extinto ISS, hoy COLPENSIONES por haber cotizado con empleadores del sector privado, mientras que la pensión de jubilación que le reconoció CAJANAL lo fue por el servicio prestado en entidades públicas, y si bien amparan el mismo riesgo, debe tenerse en cuenta que la fuente de financiación es distinta, y bajo las normas anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 no se predica tal incompatibilidad, al respecto la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL452-2013, que rememoró la de radicado No 7109 del 27 de enero de 1995, sostiene:

> *"Igualmente, debe anotarse que ésta Sala de la Corte se ha pronunciado en asuntos, en los cuales se ha expresado que no existe incompatibilidad de carácter institucional entre la pensión de jubilación reconocida por una entidad oficial con la sustitución pensional o pensión de viudez otorgada por la misma u otra entidad oficial, lo cual también puede predicarse cuando el Instituto de Seguros Sociales reconoce una pensión de sobrevivientes a favor de la viuda y por otra parte otorga directamente a la trabajadora la pensión de vejez originada en un riesgo diferente, por la prestación de sus propios servicios. Entre otras, pueden citarse, la del 21 de mayo de 1991; 3 de marzo de 1994; 2 de noviembre de 1994 y 24 de enero de 1995."*

Así las cosas, causado como está el derecho a favor de ROSALBA VARGAS CARDENAS, se procede a la condena en concreto, para lo cual, ha de precisarse que la sustitución pensional primigeniamente otorgada mediante resolución No 6494 del 13 de noviembre de 1972, a ALBA JUDITH, LUIS FELIPE, BLANCA RUTH, MARGARITA, PATRICIA y JAIRO ALEXANDER LUGO VARGAS (Fol. 7 y 8), ya no se viene reconociendo por parte de la UGPP, pues al último beneficiario se le extinguió el derecho el 21 de noviembre de 1993, tal como se constata de la resolución No 3003 del 06 de junio de 1979 (Fol. 97 a 99).

Aunado a lo anterior, la UGPP no allegó manifestación alguna de que por circunstancias excepcionales haya seguido reconociendo la sustitución pensional a alguno de los beneficiarios antes expuestos, al contrario, lo que sucedió fue que la entidad no procedió a extinguir la prestación, y continuó girando la mesada pensional, misma que fue cobrada por la actora. La UGPP solo hasta el año 2017 se percata de la irregularidad y decide suspender el pago de la prestación e iniciar el cobro de las mesadas reconocidas como se constata en la resolución RDP046187 del 12 de diciembre de 2017 (Fol. 98 a 101).

Al respecto, en efecto la actora desde la resolución No 6494 del 13 de noviembre de 1972, fungía como representante de sus hijos y no como beneficiaria, razón por la que, ante la omisión de la entidad de seguridad social en no percatarse a tiempo y suspender la prestación al momento en que el último beneficiario cumpliera la mayoría de edad o dejara de ostentar tal calidad, no conlleva a determinar que la actora haya obrado de mala fe al seguir percibiendo la prestación, pues en todo caso fue la entidad la que en su actuar omiso continuó sufragando la prestación sin tener obligación legal de hacer. Ahora, como en esta instancia se declara el derecho a favor de la actora, y como quiera que percibió la prestación de manera completa e ininterrumpida hasta el mes de agosto de 2017, lo procedente es entrar a estudiar si hay lugar al reconocimiento de las mesadas causadas a partir del 01 de septiembre de 2017, y para ello debe estudiarse la excepción de prescripción.

Aprecia la Sala que una vez le fue suspendida la prestación o dejada de cancelar, la actora elevó solicitud de la prestación el 27 de septiembre de 2017 y la misma fue resuelta de manera desfavorable mediante resolución RDP001706 del 19 de enero de 2018 (Fols. 1 a 3 Expediente administrativo), notificada el 08 de febrero de 2018 (Fol. 118), y la demanda se instauró el 11 de septiembre de 2018 (Fol. 64), es decir, que entre la suspensión del pago de mesadas pensionales (01 de septiembre de 2017), la reclamación del derecho, la respuesta de la entidad y la presentación de la demanda, no transcurrieron más de los tres años de que trata los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S., con lo cual, no opera el fenómeno de la prescripción.

En este punto sea preciso considerar que, si bien la actora percibió la prestación sin fungir como titular de la prestación, en la medida en que la UGPP efectuó el pago, habrá de confirmarse la decisión de instancia que declaró que la actora no está obligada a reintegrar suma de dinero a favor de la UGPP, y a la vez, tampoco la UGPP está habilitada para cobrar tales aportes, pues fue el error de la misma entidad que llevó a que se siguieran efectuando pagos a favor de la actora, sin que tenga sentido entrar a realizar el análisis respecto a las facultades de cobro que tiene la UGPP para recuperar mesadas otorgadas de manera irregular, pues en todo caso debe tenerse de presente el principio de buena fe y confianza legítima (C-258-2013), el cual en el caso de mesadas pensionales recibidas de manera irregular cobra mayor importancia, debiéndose analizarse cada caso en particular, pues no es lo mismo perseguir la devolución de mesadas pensionales reconocidas con fraude a la ley, que las que se reconocieron en favor de la actora, el cual se itera fueron producto de los errores administrativos de CAJANAL hoy UGPP, por ende, las mesadas que se sufragaron hasta agosto de 2017 se consideran como pago de la obligación, pues no puede pasarse por alto que la accionante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes desde el momento del fallecimiento de su compañero sentimental o en todo caso, desde el 21 de noviembre de 1993, data a partir de la cual se le extinguió el derecho al último hijo beneficiario, pago que de buena fe realizó la UGPP, así como de buena fe, fue recibido por la actora.

Ya en lo que tiene que ver con las mesadas causadas a partir del 01 de septiembre de 2017, en vista que el monto pensional para ese año ascendía a $875.690 (Fol. 108), con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **$54.009.370**, correspondiente a las mesadas causadas entre 01 de septiembre de 2017 y el 31 de octubre de 2021, y a partir del 1º de noviembre de 2021 la UGPP deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a $991.948, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Luis María Lugo Jiménez (Q.E.P.D), fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

REAJUSTE PENSIONAL				
Año	**IPC**	**Valor reconocido**	**# mesadas**	**Total retroactivo**
2017	4,09%	$ 875.690	4	$ 3.502.760

2018	3,18%	$ 911.506	14	$ 12.761.080
2019	3,80%	$ 940.492	14	$ 13.166.882
2020	1,61%	$ 976.230	14	$ 13.667.224
2021		$ 991.948	11	$ 10.911.424
			TOTAL	**$ 54.009.370**

Se autoriza igualmente a la UGPP para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, que coincide con la sentada ahora por nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1681-2020, según las cuales los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 199 se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior.**

No obstante lo anterior, también debe tenerse en cuenta que existen eventos en los cuales no proceden los intereses moratorios, como cuando existan ciertas dudas sobre la titularidad del derecho pensional (SL14528-2014), cuando la negativa pensional se hace con apego a la norma aplicable al caso, o cuando el derecho reconocido es en virtud de cambio de criterio jurisprudencial (Sl3808-2020).

En el sub examine, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento pensional surge del acogimiento de la postura que en derredor del tema ha pregonado la Corte Constitucional sobre la posibilidad de que la compañera permanente pueda acceder a la sustitución pensional de que trata el Decreto 3135 de 1968, tesituras que para esta Judicatura hacen inviables los pretensos intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Siendo que no se accedió a los intereses moratorios, se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que "*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*", en lo que al punto concluye:

> *"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo*

por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la UGPP cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexadas a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera correrán a cargo de la UGPP. Tásense.

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.: REVOCAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la UGPP de la pretensión de reconocimiento pensional, para en su lugar, **DECLARAR** que la señora ROSALBA VARGAS CARDENAS, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del causante LUIS MARÍA LUGO JIMENEZ (q.e.p.d), por cumplir con los requisitos del Decreto 3135 de 1968, modificado por el Decreto 434 de 1971, conforme las consideraciones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: **CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP a pagar a la señora ROSALBA VARGAS CARDENAS, la suma de **$54.009.370,** por concepto de retroactivo pensional causado desde el 1° de septiembre de 2017 hasta el 31 de octubre de 2021. A partir del 1º de noviembre de 2021, la UGPP, deberá pagar a la demandante, una pensión de sobrevivientes equivalente a **$991.948**, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.

Parágrafo: Se autoriza a la UGPP a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud.

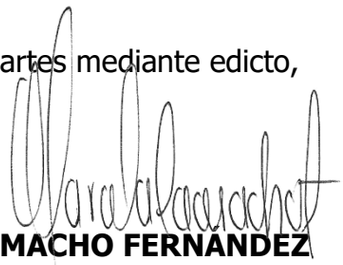
TERCERO: **Se ABSUELVE** de la pretensión de intereses moratorios, y en su lugar, se ordena la **INDEXACIÓN** de cada una de las mesadas que componen el retroactivo aquí ordenado y las que se sigan causando, indexación que debe hacerse teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectué su pago.

CUARTO: CONFIRMAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la motiva.

QUINTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por sustracción de materia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la UGPP Tásense.

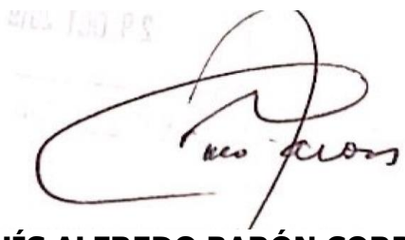
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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 ISABEL CERÓN DE SOUSA
Demandada: COLPENSIONES Y OTRAS.
Radicado No.: 38-2019-00741-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – REVOCA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

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

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Isabel Cerón de Sousa instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Proteccion S.A. y AFP SKANDIA S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS efectuada en el mes de abril de 1998 con el fondo DAVIVIR hoy AFP Protección SA; que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado en el mes de abril de 1998 con el fondo DAVIVIR hoy Protección SA y en consecuencia la inoperancia de sus efectos; que se declare como afiliación válida la efectuada en el RPMPD por el ISS hoy Colpensiones; que se condene a Old Mutual hoy Skandia SA a trasladar a Colpensiones los aportes realizados por la demandante al RAIS; que como consecuencia se ordene a Colpensiones a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS; que se profiera las condenas extra y ultra petita y se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 16 de mayo de 1962 y que a la fecha de la presentación de la demanda cuenta con 57 años; que se afilió al sistema general de pensiones el 29 de agosto de 1990 cotizando al ISS; que para 1998 se afilió al RAIS con el fondo DAVIVIR hoy Protección SA; que al momento del traslado no fue asesorada ni informada de una manera clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; que el 5 de julio de 2016 se vinculó con Old Mutual hoy Skandia; que la vinculación con Skandia se da en las mismas condiciones que la inicial sin contar con la asesoría e información completa. (Fol 1- 10)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 99) sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de demanda.

3.1. Colpensiones. Presentó contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS; que no probó error, fuerza o dolo en la afiliación con la AFP; que el traslado de los aportes realizados por solicitud de la demandante se realizó con plena voluntad de la cotizante; que la demandante no contaba con una expectativa legítima de pensionarse con la norma anterior a la Ley 100 de 1993; que se le brindó la posibilidad de retractarse; que permaneció más de 20 años afiliada al RAIS sin manifestar su inconformidad; que la demandante solicita la nulidad del traslado de régimen encontrándose a menos de 10 años para acreditar la edad para acceder a la pensión de vejez; que ha obrado conforme lo establece la ley por lo que no hay lugar a la condena haciendo uso de las facultades ultra y extra petita; que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de las pretensiones pedidas y debe condenarse en costas a la misma ; como excepciones propuso las que denominó inexistencia del derecho y la obligación; excepción de error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe; prescripción; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y finalmente la innominada o genérica. (fol 152 - 160)

3.2. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a cada una de las declaraciones señalando que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que se realizó en forma libre y espontánea; que la firma es señal de aceptación lo que constituye una manifestación inequívoca para trasladarse de fondo; que no es posible afirmar que la forma en cómo se liquide la pensión de vejez haga nula la afiliación; que el acto es válido y emanado de la voluntad misma del cual nacieron obligaciones para ambas partes; por no haber lugar a que se predique alguna conducta contra el fondo no hay asidero fáctico para condenar en ejercicio de las facultades ultra y extra petita; que se condene a la demandante al pago de costas; como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; la innominada o genérica; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la de inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.(fol 170 - 180)

3.3. Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. Contesto la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que no es posible declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD; que la afiliación se dio siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico proporcionándole toda la información; que la demandante el 05 de julio de 2016 suscribió formulario para hacer el traslado de la AFP Protección a Skandia SA; que dicha afiliación se encuentra vigente; que le es aplicable la prohibición del art 13 literal e; que la elección de régimen es libre y voluntaria; que este fondo ha actuado de buena fe y conforme a los lineamiento vigentes; finalmente propuso como excepciones las de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón

de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de la violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante. (fol 100- 108)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de julio de 2021 en la que el fallador de instancia absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, se relevó del estudio de las excepciones y finalmente condenó en costas a cargo de la actora.

La decisión del Juez se basó en el artículo 112, 61 de la ley 100 de 1993; al artículo 11 del decreto 692 de 1994; las sentencias SL 3752 de 2020, 14263 de 2015, 413 de 2018 y la SL 373 de 2021 señalando que la demandante no relata haber hecho ningún tipo de solicitud para solicitar formulario de actualización de afiliación; que las personas que cumplan con los requisitos para el traslado al RAIS no podrán ser rechazadas; que no le es dable a la AFP desincentivar las afiliaciones al régimen; que en el proceso de afiliación no intervino ningún asesor ni promotor pero que la demandante tampoco lo solicitó; que la selección de régimen implica la aceptación de las características del régimen en todas sus prestaciones; que la escogencia de régimen es libre y voluntaria; que se cumplió con el procedimiento en el cual la demandante seleccionó la administradora privada; que no se pudo demostrar que se le haya brindado asesoría; que quien toma la decisión de trasladarse lo hace con certeza o claridad de las consecuencias; que no se le puede reprochar a la AFP que no haya brindado la información pues nadie lo requirió; que en el formulario se consignó que la decisión es libre, voluntaria y espontánea; que las leyendas pueden ir preimpresas y la firma es la señal de aceptación; que todo lo realizado fue ajustado a derecho; que el desconocimiento no sirve de excusa y no es dable aducir que desconoce el ordenamiento para obtener la ineficacia; que la demandante no tenía ningún interés en acercarse a ninguna institución para solicitar información; que la demandante no se preocupó por indagar o solicitar información; que manifestó indirectamente el querer estar en el RAIS y finalmente que no es posible retrotraer las cosas por cuanto la historia laboral ya está consolidada.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la apoderada de la parte **DEMANDANTE** solicitando que se revoque la sentencia de instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda señalando que no se cumplió con el deber de información en el momento de la afiliación; que no se contó con la asesoría por parte de la AFP; frente al artículo 11 de la ley 100 de 1993 sostiene que la CSJ ha decantado el cumplimiento y obligación que tenían las AFP como administradoras; que se debe dar una información clara, suficiente, veraz, oportuna y cierta; que es obligación de las AFP verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos para que la afiliación fuese válida; que son las AFP quienes tienen la obligación de dar toda la información a los afiliados y no trasladar la carga de la prueba a la demandante; que en la SL 1452 de 2019 concluye que el deber de información siempre existió y que lo mínimo para la fecha era que se le hubiese dado información de los dos regímenes; que las firmas en el formulario es solamente prueba del querer afiliarse mas no de una voluntad informada; que la carga de la prueba debe ser invertida a las demandadas; que lo que quedó probado es que la AFP no le brindó la información; que al no dirigirse a las oficinas de las AFP no se puede hablar de actos de relacionamiento; que no se validó ni ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS y finalmente que le es dable a las AFP desincentivar la afiliación de sus posibles afiliados cuando es evidente que no es conveniente.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a todas y cada una de las pretensiones formuladas, considerando que la posición actual, reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha sido uniforme en el sentido de establecer que la presunción en estas situaciones es de hecho "iuris tantum" y corresponde a la falta de información a cargo del fondo de pensiones privado, y será este quien tenga la carga de desvirtuarla, pues al tener una posición privilegiada por tener conocimientos normativos, actuariales, y estrategias de mercado, les permite ser versados en la materia y pueden influir de manera parcializada en la decisión del ciudadano del común que no cuenta con la información y mucho menos con la experiencia para poder adoptar una decisión consciente sobre estos asuntos, máxime cuando la información brindada ha sido tergiversada, ora parcializada para la captación inescrupulosa del mercado.

6.2. Colpensiones. Solicitó en su favor que se confirme la sentencia absolutoria de primera instancia teniendo en cuenta que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse.

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 la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿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 es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó 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 N.º 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, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora María Isabel Cerón De Sousa se encontraba cotizando al ISS desde el mes de agosto de 1990 hasta el 31 de mayo de 1996 (Fol 18); que posteriormente suscribió formulario con Davivir hoy Proteccion SA con fecha 1 de abril de 1998 (Fol 181) y finalmente que suscribió formulario con Old Mutual de fecha 5 de julio de 2016. (fol 115)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, 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 enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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 social 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 le corresponda 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.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP 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 cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandadas, como equivocadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **María Isabel Cerón De Sousa** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la 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, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 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.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 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, las AFPs demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar a la promotora de la litis información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca el A quo al considerar que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

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, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la actora 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. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo argumentos expuestos por los fondos de pensiones codemandados en sus contestaciones de demanda.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP 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 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, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, 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 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Conclusión

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 15 de julio de 2021, para en su lugar, declarar por esta Sala la **INEFICACIA** de la afiliación de **MARÍA ISABEL CERÓN DE SOUSA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordenará a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la actora decidió trasladarse a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Así mismo, se **ORDENARÁ** a esta última a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **MARÍA ISABEL CERÓN DE SOUSA**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna, de manera indexada. Finalmente, se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de los fondos de pensiones codemandados.

COSTAS

En ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **MARÍA ISABEL CERÓN DE SOUSA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 1 de abril de 1998 a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales **MARÍA ISABEL CERÓN DE SOUSA**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en

consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar con destino a la **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexado desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de conformidad con lo motivado.

CUARTO: CONDENAR a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **MARÍA ISABEL CERÓN DE SOUSA**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna y de manera indexada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **MARÍA ISABEL CERÓN DE SOUSA**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas.

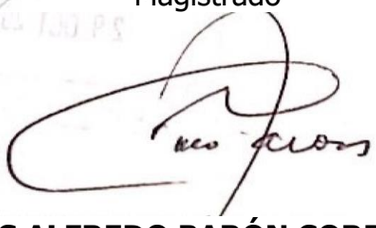
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-*

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **MARÍA ISABEL CERÓN DE SOUSA** y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VICTORIA EUGENIA RAMÍREZ FERNÁNDEZ
Demandada: COLPENSIONES Y OTRAS.
Radicado No.: 22-2019-00475-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – MODIFICA Y REVOCA DE FORMA PARCIAL.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

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

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Victoria Eugenia Ramírez Fernández instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Old Mutual S.A. hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia según se demuestre del traslado del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, se ordene a las AFP codemandadas la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aporte obligatorios y rendimientos devengados. Así mismo, se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante a recibir los aportes y rendimientos devueltos y, actualizar y corregir la historia laboral de la actora. Se condene a las AFP codemandadas al pago de perjuicios morales causados los cuales estima en 200 SMLMV y costas del proceso. Solicitó como pretensiones subsidiarias que se declare como inexistente el acto por medio del cual se trasladó a del RPMPD al RAIS y en tal virtud, se condene a las pretensiones atrás aludidas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 4 de octubre de 1964, estuvo afiliada al ISS desde 1989 hasta 1995 y que el 14 de febrero de 1995, por no recibir información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. Refirió que el 7 de febrero de 1997 suscribió formulario de afiliación con AFP Protección S.A., que al igual el 19 de marzo de 1998 retorno a AFP Porvenir S.A., para posteriormente el 30 de abril de 2010 suscribir formulario de afiliación con

Old Mutual. Esgrimió que realizó estas afiliaciones por considerar que era mucho más beneficioso que el RPMPD, además, dado a que las AFP comenzaron a ejercer publicidad por diferentes medios de comunicación personal y mediante visitas personales. Expuso que los asesores nunca advirtieron sobre riesgos que existían por trasladarse de régimen, ni le indicaron que la pensión podría ser inferior al del RPMPD o que eventualmente no podría pensionarse por cual cuanto el capital sería insuficiente, entre otras cosas. (Expediente digital, PDF 2019-475, págs. 122 a 137).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 2019-475, pág. 207), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de demanda.

3.1. Colpensiones. Presentó contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, considerando que no obra prueba alguna que dé cuenta que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, en tanto que dentro de las solicitudes no existe nota de protesto o anotación alguna que permita inferir que hubo una inconformidad por parte de la demandante en la suscripción del formulario de afiliación. Indicó que la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, además, que no procede la condena en costas ya que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión final de la actora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia el pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente digital, PDF 2019-475, págs. 208 a 244)

3.2. Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. Contestó la demanda con oposición a la primera pretensión señalando que para el 30 de abril de 2010 la actora suscribió formulario de afiliación con fecha efectiva el 1 de junio de 2010, misma que se encuentra vigente. Sostuvo que, de acuerdo con la ley, la selección de régimen es libre y voluntaria por parte de la afiliada, por manera que al suscribir dicho formulario aceptó todas y cada una de las condiciones propias del régimen. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la actora se encuentra inhabilitada para el trasladado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 2019-475, págs. 148 a 164)

3.3 AFP Porvenir S.A. En respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones de esta argumentando que la actora no allega prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, además pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaban a cargo de las AFP. Refirió que no se puede pasar por alto la decisión de ratificación realizado por actora referente a los 4 traslados horizontales que realizó por lo que deberían ser tenidos en cuenta como actos de relacionamiento. Significó que no procede la declaratoria sin solución de continuidad ya que la afiliación al RAIS es válida, además,

que no allega prueba ni sustento fáctico para determinar el presunto daño sufrido en relación con el perjuicio. Propuso como medios exceptivos las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, la de buena fe. (Expediente digital, PDF 2019-475, págs. 292 a 319)

3.4. AFP Protección S.A. Dio contestación de la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que el traslado efectuado el 7 de febrero de 1997 con la AFP fue un acto existente, válido, exento de vicios y de cualquier fuerza para realizarlo. Hizo notar que del formulario de afiliación que suscribió la actora se realizó de forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones para ambas partes, máxime cuando se vio precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, genérica y la de traslado de aportes. (Expediente digital, PDF 2019-475, págs. 348 a 378)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de febrero de 2021, en la que se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS el 14 de febrero de 1995, incluyendo los traslados realizados dentro del mismo régimen. Así, ordenó a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., fondo al que se encuentra afiliada, a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. Así mismo, condenó a AFP Protección SA, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y AFP Porvenir SA a remitir a Colpensiones los dineros que recaudó por concepto de administración durante el tiempo que perduró. Finalmente condenó en costas a las AFP codemandadas.

La decisión de la Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ en sentencias con radicado 33083, 46290, 17595, 1452 y 68852 y 46262 respectivamente, en el sentido de indicar que desde la creación de las AFP se encontraban obligadas a brindar información transparente al usuario, no siendo suficiente con la firma del formulario. Así las cosas, indicó que la decisión del traslado de régimen debe estar precedida de una ilustración de características, ventajas y desventajas de cada régimen, además, que la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado por lo que le corresponde a la AFP demostrar que si brindó la información suficiente. En esas condiciones, sostuvo que la AFP no demostró tales aspectos.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Demandante. Interpuso recurso de apelación parcial en lo referente a la no condena en costas contra Colpensiones señalando que esta entidad fue vencida en el presente proceso, además, que aquella se opuso de manera activa a la misma.

5.2. Colpensiones: En la alzada solicitó que se de aplicación a la normatividad del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se preserve el principio de solidaridad en el RPMPD,

pues la actora no ayudó a financiar ni a mantener sostenible financieramente del régimen. Esgrimió que los dineros trasladados no alcanzan sino para financiar una pensión mínima por máximo 7 años y de ahí en adelante será el Estado quien tendrá que financiar a las personas que se les ha concedido la nulidad del traslado. Insistió en que se ve gravemente afectada la sostenibilidad financiera y finalmente señala que el hecho generador de la acción no es la falta de información sino la inconformidad con el valor de la mesada.

5.3. AFP Protección S.A. Interpuso recurso de apelación en forma parcial respecto del traslado a Colpensiones de los gastos de administración señalando que estos se encuentran autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 del 2003 en su artículo 7 y que la administración de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante fue realizada con diligencia y cuidado. Indicó que es una entidad financiera experta en inversión de recursos de sus afiliados y por tanto que los aportes y rendimientos fueron debidamente trasladados a la AFP Provenir. Frente al cobro del 3% destinado a gastos de administración opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo causado por periodicidad que impone la ley.

5.4. AFP Porvenir S.A. En su alzada señaló que la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria, de manera que cumplió con las obligaciones en materia de información al momento del traslado; además, que la actora realizó múltiples traslados por lo que esta confirma su voluntad de permanencia en el RAIS sin manifestar o generar algún tipo de inconformidad hasta percatarse de la posible diferencia pensional por lo que no puede derivar en un elemento para viciar la voluntad de aquella. Por otro lado solicita que de confirmar la decisión del A quo se revoque la decisión solamente en lo que concierne a los gastos de administración señalado que estos tienen una destinación específica por mandato legal y que fue cumplida por esta; que estos ya fueron invertidos en la manera exigida por la ley y que estos conceptos no se encuentran en su poder, pues fueron destinados a cubrir todos los gastos que implican una correcta administración de los recursos aportados a la cuenta de ahorro individual.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Alegó en su favor que la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, y cuyas decisiones hasta hoy uniformes, en relación con el caso que nos ocupa son completamente aplicables, tales como las proferidas en sentencias SL1452-2019; SL1688-2019; SL 1689-2019; STL3202-2020, que han reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente, respecto del tema objeto de estudio y que han establecido que en estos casos, no importa cosa diferente al cumplimiento o no del deber de información.

6.1. AFP Porvenir S.A. Indicó que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

Consideró que el Juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las

cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

6.2. Colpensiones. Señaló que no le asiste derecho a la demandante en regresar al régimen de prima media, con el fin de que se le reconozca su pensión por este régimen, ya que la demandante se encuentra debidamente afiliada al RAIS, sumado a esto para poder trasladarse al Régimen de prima media, es necesario cumplir con los requisitos que estableció la ley 797 del 2003 en su artículo 2 que modifico el art 13 de la ley 100 del 93

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la demandante, AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. 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 las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que aquella se trasladó de régimen?; (ii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿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 es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó 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 N.º 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, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Victoria Eugenia Ramírez Fernández cotizó al ISS desde el 17 de enero de 1989 hasta el 30 de abril de 1995 conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones (Expediente digital, PDF 2019-475, págs. 14 a 23); posteriormente suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir SA de fecha 14 de febrero de 1995 (Expediente digital, PDF 2019-475, pág. 10); se vinculó a AFP Protección S.A. el 7 de febrero de 1997

(Expediente digital, PDF 2019-475, pág. 11); seguidamente retornó a AFP Porvenir S.A. el 19 de marzo de 1998 (Expediente digital, PDF 2019-475, pág. 12) y finalmente suscribió formulario de afiliación con Old mutual hoy Skandia de fecha 30 de abril de 2010. (Expediente digital, PDF 2019-475, pág. 12)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, 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 enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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 social 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 ella 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.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP 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 cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, 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, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 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.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 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, las AFP codemandadas sí estaban en la obligación de proporcionar información completa y comprensible, con la finalidad de orientar a la actora como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier motivo y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la promotora del proceso está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***"**.**

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al

potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no invalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 14 de febrero de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la 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, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(…)
Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la censura, pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó la *A quo* en sus consideraciones y en el recurso de apelación presentado por Colpensiones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto, si se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutiva del fallo proferido en primera instancia se condenó a la **AFP Protección S.A.** a devolver a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones y demás conceptos señalados en dicha decisión, sin que percatarse que la codemandada **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.** es la entidad a la que actualmente se encuentra vinculada la demandante y por tanto, administra los aportes pensionales de aquella, habrá de modificarse en tal sentido la orden.

Adicionalmente, como quiera que no se condenó a las AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y los destinados a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se modifica el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Excepción de 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una

consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A.y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se revocarán parcialmente para incluir a Colpensiones de conformidad con lo estipulado en el artículo 365 del CGP y lo tenido en cuenta dentro de los recursos interpuestos.

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 segundo de la sentencia proferida el 30 de junio del 2021, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **LUZ HELENA HERNÁNDEZ LEAL**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna y de manera indexada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia confutada, para en su lugar, **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar con destino a la **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexado desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a la **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de conformidad con lo motivado.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia apelada para incluir en la condena en costas además de AFP PROTECCIÓN S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

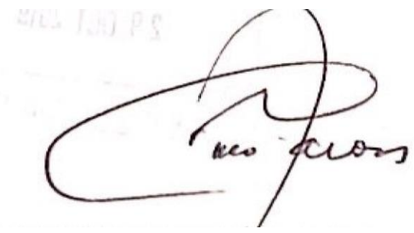
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

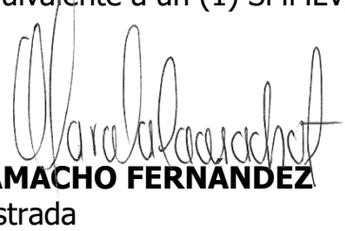


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ HELENA HERNÁNDEZ LEAL
Demandada: COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.: 22-2019-00593-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los Drs. NICOLÁS RAMÍREZ MUÑOZ y MANUELA CALLE BUITRAGO, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Helena Hernández Leal instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., con el fin de que se declare que el traslado o afiliación efectuada el 3 de noviembre de 2004 a esta última es nulo o inválido por falta de información. En consecuencia, solicitó que se ordene el traslado del RAIS al RPMPD, junto con los ahorros y rendimientos financieros que reposen en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, así como el traslado de información en la que se detallan los reportes de semanas cotizadas. Así mismo, solicitó como pretensiones subsidiarias que se declare la ineficacia del traslado del RAIS y en tal virtud, se ordene el reintegro automático al RPMPD y que se lleve a cabo la restitución clara y completa a Colpensiones de la totalidad de los valores que hubiera recibido con motivo de esa afiliación. En todo caso, pidió lo que corresponda a las facultades ultra y extrapetita y costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 5 de abril de 1964, iniciando su vida laboral en el año 1985, fecha en la que se afilió al ISS. Indicó que prestando sus labores para una entidad evangélica llegaron el 3 de noviembre de 2004 un aproximado de 10 asesores de la AFP Protección S.A., oportunidad en que uno de ellos le manifestó que debía tomar una decisión rápida sobre su traslado dado que el ISS estaba en quiebra, no iban a hacer devolución de aportes y, por ende, se quedaría sin pensión. Refirió que el asesor le manifestó únicamente que se podía pensionar a

cualquier edad, aspecto que no es posible en el ISS y que si se trasladaba de régimen se generaba un bono pensional redimible cuando cumpliera 60 años. Expuso que se siente engañada por el asesor de AFP Protección S.A., cuando suscribió el formulario el 3 de noviembre de 2004. (Expediente digital, PDF Blanco y negro2056, págs. 149 a 198).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF Blanco y negro2056, pág. 226); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.
3. Contestación de demanda.

3.1. Colpensiones. Presentó contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, considerando que no obra prueba alguna que dé cuenta que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, en tanto que dentro de las solicitudes no existe nota de protesto o anotación alguna que permita inferir que hubo una inconformidad por parte de la demandante en la suscripción del formulario de afiliación. Indicó que la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, además, que no procede la condena en costas ya que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión final de la actora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia el pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente digital, PDF Blanco y negro2056, págs. 345 a 381)

3.2. AFP Protección S.A. Contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, arguyendo que la nulidad es una sanción aplicable al negocio jurídico cuando existen defectos en las condiciones de validez. Así, indicó que efectuó con los requisitos establecidos por la ley en materia de relación contractual y de formalidades que se requerían para la época, además, las partes estuvieron notificadas e informadas de la relación contractual que estaban contrayendo y, por tanto, la afiliación de la demandante es válida y eficaz.

Esgrimió que no es procedente dicha exclusión pues se encuentra a menos de 10 años para pensionarse por lo que se encuentra inmersa en una prohibición, aunado a que la decisión de traslado de régimen pensional se dio de forma libre y voluntaria, precedida de información debida y asesoría correcta, quien determinó cuál era la mejor opción para su futuro pensional. Expuso que no puede considerarse que la demandante fue coaccionada ni tuvo conocimiento del RAIS.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (Expediente digital, PDF Blanco y negro2056, págs. 255 a 274)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de junio de 2021, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado efectuado por la promotora del proceso al RAIS el 3 de noviembre de 2004. Así, ordenó a AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos

financieros y gastos de administración, además, impuso la obligación al ente público de recibirlos y efectuar ajustes en la historia pensional de la actora. Finalmente, gravó en costas a la AFP Protección S.A.

La decisión de la Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ en sentencias con radicado 33083, 46290, 17595, 1452 y 68852 y 46262 respectivamente, en el sentido de indicar que desde la creación de las AFP se encontraban obligadas a brindar información transparente al usuario, no siendo suficiente con la firma del formulario. Así las cosas, indicó que la decisión del traslado de régimen debe estar precedida de una ilustración de características, ventajas y desventajas de cada régimen, además, que la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado por lo que le corresponde a la AFP demostrar que sí brindó la información suficiente. En esas condiciones, sostuvo que la AFP no demostró capacitaciones que se le brindaban a los asesores y finalmente sobre la prescripción que esta no es procedente por tratarse de un derecho pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 Colpensiones. Interpuso recurso de apelación manifestando que la demandante se encuentra dentro de una prohibición legal que es un término prescriptivo descrito en el literal "e" del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y no ha cumplido con el principio de solidaridad de los afiliados ya que lleva más de 15 años cotizando en un régimen distinto al RPMPD. Indicó que sus cotizaciones no han ayudado a alimentar el sistema público de pensiones y una posible prestación pensional generaría un desbalance financiero en el sistema público de pensiones. Además, dijo que el argumento de la actora no fue la falta del deber de información al momento que pregona, sino su descontento que tiene en la actualidad con el valor de la mesada pensional que recibirá en el RAIS. Sostuvo que al momento del traslado era imposible saber cuál sería la mesada pensional en un futuro ya que esta varía según sus condiciones pensionales.

5.2. AFP Protección S.A. En su alzada señaló que no es posible hacer la devolución de los gastos de administración, ya que la Ley 100 de 1993 estableció que en el RAIS una parte del ahorro iría destinada al pago de primas previsionales a financiar el fondo de solidaridad pensional y a cubrir los gastos de administración. En esa medida, sostuvo que devolver los gastos con cargo a las utilidades del fondo constituye una sobre remuneración injustificada, máxime cuando realizó una buena gestión de los aportes de la actora y por lo que se produjeron frutos, mejoras y rendimientos, mismos que debe conservar por la buena gestión realizada.

Refirió que la remuneración por gastos de administración se encuentra autorizados por vía legal y que de no atender dichas razones se entraría a perturbar la estabilidad financiera económica del sistema general de pensiones más allá del RAIS al que la demandante ha estado afiliada por más de 20 años. Señaló que frente a la condena en costas ha estado precedida del principio de buena fe y en estricto apego de las normas y que la administradora no cuenta con soporte normativo legal que autorice a realizar un traslado de régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Colpensiones. Alegó que la aquí demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de la que habla el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, al momento de la presentación de la demanda, la actora contaba con más de 50 años, por lo que no se

puede reputar como un actuar tozudo por parte de la entidad el no aceptar el traslado de la actora, entre tanto Colpensiones actúo ajustándose al régimen legal que le precede; situación que basta para liberar por lo menos de las costas impuestas.

6.2 Protección S.A.: Solicitó que se revoque la decisión de instancia, y de confirmar la ineficacia del traslado, no se ordene la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, ya que son descuentos autorizados por la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por AFP Protección S.A. 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 las recurrentes. Además, se estudiará en consulta en favor de la entidad en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la promotora del litigio se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿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 es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó 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 N.º 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, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Luz Helena Hernández Leal se encontraba cotizando al ISS desde el mes de febrero de 1985 hasta el mes de diciembre de 2004 conforme aparece en la historia válida para bono (Expediente digital, PDF Blanco y negro2056, págs. 299 a 301), en tanto que suscribió formulario de traslado a la AFP Protección fechado del 3 de noviembre del año 2004 (Expediente digital, PDF Blanco y negro2056, pág. 302).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, 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 enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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 social 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 le corresponda 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.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2004- la CSJ ha señalado que las AFP 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 cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, 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, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 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.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 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 demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, por lo que no se releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP respecto a la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la 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, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP protección S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el *A quo* en sus consideraciones y en el recurso de apelación presentado por Colpensiones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutiva del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a

constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Excepción de 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas en primera instancia a cargo de AFP Protección S.A.

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 AFP Protección S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderado en el recurso de apelación y menos aun cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

Costas en segunda instancia

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Protección S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

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,

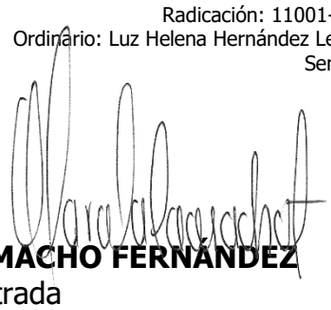
RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** al numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de junio del 2021, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a favor de la actora y a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

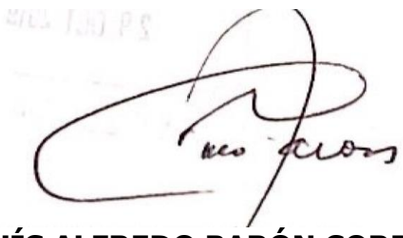
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

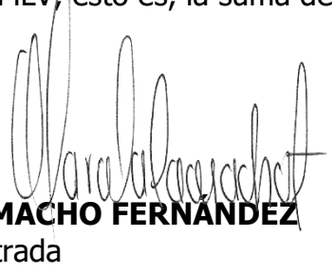


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CRISTINA DIAZ VASQUEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-031-2021-00098-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CRISTINA DIAZ VASQUEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación con la AFP Porvenir SA realizada el 16 de septiembre de 1998 mediante el cual se trasladó del RPMPD al RAIS; que se declare la libertad para que pueda afiliarse al RPMPD; que se condene a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada cotizante; que se condene a Porvenir SA a liberar de las bases de datos a la demandante; que se condene a Porvenir SA a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e intereses; que se condene al pago de costas procesales a las demandadas y finalmente que se condene extra y ultra petita debatido y probado en el proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió el 16 de agosto de 1982 al ISS, haciendo cotizaciones hasta el 16 de septiembre de 1998, fecha para la cual se trasladó a la AFP Porvenir SA; que Porvenir S.A. no le suministró la información clara, completa y comprensible al momento del traslado; que tiene un total acumulado en su cuenta individual de $380.798.186; que la AFP Porvenir SA le indicó que tendría una mesada de $1.495.800 a los 58 años; que el 4 de diciembre de 2020 realizó reclamación administrativa a Colpensiones tendiente a retornar al RPM, pero fue rechazada. Finalmente, el 25 de enero de 2021 presentó reclamación administrativa ante Porvenir SA, pero le fue negada. (pág. 1 -24) (ED 001)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue

notificada en debida forma (pág. 1-2) (ED 008); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando que la demandante no probó causal alguna de que la afiliación con la AFP Porvenir sea nula; que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia; que no infringe la norma; que las pretensiones no están llamadas a prosperar y en consecuencia no hay lugar al pago de costas y agencias en derecho. Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y finalmente la innominada o genérica. (pág. 1-38) (ED 006)

3.2 AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la afiliación de la demandante con Porvenir SA en 1998 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños; que fue amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS; que se le garantizó el derecho de retracto; que el vicio del consentimiento se deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación; que no procede la ineficacia a la que hace referencia el art 271 de la ley 100 de 1993 ya que opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema que en el caso no se alegan ni se acreditan; que la SIF en concepto con radicación 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020 indicó que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional ni tampoco la comisión de administración; que se desconoce que en el RPMPD se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración; que no hay fundamento fáctico ni jurídico para que se imponga condena en costas y agencias en derecho. Como excepciones de fondo formuló las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pag 1-161) (ED 009)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto de 2021 en el que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS , teniéndola como válidamente afiliada al RPMPD; condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de las sumas de dinero que recibió por concepto de aportes junto con sus intereses y frutos civiles sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración o seguros; condenó a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPMPD como si nunca se hubiese traslado de régimen y condenó a Porvenir SA al pago de costas.

La decisión del Juez se basó en el artículo 53 de la Constitución Política; la sentencia C 986 de 2009; la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b, artículo 271; decreto 692 de 1994 en su artículo 11; decreto 720 de 1994 en su artículo 12 y la sentencia SL 1452 de 2019 manifestó que el derecho a la seguridad social es un servicio público; que la selección de cualquiera de los regímenes debe ser libre y voluntaria del afiliado; que la selección de régimen implica la aceptación de las características de este; que los promotores deben suministrar la información suficiente a los posibles afiliados durante toda la vinculación; que del formulario no puede alegarse que la manifestación es libre y voluntaria cuando se desconoce la incidencia frente a sus derechos pensionales; que el formulario es una presentación genérica; que la AFP debe dar

cuenta amplia y suficientemente que se le haya dado la información completa a la demandante; que desde su fundación las AFP tienen el deber de brindar información suficiente clara y transparente sobre las características de ambos regímenes; que la firma del formulario no es suficiente al igual que las leyendas pre impresas; que la inversión de la carga de la prueba debe darse en favor del afiliado; que no se acredita el cumplimiento del deber de información y finalmente que debe trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes, rendimientos, frutos e intereses civiles, bonos pensionales sin descontar por concepto de gastos de administración.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por el apoderado de **PORVENIR SA** solicitando que se revoque la sentencia de instancia señalando que dentro del interrogatorio de parte surtido por la demandante no se estableció ninguno de los vicios del consentimiento; que se pudo establecer que se le brindó la información; que no se presentó una falta de información sino que en su lugar fue un no cumplimiento de las obligaciones como consumidora financiera; que la demandante no aprovecha los canales de comunicación para solicitar la información y solo se acerca a las oficinas cuando ya está dentro de la prohibición; que la única razón para realizar el traslado al RPMPD es la diferencia de la proyección de la mesada; que para esa época la AFP no contaba con la obligación de dejar documentada la información que se le brinda al potencial afiliado; que el formulario no fue tachado ni objetado; que dicho formulario cumple con los requisitos; que se dio una ratificación de la misma de pertenecer al régimen por estar en este por más de 21 años y no manifestar ninguna inconformidad y finalmente que en caso de considerar confirmar la sentencia de instancia que no se condene a devolver las comisiones por administración ya que en concepto de la SIF solo se debe devolver las cotizaciones juntos con los rendimientos.

6. Alegatos.

6.1 Colpensiones.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditan los vicios en el consentimiento; que la carga de la prueba le compete a la parte actora; que suscribió el formulario de vinculación de manera libre, voluntaria e informada; que el demandante al momento del traslado era plenamente capaz y es profesional; que no se tiene en cuenta la descapitalización del sistema pensional; que no obra prueba del perjuicio ocasionado.

6.2 Porvenir S.A.: Peticiona que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen reviste de completa validez, además que para la fecha del traslado no se encontraba en cabeza de la AFP el deber del buen consejo o de doble asesoría; igualmente que la inconformidad de la parte demandante no tiene que ver con la validez de la afiliación sino con el monto de su mesada pensional; que en caso de confirmar la ineficacia del traslado, no se ordene devolver gastos de administración y/o sumas provisionales, pues estas últimas se han girado a un tercero de la cual está obligado a girar; que los gastos de administración tienen una destinación específica y se descuentan por disposición legal; que resulta improcedente la devolución de los conceptos de gastos de administración y sumas de la aseguradora, en virtud del concepto emanado de la Superintendencia Financiera; finalmente, que sobre tales conceptos opera la prescripción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR 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, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos? y (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó 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 N.º 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, por lo que se modificará este aspecto de la sentencia.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora CRISTINA DÍAZ VÁSQUEZ se encontraba cotizando al ISS desde el 16 de agosto de 1982 hasta el mes de septiembre de 1998 conforme aparece en la historia laboral aportada por Colpensiones (Pág 1-6) (ED, CC,GRP-SCH-HL) y que posteriormente suscribió formulario de traslado a la AFP Porvenir fechado del 16 de septiembre del año 1998 (pág. 88) (ED 009), entidad donde se encuentra actualmente afiliada.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, 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 enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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 social 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 le corresponda 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.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP 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 cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la 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, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 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.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 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, es por ello que el argumento del apoderado de Porvenir encaminado a que este despacho considere que se cumplió con el deber de información por considerar que en el interrogatorio de parte la demandante tenía conocimiento de las características del RAIS este no es suficiente, pues el conocer que puede ser heredado por los beneficiarios o que pudiera pensionarse de manera anticipada estos no son las únicas características de este régimen, además de considerar que no es la obligación del afiliado el trasladarse a las oficinas o comunicarse para solicitar la información pertinente sino que esta obligación está en cabeza de la AFP conforme lo expuesto, en este sentido se despachará negativamente en este motivo de alzada.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, por lo que no se releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP respecto a la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la 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, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A., (durante el tiempo de permanencia de la actora), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, encuentra la Sala que la condena congloba los conceptos atrás referidos, por lo tanto, se confirmará este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR SA y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

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 11 de agosto del 2021, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido que se **DECLARA la INEFICACIA** del traslado de la señora Cristina Díaz Vásquez, y no la NULIDAD.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR SA. Las de primera, se confirman.

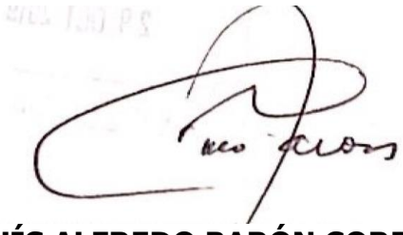
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

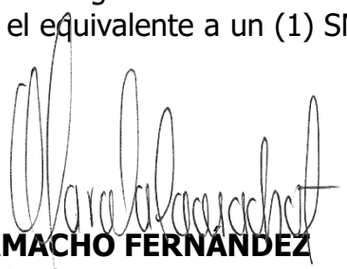


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***NELSON LIZARAZO DIAZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, PORVENIR SA Y COLFONDOS SA.***
RADICACIÓN:	***110013105-012-2020-00356-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a las Dras. JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA y ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas en legal forma, como apoderadas sustitutas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. NELSON LIZARAZO DÍAZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PORVENIR SA Y COLFONDOS SA con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS; que como consecuencia de esa declaración se ordene a Porvenir SA a trasladar al demandante junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimiento causados al RPMPD; que se ordene a Colpensiones a recibir al demandante como afiliado sin solución de continuidad; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y finalmente que resulte ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 14 de septiembre de 1960 y que a la presentación de la demanda tiene 60 años; que realizó cotizaciones para pensión al ISS desde el 01 de septiembre de 1993 hasta el 30 de julio de 1999; que se trasladó a Colfondos SA; que no aparece la firma del empleador en el formulario de afiliación; que Colfondos no le proporcionó la información suficiente al realizar el traslado; que no se le dijo nada respecto del bono pensional; que posteriormente fue vinculado con BBVA Horizonte hoy Porvenir SA con fecha 12 de septiembre de 2001; que Horizonte, hoy PORVENIR S.A., no le brindó información suficiente y oportuna; que posteriormente el demandante fue afiliado con Colfondos SA mediante formulario con fecha 10 de julio de 2003; que posteriormente fue afiliado a Porvenir SA con formulario de fecha 08 de marzo de 2018; que en dicho formulario no aparece la firma

del empleador; que Porvenir SA no le proporcionó información suficiente; que para la fecha del traslado los asesores no estaban debidamente capacitados para dar la asesoría; que no fue informado sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de cumplir 52 años; que actualmente se encuentra afiliado con Porvenir SA; que al momento no se encuentra pensionado; que mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2020 solicitó a Colpensiones tenerlo como afiliado, pero el 28 de febrero de 2020, le contestaron que no es procedente anular la afiliación; que mediante escrito del 27 de febrero de 2020 solicitó a Colfondos S.A. anular su afiliación al régimen y esta fue contestada el 04 de marzo de 2020 de manera negativa; que mediante escrito de 27 de febrero de 2020 le solicitó a Porvenir SA anular su afiliación al RAIS y en escrito de 08 de abril de 2020 se le dio respuesta desfavorable; que la mesada pensional en el RAIS sería de $3.168.500, mientras que en RPMPD está mesada tendría un valor aproximado de $8.307.278. (pág 1 – 145) (ED 001)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Pág 12 - 13) (ED 004) sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Porvenir; que siempre ha actuado ajustada a derecho y, por lo tanto, no tiene derecho a reconocer costas y agencias en derecho. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y finalmente la declaratoria de otras excepciones. (pág 2-24) (ED 005)

3.2 AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda señalando que el demandante no allega prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia del acto jurídico de traslado; que con los documentos aportados no se logra acreditar la existencia de error, fuerza o dolo o que se demuestre que su derecho a la libre elección de régimen fue vulnerado; que se pretende imponer una carga adicional a cargo de las AFP; que el traslado del demandante fue totalmente valido; que no hay fundamento de las pretensiones. Propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Pág. 2 – 108) (ED 006)

3.3 AFP COLFONDOS SA: se tuvo por no contestada la demanda por medio de auto de fecha 10 de marzo de 2021 (pág. 2) (ED 007)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de agosto de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante al RAIS a través de Colfondos; declaró que válidamente se encuentra vinculado el demandante al RPMPD; condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses o rendimientos que se hubiesen causado junto con los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS incluidos los cobrados por Horizonte; condenó a Colfondos S.A. a devolver a través de Porvenir SA los costos cobrados por concepto de administración con motivo de afiliación del demandante; condenó a Colpensiones a recibir los valores que reintegre Porvenir SA y una vez ingresen los dineros actualizar su información en la historia laboral; declaró no

probadas las excepciones propuestas. Finalmente condenó en costas y agencias en derecho a Colfondos SA por un valor de $1.000.000.

La decisión del Juez se basó en el artículo 48,53 y 230 de la Constitución Política; la ley 100 de 1993; el decreto 663 de 1993; el decreto 720, 656 y 692 de 1994; el artículo 60 y 61 del código procesal del trabajo; el artículo 164 y 167 del CGP; la sentencia C 1024 de 2004, C 062 de 2010, SL 4968 de 2018, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 1452 de 2019, SL 373 de 202, SL 12136 de 2014; SL 4426 de 2019 y la SL 4360 de 2019.
Señaló que de la asesoría brindada depende la decisión de escogencia de régimen, misma que se debe garantizar al momento del traslado para poder concluir que fue una decisión libre, voluntaria y consciente; que la información debe ser objetivamente verificable; que la AFP tiene la obligación de brindar información suficiente al potencial afiliado; que la suscripción del formulario no es un consentimiento informado; que existe una inversión de la carga de la prueba a favor del demandante; que es deber de la AFP demostrar que no hubo irregularidades al momento de la asesoría; que obran pruebas suficientes para determinar que se afectó la decisión del demandante al momento el traslado; que Colfondos no entregó el reglamento del RAIS ni los diferentes planes pensionales ni le explicó las implicaciones de la decisión; que la ineficacia no se subsana por el tiempo; que el estudio se hace frente a la vinculación inicial y las demás corren la misma suerte; que se debe proteger la parte más débil; que se debe devolver todos los valores que hubiese recibido como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses y gastos de administración y rendimientos por el tiempo que permaneció en el RAIS. Finalmente manifestó que no se trata de un derecho susceptible de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES.: Interpuso recurso solicitando se revoque la condena en los puntos 1, 2 y 5 teniendo en cuenta que se logró demostrar y probar que el afiliado se encontraba vinculado para el inicio de la relación contractual con los fondos privados; que existen actos de relacionamiento y de vocación de permanencia; que la firma del formulario fue de manera libre y voluntaria; que en ningún momento hubo coacción para suscribir los formularios; que en el interrogatorio de parte el demandante manifestó que las cotizaciones se hacen de manera voluntaria; que fueron 5 afiliaciones desde 1994; que se encuentra dentro de la prohibición legal; que también existe una responsabilidad como usuario del sistema financiero por lo que debió buscar la asesoría.

5.2 PORVENIR S.A..: Interpuso recurso de apelación señalando que el precedente judicial no puede aplicarse de manera homogénea a todos los casos pues deben existir similitudes en las condiciones fácticas; que no se tuvo en cuenta que los traslados horizontales que realizó el demandante son válidos en la medida que las AFP cumplieron a cabalidad con las obligaciones que le correspondían; que no se puede predicar una posición dominante entre el fondo y el afiliado; que las obligaciones nacen posteriormente a la fecha de afiliación del demandante; que no es coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no frente a los gastos de administración y rendimientos; que la devolución de los gastos de administración y rendimientos ponen en una posición mejor al demandante; que la SIF indicó que en caso de declararse la nulidad o ineficacia debe trasladarse las sumas de dinero conforme al decreto 3995 de 2008 de conformidad con el artículo 7, y que estos conceptos ya no están en su poder.

5. Alegatos.
5.1 Colpensiones.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditan los vicios en el consentimiento; que la carga de la prueba le compete a la parte actora; que suscribió el formulario de vinculación de manera libre, voluntaria e informada; que el demandante al momento del traslado era plenamente capaz y es profesional; que no se tiene en cuenta la descapitalización del sistema pensional; que no obra prueba del perjuicio ocasionado.

5.2 Porvenir S.A.: Peticiona que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen reviste de completa validez, además que para la fecha del traslado no se encontraba en cabeza de la AFP el deber del buen consejo o de doble asesoría; igualmente que la inconformidad de la parte demandante no tiene que ver con la validez de la afiliación sino con el monto de su mesada pensional; que en caso de confirmar la ineficacia del traslado, no se ordene devolver gastos de administración y/o sumas provisionales, pues estas últimas se han girado a un tercero de la cual está obligado a girar; que los gastos de administración tienen una destinación específica y se descuentan por disposición legal; que resulta improcedente la devolución de los conceptos de gastos de administración y sumas de la aseguradora, en virtud del concepto emanado de la Superintendencia Financiera, además de darse la aplicación de restituciones mutuas; que sobre tales conceptos opera la prescripción. Finalmente, que no debe ser condenada en costas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. 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 estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿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 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 N.º 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, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor NELSON LIZARAZO DÍAZ se encontraba cotizando al ISS desde el 01 de septiembre de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1994 conforme aparece en la historia laboral aportada por Colpensiones (ED, GRP-HL); que suscribió formulario de afiliación con Colfondos con fecha 01 de junio de 1994 (Pág 121) (ed 001); que se trasladó posteriormente a Porvenir S.A. el 29 de julio de 1999 (Fol. 127); seguidamente suscribió formulario con Horizonte con fecha 12 de septiembre del año 2001 (pág. 142) (ED 001); que el 29 de abril de 2002 se trasladó a Porvenir S.A.; que luego, el 10 de julio de 2003 pasó a Colfondos (Pág 122) (ED 001) y finalmente que suscribió formulario con Porvenir S.A. el 08 de marzo de 2018 (pág 143) (ED 001), entidad donde se encuentra actualmente.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, 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 enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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 social 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 le corresponda 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.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP 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 cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, 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, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 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.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 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 demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la 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, de manera que, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, por lo que no se releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP respecto a la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de junio de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se reitera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la 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, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*
> (…)
> *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. y COLFONDOS SA, (durante el tiempo de permanencia del actor), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, da cuenta la Sala que se deja por fuera de manera expresa el concepto de comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, por ende, habrá de adicionarse la decisión de instancia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

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: ADICIONAR al numeral **TERCERO y CUARTO** de la sentencia proferida el 03 de agosto del 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOSS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP) para que trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra**, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades,** sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

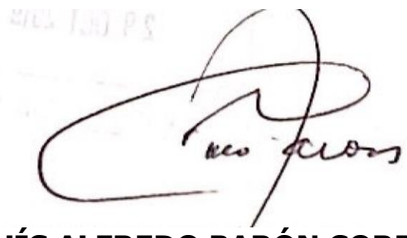
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JOSE CRISANTO RAMOS PARDO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-035-2020-00057-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SONIA LORENA RIVEROS VALDÉS, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JOSE CRISANTO RAMOS PARDO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION SA con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada el 25 de junio de 1999 con Porvenir SA; que como consecuencia de la anterior declaración, también se declare la ineficacia del traslado realizado el 01 de agosto de 2002 con la AFP Protección S.A., y se retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenándose a Colpensiones a reactivar la afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado al RAIS; como pretensiones subsidiarias solicitó se declare únicamente válida la afiliación en el RPMPD como consecuencia de la multivinculación realizada horizontalmente dentro del RAIS, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerlo entre sus afiliados como si nunca se hubiese trasladado, ordenando a la AFP el traslado de la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, actualización de la historia laboral al igual que el bono pensional al que hay lugar, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que con posterioridad al 01 de abril de 1994 realizó su primera afiliación en el RPMPD administrado por el ISS el 22 de abril de 1998; que se trasladó de régimen a Porvenir SA el 25 de junio de 1999; que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el RAIS y en especial no se le hizo estudio de su situación particular, ya que únicamente se le dijo los beneficios que podría tener al cambiarse de régimen; que se trasladó de Porvenir S.A. a Protección S.A. el 01 de agosto de 2002; que son las AFP quienes tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer la información

pertinente, veraz, oportuna y suficiente; que nació el 26 de marzo de 1953 y cumplió 66 años de edad el 26 de marzo de 2019; que la AFP Protección S.A. realizó una simulación pensional, arrojando como resultado el valor de una mesada equivalente a la suma de $1.138.342 a los 65 años, mientras que en el RPMPD ascendería a $4.233.336. Finalmente, manifiesta que radicó derecho de petición ante Colpensiones el 02 de septiembre de 2019 y dicha entidad el 03 de septiembre de 2019 dio respuesta a la anterior solicitud negando el traslado de régimen. (fols. 2 a 7).

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

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación de la demanda con oposición a todas las pretensiones alegando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error; que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad; que las documentales están sujetas a derecho; que se hizo de manera libre y voluntaria; que no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS; como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y finalmente la innominada o genérica.(Fols. 36 a 64 Ex. Digital)

3.2 PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda señalando que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada; que el documento se presume auténtico; que al momento del traslado se realizó la respectiva asesoría; que aplica la restricción contenida en el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003; que al no proceder la ineficacia y nulidad del traslado no es posible retrotraer las cosas a su estado anterior, además de considerar que el demandante realizó aportes voluntarios; que continua por más de 20 años sin mostrar ninguna inconformidad; que en caso de ser condenado, no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración; que la SFC indicó que de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional; que no se puede ordenar el traslado de gastos de administración a Colpensiones ya que configuraría un enriquecimiento ilícito; que estos valores no están destinados a financiar la prestación del afiliado; que no hay ningún fundamento fáctico ni jurídico para ser condenado en costas; que no hay sustento alguno para que se imponga condena por parte del despacho en ejercicio de las facultades extra y ultra petita; como excepciones propuso las de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica. (fols. 122 a 147)(sub ED 06 y 09)

3.3 PROTECCIÓN SA: Mediante auto de fecha 2 de diciembre de 2020 se tiene por no contestada la demanda por haberse presentado de manera extemporánea (Archivo No 02 pag 1-2)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de mayo de 2021, en la que el fallador de primera instancia, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante a la AFP Porvenir y como consecuencia de ello se ordene

a Protección S.A. entidad a la cual se encuentra afiliado a trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenó a la AFP Porvenir y Protección S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión del actor por los gastos de administración conforme al tiempo que permaneció afiliado a cada uno de los fondos privados; condenó a Colpensiones a volver a afiliar al demandante al RPMPD y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado a Protección y finalmente condenó en costas a la AFP Porvenir SA y Protección SA.

La decisión del juez se basó en lo pregonado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 145 de 2021, SL4806 de 2020, SL4388 de 2020, SL4834 de 2020, SL3066 de 2020, SL31989 de 2008, SL31314 de 2008, SL3676 de 2021, SL2806 de 2020 y SL4161 de 2020, con lo cual dedujo que de conformidad con el artículo 167 del CGP, la AFP incumplió sus obligaciones y el deber de información; que el trabajador no puede probar que no se le brindó información y en consecuencia esto debe probarlo la AFP; que la AFP debe probar que al momento del traslado el afiliado contaba con todas las herramientas para tomar la decisión; que la información debe ser clara y suficiente referente a las implicaciones de su decisión; que la información debe darse en todas las etapas de la afiliación; que las leyendas pre impresas en el formulario no son suficientes; que aunque el formulario esté firmado esto no implica que se le haya brindado la información necesaria y suficiente; que Porvenir no logró acreditar el cumplimiento del deber de información; que se le ocasionó un perjuicio frente a su mesada pensional teniendo en cuenta que en el RPMPD su mesada es sustancialmente mayor al del RAIS; finalmente que la afiliación desinformada genera la ineficacia retrotrayendo las cosas a su estado anterior, trayendo como consecuencia que los fondos privados devuelvan la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y así mismo devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; ordenó a Protección S.A. como última administradora a devolver todos los aportes efectuados por el demandante, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos a Colpensiones, asimismo, señaló que ambos fondos deben asumir de su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación del demandante por los gastos de administración en proporción al tiempo en que estuvo vinculado a cada una de ellas.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES.: Interpuso recurso de apelación señalando que dentro del proceso no existe una debida valoración probatoria; que lo único el motivo principal es el monto pensional, con lo cual no puede declararse la ineficacia; que no se le dio valor probatorio suficiente a la confesión realizada en el interrogatorio de parte; que la carga es dinámica y que hay que estudiar el caso en concreto; que el actor manifestó que la asesoría fue verbal y no escrita pudiéndose compaginar con el acto jurídico; que no le puede dar valor probatorio a las aseveraciones que sean beneficiosas para el actor; que se cumple con los requisitos del artículo 191 del CGP; que se le está colocando una carga superior a cada uno de los fondos de un hecho ocurrido en 1990; que el afiliado estuvo de acuerdo con el traslado; que lo dicho en el interrogatorio de parte puede ser parcializado con el fin de buscar una ventaja dentro del proceso; que las aseveraciones de la parte solo pueden ser valoradas cuando constituyan una confesión que produzca efectos jurídicos adversos a la misma; que la asesoría fue de manera verbal y por ende no siempre tiene que allegarse prueba documental para acreditar lo dicho; que existe una prohibición legal para solicitar el traslado al RPM; que no se ve acreditado ningún vicio del consentimiento; que la información que se le tiene que

brindar es la forma de financiación; que todo esto está ligada a la descapitalización del sistema. En síntesis, solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

5.2 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación señalando que no comparte la postura del fallador de primera instancia a condenarlo a trasladar los gastos de administración; que no es un efecto de la ineficacia en sentido estricto retrotraer las cosas a su estado original; que la consecuencia de la ineficacia si bien es dejar sin efectos el acto jurídico, esta es general, pero los efectos jurídicos son los que persigue la norma propiamente como lo señala la sentencia C 345 de 2017; que hay que ceñirse a la norma de manera completa y no sesgada y tendenciosa al referirse al artículo 271 de la ley 100 de 1993; que el efecto de la ineficacia en sentido estricto es dejar libre al afiliado para que pueda de manera libre, espontánea elegir su afiliación al organismo que prefiera; que no se podría a través de remisión normativa cuando existe una norma expresa como el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que los gastos de administración son de tracto sucesivo que se vienen pagando en el tiempo y esto afecta a terceros y por lo tanto no son susceptibles de restitución; que las comisiones de administración son frutos financieros y en los términos del artículo 964 del CC al no probarse la mala fe no se pueden probar los daños ocasionados; que una prueba documental no es suficiente para probar los daños; que la condena tuvo fundamento en presunciones indefinidas; que cabe preguntarse si lo que se está presumiendo es la mala fe; que se propende por un enriquecimiento sin causa; que la sentencia C 157 de 2013 indica que las costas no son sanciones o indemnizaciones de perjuicios; que también se debe condenar a Colpensiones al pago en costas.

5.3 PROTECCIÓN S.A: Interpuso recurso de apelación de manera parcial frente a la orden dada a Protección a trasladar con destino a Colpensiones lo correspondiente a los gastos de administración y seguro previsional; que al darse la ineficacia implica asumir que el traslado de régimen nunca existió y que por el contrario el demandante estuvo afiliado a Colpensiones por lo que propone dos panoramas, el primero corresponde a asumir que la afiliación al RAIS no existió y en consecuencia no existieron los rendimientos, que no se ha cobrado una cuenta por administración y mucho menos un seguro previsional por lo que sería improcedente trasladar con destino a Colpensiones lo correspondiente a las cotizaciones íntegras incluyendo los gastos de administración y del seguro previsional; el segundo panorama que plantea es seguir asumiendo que la afiliación al RAIS no existió pero considerar que sus rendimientos se hubiesen podido generar en los mismos términos en Colpensiones, con lo cual es improcedente trasladar lo correspondiente al capital junto con los rendimientos; que debe existir una congruencia entre la decisión y los efectos de la ineficacia; que el traslado de las sumas conjuntas con destino a Colpensiones implicaría el desconocimiento de la función que se efectuó por Protección sobre los dineros y un enriquecimiento sin causa por parte Colpensiones; que Protección no generó detrimento o disminución sino antes ha generado rendimientos por más de 139 millones de pesos en las cuentas de ahorro individual del demandante, y finalmente solicita se revoque la decisión y se modifique en esos sentidos.

6. Alegatos.

6.1 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen reviste de completa validez, además que para la fecha del traslado no se encontraba en cabeza de la AFP el deber del buen consejo o de doble asesoría; igualmente que la inconformidad de la parte demandante no tiene que ver con la validez de la afiliación sino con el monto de su mesada pensional; que en caso de confirmar la ineficacia del

traslado, no se ordene devolver gastos de administración y/o sumas provisionales, pues estas últimas se han girado a un tercero de la cual está obligado a girar; que los gastos de administración tienen una destinación específica y se descuentan por disposición legal; que resulta improcedente la devolución de los conceptos de gastos de administración y sumas de la aseguradora, en virtud del concepto emanado de la Superintendencia Financiera; finalmente, que sobre tales conceptos le es aplicable la prescripción, y que no debe condenarse en costas.

6.2 Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditan los vicios en el consentimiento; que la carga de la prueba le compete a la parte actora; que suscribió el formulario de vinculación de manera libre, voluntaria e informada; que el demandante al momento del traslado era plenamente capaz y es profesional; que no se tiene en cuenta la descapitalización del sistema pensional; que no obra prueba del perjuicio ocasionado; y de manera subsidiaria solicita que se devuelva la totalidad de las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración debidamente indexados.

6.3 Demandante: Manifiesta que debe confirmarse la decisión de instancia, ya que no se le presentó la información necesaria y requerida de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, ello es procedido de ilustración al trabajador acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes; asimismo, que se tenga en cuenta la sentencia de tutela de radicado No 106180 de 2019 referida al respeto por el precedente jurisprudencial sobre este tema.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN SA, PORVENIR S.A., 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 estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿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 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 N.º 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, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor JOSE CRISANTO RAMOS PARDO cotizó con el ISS hoy Colpensiones del 01 de abril de 1998 hasta el 13 de julio de 1999 (fol 117); que se trasladó a PORVENIR S.A., suscribiendo el formulario de afiliación el 25 de junio de 1999 (Fol 173) y posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 01 de agosto de 2002 (fol. 18), entidad donde se encuentra actualmente afiliado.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, 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 enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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 social 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 él 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.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP 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 cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, 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, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 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.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 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 demandada 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, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier motivo no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Frente a la manifestación que el demandante confesó que recibió información, cumple precisar que aquel solo dio cuenta de generalidades del RAIS, e informó solamente que el valor de la mesada pensional es superior en el RPMPD, por lo que de ninguna manera se puede dar por acreditado que recibió información suficiente, clara y veraz.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar de igual manera que no es posible el saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 25 de junio de 1999, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se reitera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la 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, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*
> (…)
> *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR SA y PROTECCION SA, (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, se aprecia que la orden congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración y sumas adicionales y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del

traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

Las costas estarán a cargo de PROTECCION, PORVENIR S.A., y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de mayo de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PROTECCION SA, PORVENIR S.A., y COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

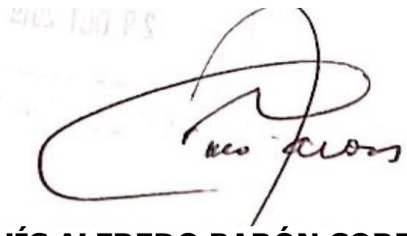
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

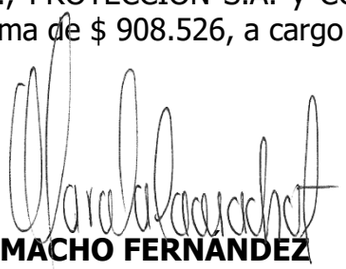


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ELIANA LIZETH TORRES FONTECHA
Demandado:	PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR-CAPRECOM– SIENDO SU VOCERA Y ADMINISTRADORA LA FIDUPREVISORA S.A.
Radicado No.:	35-2019-00228-01
Tema:	CONTRATO REALIDAD– APELACIÓN DEMANDADA-MODIFICA Y REVOCA PARCIALMENTE.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

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. Eliana Lizeth Torres Fontecha instauró demanda ordinaria contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR-Caprecom– siendo su vocera y administradora la Fiduprevisora S.A., con el propósito de que se declare que con Caprecom ICE Liquidado, existió un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad, prestando sus servicios personales en calidad de trabajadora oficial, vinculación que terminó de manera unilateral y sin justa causa; que es beneficiaria por extensión a terceros de la Convención Colectiva de Trabajo de 1997-1998. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de cesantías y sus intereses, vacaciones, prima de servicios, prima de junio, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, prima extralegal de vacaciones, auxilio convencional de transporte, prima convencional de retiro, bonificación de recreación convencional, reembolso de aportes pensionales y de salud, indemnización moratoria, indemnización por terminación unilateral, sanción por la no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que Caprecom ICE Liquidado la vinculó por intermedio de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios desde el 19 de junio de 2012 hasta el 31 de enero del 2016, vinculación que terminó por causa legal, más no justa. Refirió que desempeñó el cargo de Gestor de Vida Sana para la territorial Bogotá, Cundinamarca, devengando la suma de $1.271.000. Refirió que el sindicato SINTRACAPRECOM era una organización sindical de carácter mayoritario en Caprecom ICE Liquidado, razón por la cual a los trabajadores oficiales se les reconocían la totalidad de prestaciones extralegales que fueron estipuladas en la Convención

Colectiva de Trabajo suscrita por aquellas. (Expediente digital, PDF. 1 - 2019-00228-00 exp parte I, págs. 5 a 19, 223 y 224).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF. 1 - 2019-00228-00 exp parte I, pág. 198); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que es una relación contractual clara y precisa en un momento determinado, por un periodo específico y con una regla de sujeción derivada de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, cuyo alcance, desarrollo y contexto jurídico conocía la actora en cuanto a sus deberes y obligaciones y, las que correlativamente tenía. Indicó, que se llevó a cabo un contrato de prestación de servicios regulado por la Ley 80, razón por la cual tenía calidad de contratista independiente.

Frente a los supuestos fácticos no le constó ninguno de estos y en su defensa propuso las excepciones 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, cobro de lo no debido, 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 e innominada. (Expediente digital, PDF. 1 - 2019-00228-00 exp parte I, págs. 200 a 218, 248 a 252)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de julio del 2020, en la que el fallador declaró la existencia de una relación laboral entre la actora y Caprecom ICE Liquidado, desde el 19 de junio de 2012 al 31 de enero de 2016. Así, condenó al Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR-Caprecom– siendo su vocera y administradora la Fiduprevisora S.A., a pagar cesantía, vacaciones, prima legal, prima de navidad, prima convencional de junio, auxilio convencional de transporte, prima convencional de retiro, bonificación de recreación, indemnización moratoria y costas procesales.

Para arribar a tal determinación, se propuso verificar sí en realidad la relación estuvo regida por un contrato de carácter laboral o si por el contrario lo fue mediante contratos de prestación de servicios. Con tal propósito y luego de citar lo dispuesto en los artículos 2°, 3° y 20° del Decreto 2127 de 1945, apartes jurisprudenciales de las sentencias C-154 de 1997 y C-665 de 1998 y Radicados 27371 de 2006, 36506 del 23 de febrero de 2010, entre otras, y el acervo probatorio arrimado a las diligencias, indicó que las funciones realizadas por la actora en las instalaciones de Caprecom, como Gestor de Vida Sana para la territorial Bogotá, requerían de su tiempo y presencia constante en las instalaciones de la entidad.

A partir de ahí, indicó que, por la naturaleza de las funciones, no se requería experiencia ni conocimientos especializados para su ejecución, que es para lo cual verdaderamente se debe contratar mediante prestación de servicios de naturaleza civil, concluyendo que la demandante desarrolló el objeto para el que fue contratada de manera personal y continúa. Así las cosas, sostuvo que demostrada la prestación personal del servicio de la actora a favor del extinto Caprecom, le corresponde acreditar a esta última que la misma no estuvo regida por el elemento de la subordinación.

Sobre este aspecto, aludió a la prueba testimonial, para significar que la actora debía solicitar permisos para ausentarse de su lugar de trabajo, cumpliendo horarios, requerimientos, órdenes y directrices, así como funciones extracontractuales, so pena de descontarse sobre la remuneración, aspectos que dijo son elementos característicos de subordinación y de Ius Variandi que predomina en las relaciones de trabajo y no en los contratos de prestación de servicios.

Por lo anterior, advirtió que quedó demostrado que la accionante ejecutaba su labor de manera personal y subordinada y no de manera independiente y autónoma como es característica del contrato de prestación de servicios, de manera que debía declarar la relación laboral, con el consecuente pago de las acreencias laborales antes esgrimidas. (Expediente digital, audio 2019-00228 contrato realidad - caprecom x)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la enjuiciada formuló recurso de apelación arguyendo que la subordinación no quedó clara en el desarrollo del proceso, de tal manera solicita que sea revocado el elemento esencial para la declaratoria del contrato realidad. (Expediente digital, audio 2019-00228 contrato realidad - caprecom x)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandada. Alegó en su favor que nunca existió una relación laboral entre las partes, pues el vínculo contractual siempre se rigió por la prestación de servicios, dispuesta en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y siempre se presumió y demostró como hecho cierto que los mismos fueron celebrados de manera personal y autónoma por la demandante quien se obligó a cumplir el objeto contractual, es así como en el interrogatorio de parte y los testimonios aquí escuchados coincidieron en aceptar que la forma de vinculación de la demandante fue mediante contrato de prestación de servicios, sin ningún vicio contractual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente y se estudiará en consulta a su favor en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Caprecom ICE Liquidado, fungió como empleadora de la actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

- ✓ De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio.

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

Cumple recordar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, autoriza a la administración pública a la celebración de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de

actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad contratante, exigiendo para su celebración, que dichas actividades no puedan realizarse por el personal de planta y que requieran de conocimientos especializados; casos en los cuales no se generará ningún tipo de relación laboral, ni de prestaciones sociales, por lo que el contrato se deberá celebrar por un término que sea el estrictamente indispensable.

Ahora, el contrato de trabajo a la luz de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 2127 de 1945, se entiende como aquella "*relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquella cierta remuneración.*"

Así mismo, dicho decreto en su artículo 2° señala que para que se configura una relación de índole laboral, se debe concurrir tres presupuestos:

1) actividad personal del trabajador;
2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponer un reglamento, dar órdenes y vigilar su cumplimiento;
3) Un salario como retribución del servicio.

Reunidos estos tres presupuestos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni por las condiciones particulares que le asigne el patrono, tampoco por las modalidades de la labor, el tiempo que en su ejecución se invierta, el sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, ni del sistema de pago o de cualquier otra circunstancia, tal como lo dispone el artículo 3° de la mencionada normatividad.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, oportunidad en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; señaló cuales eran las **características del contrato de prestación de servicios** y sus diferencias con el contrato de trabajo; *indicando que la contratación de prestación de servicios se puede efectuar cuando las actividades de la administración no puedan desarrollarse con personal de planta* o cuando *sea necesaria la ejecución de labores por parte de una persona natural en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional,* prestación que si bien está relacionada con actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, ***debe ser temporal y existir autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico***, pues esta característica constituye el elemento esencial de dicho contrato y significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del contrato y la realización de la labor.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se presume la existencia de contrato de trabajo entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe y aprovecha, correspondiéndole a este último desvirtuar la presunción. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente, que las actividades no podían desarrollarse con el personal de planta o que las labores contratadas requerían de conocimientos muy especializados que hicieran imperioso aplicar la modalidad contractual regida por la Ley 80 de 1993, ello con miras derruir la presunción antes señalada. Lo anterior, no solo porque así lo establece la norma, sino, porque existe precedente constitucional vinculante al respecto y mediante el cual se expone que toda prestación de un servicio personal se presume que está regida por un contrato laboral; sin embargo, dicha presunción puede ser desvirtuada por el empleador siempre y cuando se acredite, que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial, sin que para **ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición**

del contrato correspondiente, tal y como lo fue señalado en sentencia C-665 de 1998.

Dicha presunción al igual tiene pleno respaldo en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a propósito, en sentencia SL11896-2017, en la que explicó:

> *"Para que en un juicio laboral se pueda afirmar la existencia de un contrato de trabajo, se requiere que esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, así como también la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo. No obstante, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, no es necesaria la acreditación de la citada subordinación con la producción de la respectiva prueba, pues en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal consagrada en el artículo 24 del CST, y que en nuestro caso por tratarse de un trabajador oficial corresponde al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, el cual enseña: "El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción".*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que conforme al haz probatorio adosado al plenario se desprende, sin lugar a equívocos, que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio de la señora Eliana Lizeth Torres Fontecha a favor de Caprecom ICE Liquidado. En efecto se aportó los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, además, certificación en la que da cuenta que la demandante prestó sus servicios durante el periodo y actividad que se relaciona a continuación:

No. Contrato	**Fecha Inicial**	**Fecha Final**	**Valor**
GESTOR DE VIDA SANA PARA LA TERRITORIAL BOGOTÁ CUNDINAMARCA			
CR11-119—2012	19/06/2012	30/06/2012	$ 508.400
CR11-188—2012	1/07/2012	31/08/2012	$ 2.542.000
PRORROGA	1/09/2012	30/09/2012	$ 1.271.000
CR11-547-2012	1/10/2012	31/12/2012	$ 3.813.000
CR11-748—2012	18/12/2012	31/03/2013	$ 4.406.133
090-2013	1/04/2013	30/11/2013	$ 10.168.000
Certificación a folio 83.	1/12/2013	31/12/2013	-
0R11-030-2014	7/01/2014	30/04/2014	$ 4.872.167
ADICIÓN Y PRORROGA	1/05/2014	27/06/2014	$ 2.414.900
0R11-223-2014	1/07/2014	31/12/2014	$ 7.626.000
0R11-029-2015	2/01/2015	30/06/2015	$ 7.626.000
0R11-357-2015	1/07/2015	31/01/2016	$ 8.897.000

En los citados contratos de prestación de servicios, se obliga la demandante, entre otras cosas:

1. Identificar, georreferenciar y canalizar, realizar, seguimientos y visitas domiciliarias a usuarios, afiliados a Caprecom que estén o deban estar en programas de PYP.
2. Identificar y canalizar los usuarios que necesiten ser diagnosticados o evaluados para ingreso a programas de promoción de la salud y prevención de enfermedades.
3. Realizar visitas domiciliarias, indagando por los miembros de la familia afiliados a Caprecom y determinar las necesidades de cada uno de ellos.
4. Integrar a los afiliados a Caprecom, a los espacios de participación comunitaria.

5. Realizar acciones de fomento y educación respecto de las patologías de prioridad nacional.
6. Participar activamente en campañas de salud y otros programas.
7. Mantenerse actualizado en temas de salud.
8. Desarrollar actividades que se derivan de la Resolución 0412 de 2000 y el Acuerdo 117 de 1998.
9. Mantenerse actualizado en cuanto a las actividades de educación y son objeto de la actividad permanente en relación con su comunidad y de acuerdo con el perfil epidemiológico.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la gestora de la litis al servicio de Caprecom ICE Liquidado, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual, de entrada, se advierte no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la pasiva desde la contestación de demanda.

En este punto, importa 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 como Gestor de Vida Sana para la territorial Bogotá, cuyas funciones fueron especificadas precedentemente requirieron 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 aquella para acceder al cargo.

Bajo ese contexto, debe precisar la Sala que la enjuiciada no logró desvirtuar la presunción en su contra y en esa medida es claro que la relación se desarrolló bajo las condiciones propias de un contrato de trabajo, además, la realidad que aflora de la documental analizada es que la demandante prestó sus servicios y estuvo subordinada al a dicho departamento, por manera que, no se equivocó la Juez de primer grado al concluir, no solo la inexistencia de medio de convicción que derruye la presunción legal establecida, sino, además, que la prestación del servicio se hizo bajo subordinación jurídica de la entidad, pues, esta se hizo con apoyo en la documental analizada, misma que indica que la funciones que desempeñó sí implican la adopción de directrices de la pasiva, pese a la mención que se hizo en los contratos, es decir, que se hacía desprovista de cualquier elemento subordinante.

Y, aquí llama la atención de la Sala que la actividad que ejerció el actor a favor de la entidad no fue temporal, excepcional o transitoria, pues, no otra cosa podría deducirse de la multiplicidad sucesiva de contratos de prestación de servicio que firmaron las partes, por ello, desvirtuando la presunción que dice la censura que contiene la Ley 80 de 1993. En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL981-2019, se dijo al respecto:

> *"la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido. Se trata mediante esta figura de afrontar situaciones especiales relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, por tanto, la temporalidad y excepcionalidad de la contratación es de la esencia de este tipo de contratos. En este sentido, cuando las actividades atendidas a través de esta*

clase de vinculación demanden una permanencia superior o indefinida, de modo tal que se desborde su transitoriedad, es necesario que la entidad contemple en su respectiva planta los cargos necesarios para desarrollarlas."

Así las cosas, en ningún dislate incurrió el Juez primigenio al considerar que el ente ejercía poder subordinante que, sumado a la prestación personal del servicio y al pago de una suma mensual, no dejan duda de la existencia del contrato de trabajo. Aunado a que, como se vio, la realidad demuestra que la actividad desarrollada por la actora se ejecutó bajo una verdadera relación contractual laboral, como quiera que la función ejercida no comportaba autonomía e independencia en su realización, es decir, que no contaba con ese marco de libertad bajo el cual fue contratado durante varios años, signo indicativo que siempre estuvo bajo la continuada dependencia, aspecto que no sobra precisar fue corroborado por las testimoniales de las señoras Bibiana Lizgarden Vargas Gutiérrez, María Ludivia Jiménez Pérez y Diana Marcela Toscano Martínez, traídas por la actora, quienes en forma coherente y precisa indicaron la necesidad específica de la entidad de contar con sus servicios personales, prestación que se hacía bajo directrices y bajo una inclemente subordinación.

Concluyendo que la suscripción de contratos de prestación de servicios, por sí sola, no prueba que el tipo de vinculación estuviera atado a la inexistencia de poder subordinante, tal como lo pretende hacer valer la recurrente, por lo que esas condiciones, se sigue mantener la decisión que tomó la A quo, reiterando que tampoco la convocada a juicio logró desvirtuar la presunción establecida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

- **Extremos temporales de la relación**

El juzgador de primera instancia tuvo como hitos temporales del 19 de diciembre de 2012 al 31 de enero de 2016, lo cual, se sigue mantener pues así se desprende de la certificación atrás referida y contratos de prestación de servicios relacionados, mediante los cuales se avizora la continua prestación de servicios de la gestora del proceso, sin ninguna clase de interrupción dentro dicho lapso, acotando, en virtud de la cual no se presentaron periodos de solución de continuidad entre cada uno de los contratos suscritos con Caprecom ICE Liquidado, al menos con la suficiencia requerida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que permitan entender la intención de las parte de no dar continuidad en la relación laboral, pues nótese que entre uno y otro contrato, no mediaron interrupciones superiores a un mes (SL574-2021).

- **Salario**

Respecto de la remuneración para proveer sobre el monto de cada una de las condenas, será el que adujo la juez primigenia, quien indicó que el salario devengado corresponde a la suma de $1.271.000, mismo que se mantuvo durante la vigencia de la relación laboral, según se desprende de los contratos de prestación de servicios.

- **Calificación de la naturaleza del vínculo**

Con respecto a la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, se recuerda que no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, de conformidad con el artículo 5o del Decreto 3135 de 1968.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que según el artículo 1° de la Ley 314 de 1996 y el artículo 4°, numeral 2.1.1., Caprecom es una Empresa Industrial y Comercial del Estado

del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Salud y Protección social. Por manera que, a voces del inciso 2.º del artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968 los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, por regla general, son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

Por lo tanto, tenemos que la actora es trabajadora oficial, tal como lo concluyó el A quo, dado que prestó sus servicios personales a favor de la entidad, en el cargo de "Gestor de Vida Sana para la territorial Bogotá", actividad que no está contemplada para ser desempeñada por un empleado público, de allí que se siga confirmar en este punto la sentencia de primer grado.

Ahora, es necesario precisar que, dada la naturaleza de la entidad, el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los trabajadores oficiales de Caprecom, como quiera que en su artículo 2° establece que para los efectos de la citada norma, 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.

Excepción de prescripción

En lo atinente a la excepción propuesta, es dable memorar que 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 este punto es necesario precisar que, al haber tenido el actor la calidad de **trabajador oficial**, el término prescriptivo de las prestaciones sociales a la fecha del finiquito debe contabilizarse una vez vencidos los 90 días calendario que tiene la administración para el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones (CSJ SL 3503-2019).

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.",* sin embargo, como se señaló precedentemente, en tratándose de trabajadores oficiales su exigibilidad se traslada a la fecha de **vencimiento de los 90 días** calendario que tiene la accionada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones.

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 (negrillas fuera de texto).

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 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).

Finalmente, se debe indicar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles.

Aclarado lo anterior y como se anotó en precedencia, se reclaman derechos laborales causados en el curso de la relación laboral y a la finalización de esta. Por tanto, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el **19 de diciembre de 2012 al 31 de enero de 2016** y que los **90 días** calendario con que contaba la demandada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones vencieron el **30 de abril del 2016**, el actor tenía hasta el **30 de abril de 2019** para efectuar la **reclamación administrativa** tendiente a interrumpir la prescripción, misma que surtió el **12 de diciembre del 2018**, habilitándose nuevamente el término de 3 años para iniciar la acción judicial, el cual fue atendido en razón a que la **demanda** fue radicada el **26 de marzo de 2019**, en consecuencia, puede concluirse que no operó la prescripción para reclamar las acreencias laborales exigibles a la terminación del contrato.

Ahora, como algunas de las acreencias laborales reclamadas son **de carácter periódico**, definidas como aquellas que el empleador está obligado a pagar mientras esté vigente el contrato en forma continuada o repetida, resultan en este caso prescritas aquellas no reclamadas dentro de los tres años de la prescripción ordinaria, es decir, aquellas que su exigibilidad tuvo lugar 3 años antes de la reclamación administrativa. En esas condiciones, se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales **exigibles con anterioridad al 12 de diciembre del 2015, con excepción** de las **vacaciones**, cuyo término prescriptivo se cuenta pasado 1 año y 1 mes de su causación, es decir, el **12 de noviembre del 2014**.

No obstante, la Sala debe mantener incólume las inferencias que llevaron a que el A quo considerara que tal fenómeno sobre la compensación de vacaciones debía declararse a partir del 12 de diciembre del 2014, en tanto que no fue apelado por la demandante.

Aplicación de la convención Colectiva de trabajo

Sobre este aspecto, no es objeto de controversia por las partes que la convención colectiva suscrita entre CAPRECOM y el Sindicato de Servidores Públicos de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "SINTRACAPRECOM" allegada por la actora cumple con los requisitos establecidos en el artículo 469 del CST, para su valoración. Ahora, respecto de su aplicación, se tiene que aun cuando en efecto no obró afiliación de la actora al citado sindicato y, por tanto, según lo dispone el artículo 470 del CST, las convenciones colectivas de trabajo solo apliquen a trabajadores sindicalizados, no puede olvidarse que por excepción, en los términos del artículo 471 del CST, se hace extensiva a los no sindicalizados, siempre y cuando la organización sindical esté conformada por lo menos por la tercera parte de los trabajadores de la empresa o cuando los beneficios consagrados se hubiesen extendido expresamente a todos los trabajadores por voluntad de las partes suscriptoras.

Bajo lo dicho, es claro que si bien en principio le asistía razón a la encartada cuando indica en la contestación de la demanda que la actora al no estar afiliada a la agremiación sindical no le podía ser extensiva la norma extralegal sobre la cual aspira sus pretensiones

de índole económico, a más porque no demostró que la organización sindical estaba conformada por lo menos por la tercera parte del total de los trabajadores, también lo es que en el presente caso entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM, en la convención colectiva de trabajo suscrita y allegada al cartapacio, se dejó sentado que su aplicación lo sería a todos los trabajadores oficiales de la entidad, sin condición alguna.

Así las cosas, debe hacerse extensivo el convenio colectivo cuando quiera que las partes contratantes de aquel pactaron su aplicación a todos los trabajadores oficiales, calidad que se encontró probada al señalarse la existencia de un verdadera relación laboral con la encartada, en tanto que se desdibujo la legalidad y legitimidad de la vinculación por intermedio de contratos de prestación de servicios de naturaleza civil, razón por la que frente a este puntual aspecto también se confirmará la decisión de primer grado.

Auxilio de cesantías

El fallador de primera instancia condenó a la entidad a pagar a la actora las cesantías legales, lo cual no fue objeto de reproche por aquella, por tanto, lo que se revisa es si acertó la juez de primer grado en la forma en que liquidó las cesantías legales, toda vez que este punto se conoce en consulta en favor de la encartada.

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 advierte que las cesantías se liquidan anualmente, pero son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral.

Igualmente, señala la norma que corresponden a un mes de sueldo, de manera que al realizar las respectivas operaciones aritméticas tomando únicamente el salario del actor como lo indica la norma en mención y el periodo que fue tomado por la juez de primer grado, se obtiene la suma de **$4.596.783** por las cesantías causadas, suma ligeramente inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica este punto, reiterando, que se está conociendo en consulta en favor de la encartada.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2012	$ 1.271.000	$ 0	$ 1.271.000	191	$ 674.336
2013	$ 1.271.000	$ 0	$ 1.271.000	360	$ 1.271.000
2014	$ 1.271.000	$ 0	$ 1.271.000	360	$ 1.271.000
2015	$ 1.271.000	$ 0	$ 1.271.000	360	$ 1.271.000
2016	$ 1.271.000	$ 0	$ 1.271.000	31	$ 109.447
Total Auxilio de cesantías					**$ 4.596.783**

Vacaciones

La Juez primigenia condenó al pago de las vacaciones, mismas que se encuentran reguladas en el art. 43 del D. 1848 de 1969, que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, el cual, dispone que "*tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios.*" Así las cosas, y como quiera que la A quo contó la prescripción de dichas sumas a partir del 12 de diciembre de 2014, punto sobre el cual, se reitera, no hubo oposición, es dable mantener incólume tal decisión.

Prima de servicios legal

Al revisar la normatividad aplicable al presente caso, como son los Decretos 2127 de 1945, 3135 de 1968 y 1848 de 1969, se evidencia que no se contempló la prima de servicios entre las prestaciones sociales a las que tienen derecho los trabajadores oficiales. Por tanto, se revoca la condena impuesta por este concepto.

Prima de navidad

En cuanto a la prima legal de navidad, se encuentra establecida en el art. 51 del Decreto 1848 de 1969, en el que se estableció que 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 al treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

Señalando dicha normatividad que 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.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que, por concepto de prima de navidad del 12 de diciembre del 2015 al 31 de enero del 2016, arroja el valor de **$1.376.917,** suma superior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se mantendrá este punto.

Prima de Navidad			
Prima de Navidad	Salario	Días laborados	Valor cesantías
2015	$ 1.271.000	360	$ 1.271.000
2016	$ 1.271.000	30	$ 105.917
Total Auxilio de cesantías			**$ 1.376.917**

Beneficios Convencionales

- **Prima convencional de junio**

Señala el artículo 49 de la CCT que Caprecom reconocerá a sus trabajadores 15 días adicionales a los pagados por concepto de prima de junio, los cuales no constituyen factor salarial. Sin embargo, una vez verificadas las documentales obrantes en el expediente no es posible establecer el monto de la prima de junio que cancelaba la demandada, prestación legal que tampoco fue reclamada dentro de la presente litis, valor que resulta necesario para calcular el concepto en cuestión, razón por la cual no es posible fulminar condena sobre este pedimento y, por ende, se sigue revocar la decisión que tomó el juzgador de primera instancia sobre este aspecto.

- **Prima convencional de navidad**

Sobre este punto, Caprecom reconoce a sus trabajadores, quince (15) días adicionales a los pagados anualmente por concepto de prima de navidad, los cuales no constituyen factor salarial. De manera que por dicho concepto la demandada deberá cancelar la suma de $688.459. Sin embargo, como es una suma superior a la reconocida por el A quo, deberá mantener tal determinación.

Prima Convencional de Navidad			
Prima Convencional de Navidad	Salario	Días laborados	Valor cesantías

2015	$ 1.271.000	360	$ 635.500
2016	$ 1.271.000	30	$ 52.959
Total Prima de Navidad			**$ 688.459**

- **Auxilio Convencional de Transporte**

Sobre este punto, basta traer a colación la sentencia SL-4105-2020, misma que recogió la posición que venía manteniéndose por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la aplicación de la cláusula 47 convencional, según la cual:

> *"Artículo 47: Auxilio de transporte.*
>
> *CAPRECOM reconocerá a todos sus servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el Gobierno Nacional. Además continuará prestando el servicio de ruta de buses*."

En dicha postura se dejó sentado:

> *"Pues bien, como se explicó, la jurisprudencia de la Sala ya ha considerado que de la cláusula convencional en estudio emana razonablemente que las partes pactaron que el auxilio debía reconocerse a todos los servidores públicos de esa entidad que se beneficien de la convención colectiva de trabajo, sin condición adicional.*
>
> *Ahora, la referencia a que se trata de la prestación que decreta el Gobierno Nacional, puede entenderse que simple y llanamente alude a eso: que el auxilio de transporte equivale al que fija anualmente el Gobierno Nacional mediante decreto. Nótese que, ciertamente, el precepto no indica de forma rotunda y contundente que debe aplicarse únicamente a los servidores que devenguen menos de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, como regularmente ocurre en el sector privado, de modo que tal cortapisa no puede insertarse en el texto dado que ello desdibujaría el sentido y alcance que las partes quisieron imprimirle.*
>
> *Y aún si quedaran dudas y se admitiera que la cláusula extralegal también permite la lectura que propone la censura, lo cierto es que, dada la razonabilidad de la postura contraria que advierte la Corte, es la que debe elegirse en virtud del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y que irradia todo el sistema de fuentes en materia de derecho del trabajo.*
>
> *Así las cosas, se modifica la jurisprudencia respecto al alcance de la cláusula analizada, en el sentido que el entendimiento más acorde a la intención de las partes es que el auxilio de transporte debe reconocerse a todos los trabajadores de la extinta entidad.*
>
> *Con esta decisión la Corte acoge y consolida el criterio expuesto en sede de instancia en la sentencia CSJ SL3023-2020, reiterada en la providencia CSJ SL 60652, 9 sep. 2020."*

Así las cosas, en aplicación a dicha tesitura, el auxilio de transporte a condenar en virtud del texto extralegal será el equivalente a $151.700, sin embargo, como dicha suma es superior a la reconocida por el fallador de primera instancia, deberá mantenerse este punto.

Auxilio de transporte			
Año	Auxilio de Transporte	Días	Valor
2015	$ 74.000	30	$ 74.000
2016	$ 77.700	30	$ 77.700

Total	**$ 151.700**

- **Prima convencional de retiro**

El art. 58 de la CCT señala que CAPRECOM reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus servidores públicos el equivalente a 2 meses de salario. Al respecto, es necesario traer a colación nuevamente la sentencia SL-4105-2020, misma en que sobre este emolumento señaló que:

> *"Al respecto, es oportuno recordar que en múltiples oportunidades la Corporación ha analizado la cláusula 58 de la convención colectiva de trabajo 1996-1998 (f.º 280 a 305), que contempla la prima de retiro en cuestión, e incluso la ha cotejado con el texto del Acuerdo 20 de 1970. Así, ha adoctrinado que las prestaciones reguladas en ambos compendios son diferentes y que aquella prima no está sujeta a que la desvinculación se motive en el reconocimiento de una pensión de jubilación, sino únicamente a la verificación del retiro de la persona trabajadora (CSJ SL 10 ago. 2010, rad. 37470, reiterada en CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 38985, y CSJ SL2709-2019)."*

Conforme a ello, la prima convencional de retiro equivale a dos veces el salario, es decir, a la suma de **$2.542.000**, tal y como lo dijo el A quo, por lo que se confirma esta decisión.

- **Bonificación de Recreación**

Dispone el artículo 64 de la CCT que CAPRECOM reconocerá y pagará 3 días de salario como bonificación especial de recreación con ocasión del disfrute de vacaciones. Por lo anterior, debe reconocerse **$127.100**, como lo dijo el sentenciador primigenio.

Indemnización moratoria

En el presente asunto se debe recordar que la demandante al tratarse de un trabajador oficial, la norma al gobernar el asunto es el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945. Así las cosas, debe recordarse que la mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, 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.

Dicha buena fe "*no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley pues, en cualquier caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014)."*

De otro lado, la CSJ ha sido clara al señalar, entre otras, en la sentencia SL 980 del 2020, que la sanción moratoria en los eventos de liquidación de una entidad oficial opera hasta que esta deja de existir, es decir, hasta la fecha de suscripción del acta final de liquidación.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuentan sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través del citado contrato, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo la estricta subordinación y poderío de la pasiva, sin que fungiera como una contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

En consecuencia, se sigue mantener la condena sobre la indemnización moratoria que impuso el Juzgador de primer grado, máxime cuando debe tenerse en cuenta que aquel tuvo en cuenta el vencimiento del plazo gracia de 90 días calendario con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago y extinción de la persona jurídica, esto es desde el 1 de mayo de 2016 (vencimiento de los 90 días) y hasta el 27 de enero de 2017 (Decreto 2519 de 2015).

Costas. En esta instancia a cargo de la demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación propuesto. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal segundo de la sentencia proferida el 16 de julio del 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, revocar la condena impuesta por concepto de prima de servicios legal y prima convencional de junio, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 1° del ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR-CAPRECOM– SIENDO SU VOCERA Y ADMINISTRADORA LA FIDUPREVISORA S.A.**, a pagar al señor **ELIANA LIZETH TORRES FONTECHA** las siguientes sumas de dinero:

1. **$4.596.783**, por concepto de auxilio de cesantía.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

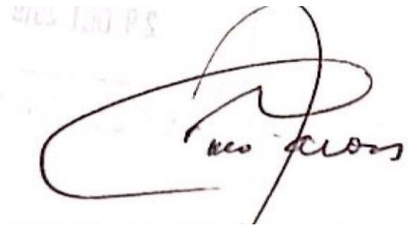
CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR-CAPRECOM– SIENDO SU VOCERA Y ADMINISTRADORA LA FIDUPREVISORA S.A.**
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-*

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **ELIANA LIZETH TORRES FONTECHA** y a cargo de la demandada en la suma de $500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada