



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 02-2018-00098-01

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: GLADYS NUBIA SILVA PINTO
DEMANDADO: RICARDO SERRATO LOZANO como persona natural y en calidad de propietario del establecimiento de comercio CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO
ASUNTO : RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de agosto de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 14 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **GLADYS NUBIA SILVA PINTO** instauraron demanda ordinaria laboral contra de **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** con el

objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3 y 4):

- 1) Condenar al señor **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** a pagar a la demandante las cesantías correspondientes del 25 de mayo de 2009 al 15 de diciembre de 2016, las cuales arrojan la suma de \$3.364.609.
- 2) Condenar al señor **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** a pagar a la demandante los intereses a las cesantías correspondientes del 25 de mayo de 2009 al 15 de diciembre de 2016, las cuales arrojan la suma de \$807.506.
- 3) Condenar al señor **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** a pagar a la demandante las primas de servicio correspondientes del 25 de mayo de 2009 al 15 de diciembre de 2016, las cuales arrojan la suma de \$3.364.609.
- 4) Condenar al señor **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** a pagar a la demandante la sanción por no consignación de cesantías en un fondo, el cual arroja la suma de \$29.115.187.
- 5) Condenar al señor **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** a pagar a la demandante la indexación de las acreencias laborales solicitadas.
- 6) Condenar al señor **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** a pagar a la demandante sanción por mora en el pago de las acreencias laborales establecidas en el artículo 65 del CST la cual a la fecha arroja la suma de \$5.146.623.
- 7) Costas procesales.

El señor **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** contestó la demanda (fls. 35 a 41), de acuerdo al auto visible a folio 52. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 4 de agosto de 2020. **ABSOLVIÓ** al demandado **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO**, de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **GLADYS NUBIA SILVA PINTO**. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas propuestas por el demandado. **COSTAS** a cargo de la parte accionante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo mensual legal vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación:

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que el señor **RICARDO SERRATO** faltó a la verdad en su declaración para ocultar los hechos que configuraron el vínculo laboral entre las partes, la reclamante trabajó para el demandado en el **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** desde del 16 de enero de 2004 al 15 de diciembre de 2016, pero por el hecho de recibir la accionante su pensión, fue liquidada por el demandado el 24 de mayo de 2009, pero a partir de ésta fecha y hasta el 15 de diciembre de 2016 se limitó el demandado a cancelar únicamente los salarios y vacaciones a la actora, omitiendo el pago de sus cesantías, primas, intereses de cesantías, y desafiliándola del fondo de cesantías, manifestándole a la demandante que no tenía derecho por tener reconocida la pensión de vejez. Los testigos que declararon, manifestaron que la demandante ocupó el cargo de secretaria en el **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** para los años 2012 y 2013, por

ser cliente del señor SERRATO, llamaba a la demandante para agendar las citas con el odontólogo, y a quien vio en el consultorio del demandado en diferentes ocasiones ocupando el cargo de secretaria, afirma que todas las afirmaciones hechas por el demandado son falsas, pues no se entiende la razón por la cual, la demandante se encontraba desempeñando el cargo de secretaria en los años 2012 y 2013 como lo afirma el testigo Ricardo, persona y cliente del establecimiento de comercio del demandado.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1.** Si entre la señora GLADYS NUBIA SILVA PINTO y el señor **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO**, existió una relación laboral con vigencia desde el 16 de enero de 2004 al 15 de diciembre de 2016. **2.** En caso afirmativo, sí proceden las condenas peticionadas en el libelo introductorio en el periodo comprendido del 25 de mayo de 2009 al 15 de diciembre de 2016.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

No fue objeto de controversia que entre las partes existió una relación laboral, pues así lo admitió el mismo demandado en su contestación de demanda, lo que sí es objeto de controversia son los extremos temporales que ató a los mismos.

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como

lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real" en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal" o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

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

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, la señora GLADYS NUBIA SILVA alega que prestó sus servicios para el accionado en una única relación laboral desde el 16 de enero de 2004 al 15 de diciembre de 2016 en el cargo de secretaria. El demandado por su parte, niega que haya existido una relación laboral como lo indica la parte actora, pues afirma que tan solo existió una relación laboral desde enero de 2004 a septiembre de 2009, fecha en la cual se dio por terminada la relación laboral con justa causa, por reconocimiento y pago de la pensión de vejez, fecha en la cual se le canceló la liquidación definitiva de prestaciones sociales.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, la demandante allegó al plenario las siguientes pruebas: carta dirigida al Instituto de Seguros Sociales el 9 de septiembre de 2009 mediante la cual, el señor RICARDO SERRATO hace constar que la demandante laboró hasta el 24 de mayo de 2009, y que fue desvinculada del ISS a partir de esa fecha con código de pago (PIN) numero 83809114588 y constancia de no conciliación del 6 de abril de 2017.

Por su parte, el señor **RICARDO SERRATO LOZANO**, como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio **CENTRO ODONTOLÓGICO DIVINO NIÑO** allegó al plenario exámenes de laboratorio clínico de COLCAN.

Frente a los extremos laborales de la relación laboral, la parte demandante solicita se declare como extremo final el 15 de diciembre de 2016, mientras que el apoderado del demandado señala que ésta relación laboral finiquitó en septiembre de 2009, fecha en la cual el extinto ISS hoy Colpensiones comenzó a pagar la mesada pensional la demandante.

Por otro lado, absolvió interrogatorio de parte a la Sra. **GLADYS NUBIA SILVA PINTO**, quien afirmó haber laborado desde enero de 2004 para el laboratorio de propiedad del demandado, hasta diciembre de 2016. Que el demandado le pagó los aportes hasta el año 2009, y que a partir de septiembre de 2009 recibió el pago de la mesada pensional por parte de Colpensiones. Que cuando comenzó a recibir su pensión, no se le dio por terminado su contrato de trabajo, señaló que le preguntó al demandado por las cesantías y las primas adeudadas, quien le respondió que eso lo pagaba el seguro. Que los últimos años la puso a marcar tarjeta, que finalmente quedo como consultorio odontológico. Que en el año 2013 acabaron definitivamente con el laboratorio.

Así mismo, se practicó interrogatorio de parte al demandado, quien indicó la demandante comenzó a laborar en el año 2004, que para esa fecha fue contratada para desempeñar el cargo de secretaria en un horario de lunes a viernes de 2:30 PM a 6:30 PM, que cuando le salió la pensión a la demandante, no se le contrato más. Que las prestaciones sociales se las canceló a la demandante cuando finalizó la relación laboral en septiembre de 2009. Que la actora no trabajó para el demandado después de recibir su primera mesada pensional. Que la demandante no le prestó sus servicios hasta diciembre de 2016. Que no afilió a la demandante a un fondo de cesantías, pues en ese tiempo se le cancelaba directamente las cesantías a la demandante.

Se practicó la prueba testimonial a los señores **FLOR STELLA MARTÍNEZ MARTÍNEZ**, quien indicó ser la prima de la demandante, que sabía que trabajaba para el demandado en horario de las tardes, pero no sabe qué tipo de contrato

suscribieron las partes. Que le consta, porque tuvo dos consultas con el Dr. Serrato, que la demandante era la secretaria del demandado. Que no conoce los motivos por los cuales dejó de laborar, pero que le consta cuando le daba órdenes a la demandante, por ejemplo que le ordenaba que abriera la historia clínica del usuario, que recibiera el dinero de la consulta, etc., pero que no le consta que del año 2009 al 2016 le diera órdenes. Que no acompañaba a la demandante a ir al trabajo, ni a recogerla, pero sabe que era quien asignaba las citas en el horario de la tarde. Nunca la acompañó a recibir dinero, que le dio una cita con el demandado, y cuando llegó a la cita, fue quien la recibió.

Por otro lado, se recibió el testimonio del señor **RICARDO ALBERTO VILLAMIL SÁNCHEZ** quien indicó que la relación con la demandante viene desde hace 25 años, señaló que conoce al demandado por que le hizo un tratamiento a su padre en el año 2011, y que le pidió que le agendaran una cita a la demandante. Que asistió unas 2 o 4 veces al consultorio odontológico, sin que recuerde las fechas exactas, pero cree que fue para mediados del año 2012, y que le consta que la demandante era la secretaria del accionado, porque fue quien le agendó la cita y le recibió el dinero de la cita. Que después del año 2012 no volvió al consultorio porque su padre ya no necesitaba tratamiento. Que le consta que la demandante trabajaba en las tardes porque fue en el horario que asistió a las citas de su padre, y era quien los recibía para la cita.

Así mismo, se recibió el testimonio del señor **JORGE ENRIQUE CHÁVEZ MORENO**, quien manifestó que conoce a la demandado hace 24 años, que iba al consultorio del Dr. Serrato 1 o 2 veces por día, y conoció a la actora porque trabajó para el accionado, dijo que la demandante tenía un laboratorio clínico en la misma dirección del consultorio del demandado, que el laboratorio clínico lo atendía la demandante con otra señora, y que era independiente porque ahí le hacían los exámenes de laboratorio. Que la demandante fue la secretaria del demandado, pero que no sabe la fecha porque a veces estaba la hermana, a veces otra señora, y a veces la misma demandante. Que no sabe hasta qué fecha trabajó la actora, pero cree saber que fue hasta el año 2010, cuando le mandó hacer exámenes a su hija, y que en el año 2016 cuando le mandó a hacer otros exámenes a su hija no estaba la demandante, pues habían otras personas atendiendo.

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisar en primer lugar que si bien la Sala comparte la decisión de primera instancia, por cuanto si bien está acreditada la prestación personal del servicio por parte de la señora GLADYS NUBIA SILVA PINTO para el demandado, en lo que tiene que ver con el extremo final de la relación laboral, se advierte que la parte actora tampoco logró demostrar dicho extremo final, pues los testigos practicados en el presente asunto, si bien afirmaron que la vieron trabajar como secretaria en el consultorio odontológico del demandado, ninguno de ellos tenía conocimiento hasta cuando trabajó allí, incluso el señor **JORGE ENRIQUE CHÁVEZ MORENO** señaló que al asistir al consultorio en el año 2016 no vio a la demandante y que no está seguro si la demandante trabajaba para el accionado, pues en la tarde habían varias personas trabajando. Por su parte la señora **FLOR STELLA MARTÍNEZ MARTÍNEZ** indicó que no le consta que del año 2009 al 2016 el demandado le diera órdenes a la actora. Y por último, el señor **RICARDO ALBERTO VILLAMIL SÁNCHEZ** si bien indicó que la demandante era la que agendaba citas y le recibía el dinero de la consulta, no volvió después del año 2012, a efectos de manifestar si la misma trabajaba con posterioridad a dicho año en el consultorio del demandado y para el demandado.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la deficiencia probatoria relacionada con la temporalidad del vínculo jurídico que ató a las partes, impide la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo comprendido entre el 25 de mayo de 2009 al 15 de diciembre de 2016, lapso por el cual se incoó la presente demanda; y que por el contrario, la prueba testimonial y documental que obra dentro del plenario da cuenta que el vínculo hasta mayo de 2009, periodo que incluso aceptó el demandado en su contestación, esto es, con anterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante, periodo respecto del cual recibía órdenes o instrucciones por parte del demandado, sin embargo con posterioridad a mayo de 2009 si bien pudo existir una subordinación jurídica, lo cierto es que no se logró demostrar el extremo final de la relación laboral, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe

soportar la imposición de una decisión absolutoria, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones.

En consecuencia, habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia apelada.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

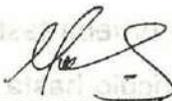
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 4 de agosto de 2020 por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

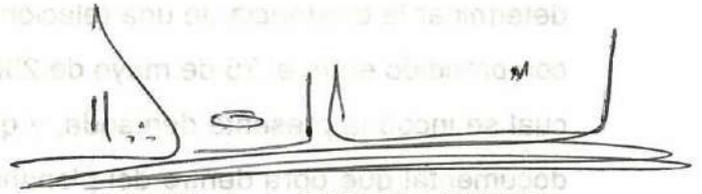
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

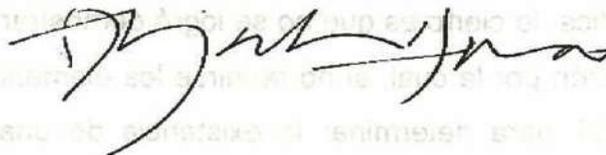
Ponente

(Rad. 11001310500220180009801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500220180009801)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500220180009801)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 07-2019-00713-01

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: PABLO EMILIO CABALLERO
DEMANDADO: UGPP
ASUNTO: RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (UGPP)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (UGPP) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de febrero de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 6 a 9), así como UGPP (fls. 11 a 15) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor PABLO EMILIO CABALLERO instauro demanda ordinaria laboral contra de la UGPP, debidamente sustentada como aparece a folios 6 Y 7 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que al señor PABLO EMILIO CABALLERO, en calidad de cónyuge supérstite, le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de la causante MARIA CONCEPCIÓN CAITA DE CABALLERO, de conformidad con los artículos 46, 47 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.
2. Declarar que al señor PABLO EMILIO CABALLERO, le asiste el derecho que se le reconozca el retroactivo de las mesadas pensionales desde el 12 de septiembre de 2018, es decir, desde la fecha de fallecimiento de la causante.
3. Condenar a la UGPP a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de pablo Emilio caballero, en calidad de cónyuge supérstite de la causante MARIA CONCEPCIÓN CAITA DE CABALLERO, de conformidad con los artículos 46, 47 y siguientes de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.
4. Condenar a la UGPP al pago del retroactivo de las mesadas pensionales desde el 12 de septiembre de 2018, fecha de fallecimiento de la causante.
5. Condenar a la demandada al pago de los intereses moratorios de cada una de las mesadas pensionales de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 4º de la Ley 700 de 2001.
6. En el evento en que no se condene a la entidad al pago de los intereses moratorios, solicita se condene a la demandada a la indexación de las sumas reconocidas en la sentencia.
7. Costas procesales.

La **UGPP** contestó la demanda (fls. 36 a 46), de acuerdo al auto del 1 de octubre de 2020. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 7º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 1 de febrero de 2021, **CONDENÓ** a la UGPP a pagar al demandante PABLO EMILIO CABALLERO la pensión de sobrevivientes de la señora MARIA CONCEPCIÓN CAITA, en cuantía de \$1.223.908,10 a partir del 12 de septiembre de 2018.

CONDENÓ a la UGPP a pagar al señor PABLO EMILIO CABALLERO como retroactivo pensional por la mesada pensional desde el 12 de septiembre de 2018 al 31 de enero de 2021, en cuantía de \$43.179.342,47. Descuento en salud. **CONDENÓ** a la UGPP a pagar al demandante la pensión de sobrevivientes de la señora MARIA CONCEPCIÓN CAITA en cuantía de \$1.331.920 a partir del 1 de febrero de 2021, la UGPP queda autorizada para efectuar descuentos en salud. **CONDENÓ** a la UGPP al demandante los intereses moratorios desde el 5 de febrero de 2019, que liquidados al 31 de enero de 2021 ascienden a la suma de \$14.381.089,59, igualmente condenar a pagar los intereses que se causen sobre el retroactivo pendiente hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados. **COSTAS** a cargo de la demandada, incluyendo como agencias en derecho el 7% de la condena impuesta.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (UGPP)** apeló el fallo de primera instancia:

- 1. RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, se absuelva a la UGPP, teniendo en cuenta que es discordante la información que obra en el expediente administrativo, como quiera que reposa declaración extra juicio que señala que el demandante convivió con la causante hasta la fecha de su fallecimiento, sin embargo, en otros documentos, como en la demanda, menciona que la convivencia se sostuvo hasta el año 1973, no obstante, debe tenerse en cuenta que del material probatorio obrante en el proceso se vislumbra que a ésta última fecha, la causante procreó hijos con otra persona, y no se evidencia una coexistencia de relaciones, y si bien el demandante contrajo matrimonio con la causante, no se demuestra convivencia en ningún tiempo, pues el hecho de procrear hijos y tener un vínculo matrimonial vigente, no sustituye el hecho de probar los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, conforme lo anterior nótese que de acuerdo al material probatorio arrimado por el demandante, no se logra establecer la misma, aunado al hecho que los 2 testigos allegados por la UGPP manifiestan en declaración juramentada que el actor siempre maltrató a la causante, en ese

orden no se estaría acreditando una efectiva convivencia, pues el demandante y la causante no tuvieron el ánimo ni la constitución de formar un hogar ni de una familia, con el apoyo moral, material, espiritual, efectivo y afectivo y permanente, por lo menos en el término que estipula la Ley. No puede perderse de vista el comportamiento de mala fe del demandante, que buscando inducir en error, no solo a la administración, sino a la jurisdicción, allega como soporte de la convivencia un material fotográfico que a simple vista se observa el montaje realizado, y es totalmente falso, como quiera que las fotografías originales están en poder de los hijos de la causante, quienes testificaron y allegaron solicitudes a la entidad a fin de no reconocer la prestación al demandante, como quiera que no tiene derecho alguno, y no existe soporte alguno que permita establecer que entre el demandante y la causante existió esta convivencia efectiva y mucho menos, un vínculo jurídico y económico, como lo manifiesta el Juzgado en su sentencia. Adicionalmente, solicita se tengan en cuenta los testigos allegados por parte de la UGPP, y se allegue a la conclusión que el demandante no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

No obstante la interposición del recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala avocará también su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1)** Sí conforme al material probatorio recaudado, el señor **PABLO EMILIO CABALLERO**, en su calidad de cónyuge supérstite de la causante, acredita la condición de beneficiario de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de la señora MARIA CONCEPCION CAITA.

STATUS DE PENSIONADA DEL CAUSANTE:

Sea lo primero indicar que no es motivo de discusión que la entidad accionada mediante Resolución No 4031 del 30 de abril de 1987 le reconoció a la señora MARIA CONCEPCION CAITA una pensión de jubilación, en cuantía \$31.181,28 a partir del 1 de mayo de 1986.

Posteriormente, mediante Resolución No. 13312 del 24 de octubre de 1995, se liquida la pensión de jubilación de la causante en cuantía de \$45.648,93, efectiva a partir del 1º de enero de 1988, con efectos a partir del 23 de febrero de 1992.

RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Frente a la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, derivados directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

*Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que **el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado**. De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.*

En ese orden, dado que en el proceso se encuentra establecido que la señora MARIA CONCEPCION CAITA LORENZANO falleció el 12 de septiembre de 2018, conforme el registro civil de defunción obrante a folio 19 del expediente, la definición del derecho en el presente caso está sometido a las disposiciones vigentes para la fecha del deceso del asegurado, es decir las contenidas en el **artículo 13¹ de la**

¹ ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el pensionado o afiliado por un lapso no menor de 5 años continuos con anterioridad al fallecimiento, tal como lo estableció el *A quo*.

Por otro lado, tampoco cabe asomo de duda que el señor PABLO EMILIO CABALLERO contrajo matrimonio con la señora MARIA CONCEPCION CAITA LORENZANO el 18 de septiembre de 1955, conforme registro civil de matrimonio que obra a folio 20 del plenario.

Ahora bien, de conformidad con la norma citada, para definir la titularidad del derecho es necesaria la comprobación de la convivencia efectiva mínimo por 5 años entre el causante y la cónyuge y/o compañera permanente en cualquier tiempo.

Aclarado lo anterior, debe resaltarse que el demandante, PABLO EMILIO CABALLERO afirma haber contraído matrimonio el día 18 de septiembre de 1955 con la causante, y convivió con ésta hasta el año 1973, fecha para la cual se separaron de cuerpos.

Se practicó el **interrogatorio de parte** al señor PABLO EMILIO CABALLERO quien indicó que contrajo matrimonio con la señora MARIA CONCEPTCIÓN CAITA el 18 de septiembre de 1955, en la Iglesia de San Fernando Rey. Que tuvieron 3 hijos, que actualmente se encuentran fallecidos. Que la causante se fue con otro señor con quien tuvo 2 hijos adicionales. Que a pesar de lo anterior, tuvieron continua comunicación, que no hubo desacuerdo de nada. Que la causante falleció en la clínica El Corpas. Que le pusieron de presente los registros fotográficos allegados al expediente administrativo junto con la reclamación administrativa, de los cuales manifiesta no recuerda bien cuando fueron tomadas. Que cuando la causante

47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

enfermó la acompañó un par de días, pero también estaba enfermo, entonces hablaban por teléfono.

Se recibió igualmente el testimonio de los señores **Silvio Fernández Garzón**, quien indicó que conoce al demandante desde el año 1960 aproximadamente, y que estuvo casado con la causante, pero que no vivieron juntos en los últimos años de vida de la causante. Por su parte, la señora **María Teresa Caballero Caita** manifestó ser la hija de la causante y que el demandante estuvo casado con su madre, que tenía conocimiento que el actor le pegaba a la causante. Que la causante tuvo 3 hijos adicionales, pero todos ya fallecieron. Que el demandante nunca estuvo pendiente de su madre. Que su hermano Carlos Alberto Caballero cubrió los gastos funerarios de la causante. Que es verdad que presentó una declaración extra juicio ante la UGPP para que no le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes, puesto que no estaban conviviendo a la fecha del fallecimiento, no estuvo pendiente, igualmente desde hace muchos años no tenían contacto. Que el demandante asistió a la velación, pero no al entierro de la causante. Que la causante vivía con un hermano.

Finalmente, el señor **Carlos Alberto Caballero Caita** indicó que es hijo de la causante, pero que su verdadero padre lo negó y el demandante le dio su apellido, pero no tiene ningún vínculo adicional con el actor. Que conoce al demandante porque se casó con su madre, antes de nacer. Que su madre, la causante dejó al demandante porque le daba muy mala vida, pues porque le contaba que le pegaba mucho. Que la causante falleció de cáncer en el estómago, y por eso estuvo hospitalizada, pero el demandante nunca estuvo pendiente cuando estuvo enferma la causante. Que no tiene conocimiento si la causante le ayudaba económicamente al demandante. Que admite haber presentado petición ante la UGPP para que no le reconozcan pensión de sobrevivientes al demandante, máxime por cuanto presentó un material fotográfico que obedecen a unos montajes. Que no vio al demandante en las exequias de la causante.

Ahora bien, reposa informe técnico de investigación de sobrevivientes realizado por la empresa COSINTE LTDA el 11 de marzo de 2019, mediante la cual se concluyó una vez verificada, cotejada la documentación, entrevistas y labor de campo, por

medio de testimonios de los familiares del causante y vecinos del sector, que el demandante y la causante convivieron desde el 18 de septiembre de 1955, fecha en la que contrajeron matrimonio hasta el año 1973, fecha en que se separaron de manera definitiva sin retomar convivencia, evidenciándose que la declaración aportada por el actor es falsa.

Del expediente administrativo se puede extraer PQR presentado por el señor CARLOS ALBERTO CABALLERO CAITA, hijo del demandante y de la causante, del 22 de febrero de 2019, quien manifestó *“Yo, Carlos Alberto Caballero Caita (...) deseo saber si hay algún proceso de pensión que el señor Pablo Emilio Caballero esté reclamando, por la cual, yo hijo de la señora María Concepción Caita de Caballero la cual falleció el día 12 de septiembre de 2009 deja constancia que éste señor no convivió con ella, pues la abandonó e hizo su vida por aparte, les agradezco que le sea negada cualquier petición o reclamo.”*.

Aclarado lo anterior, si bien se tiene acreditado que el demandante contrajo matrimonio con la causante el 18 de septiembre de 1955, la pareja dejó de convivir en el año 1973, lo cierto es que nunca se divorciaron ni liquidaron la sociedad conyugal.

Frente al tema, es pertinente traer a colación la sentencia SL 480 con Rad. 67030 Del 19 de febrero de 2020, que a su vez trajo a colación la sentencia SL1399 -2018, mediante la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó que mientras el vínculo matrimonial se mantenga vigente, así se decrete la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, se acredite cinco años de convivencia en cualquier tiempo, la cónyuge supérstite tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, al respectó indicó:

“En similar sentido, el Tribunal se equivocó al entender que Vitalina Díaz Morales no tenía derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge supérstite de Édgar Caicedo Romero, porque de conformidad con la escritura pública 2397 del 15 de julio 1998, entre estas personas no existía sociedad conyugal vigente, teniendo en cuenta la anotación contenida en ese documento, en la que se indica que la misma fue disuelta y liquidada, lo que estimó suficiente para entender que aquella no era beneficiaria de dicha prestación.

En este punto, el ad quem erró al asimilar, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal con la vigencia del vínculo matrimonial, aspectos que también son diferentes. En efecto, aunque la sociedad conyugal se deriva del matrimonio, lo cierto es que tal sociedad de bienes puede existir o no, sin que ello afecte jurídicamente la existencia y validez del matrimonio.

El anterior panorama permite concluir, de entrada, que sí le asiste razón a la censura en sus reproches jurídicos. **No es cierto, como lo sostuvo el juez de segundo grado, que el hecho de que la sociedad conyugal existente entre Vitalina Díaz Morales y Édgar Caicedo Romero se hubiera liquidado, despojara a aquella del derecho a obtener el reconocimiento pensional de su esposo, pues lo cierto es que, si el vínculo matrimonial se mantiene vigente –asunto que no fue desvirtuado en este caso- así se hubiera realizado la liquidación de la sociedad conyugal, la cónyuge separada de hecho tiene derecho a acceder a la referida prestación, siempre y cuando demuestre haber convivido con el causante durante cinco años, en cualquier tiempo.**

Al respecto, esta Sala de Casación, en sentencia CSJ SL1399 -2018 explicó:

Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, mientras el vínculo matrimonial se mantenga vigente, como sucede en el presente caso, y el cónyuge supérstite demuestre cinco años de convivencia en cualquier tiempo con el causante tendrá derecho al reconocimiento de la prestación, en atención que, lo que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia del vínculo matrimonial, el cual subsiste incluso, ante situaciones jurídicas relacionadas con la separación de bienes o, como en el presente caso, ante la disolución o la liquidación de la sociedad conyugal, pues dichas figuras no descartan la posibilidad de adquirir ese derecho.

Así las cosas, si bien es cierto se tiene acreditado que el demandante fue quien abandonó el hogar en el año 1973, lo cierto es que convivió con la causante desde el 18 de septiembre de 1955, fecha en que contrajeron matrimonio hasta el año 1973, superando ampliamente el mínimo exigido de cinco años de convivencia.

Así las cosas, al encontrarse plenamente acreditado el vínculo matrimonial vigente, entre el demandante y la causante, así como la convivencia entre la pareja por más

de 5 años en cualquier tiempo, concurriendo los requisitos consagrados en el art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para reconocer la calidad de beneficiario como cónyuge supérstite de la señora PABLO EMILIO CABALLERO de la sustitución pensional deprecada, y consecuentemente se ordenará a la demandada UGPP el reconocimiento y pago del **100%** de la pensión de sobrevivientes a favor del señor PABLO EMILIO CABALLERO a partir del 12 de septiembre de 2018, fecha de fallecimiento de la causante.

Ahora bien, conforme la liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión y de acuerdo a la mesada que reposa en el expediente administrativo reconocida a la causante, previas las re-liquidaciones que hubo lugar en la suma de \$45.648,93, la misma fue actualizada al año 2018 en la suma de **\$1.158.965**, y en atención que se está conociendo en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP, y en aras de no hacer más gravosa su situación, se **MODIFICARÁ** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

En consecuencia, y conforme la liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión, se **MODIFICARÁ** el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la UGPP a pagar al señor PABLO EMILIO CABALLERO como retroactivo pensional por la mesada pensional desde el 12 de septiembre de 2018 al 31 de enero de 2021, en cuantía de \$40.750.126,17.

Igualmente, se **MODIFICARÁ** el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que la mesada pensional para el año 2021 asciende en la suma de **\$1.261.121**.

INTERESES MORATORIOS:

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993², debe indicarse que la condena de intereses moratorios

² «A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación. Al respecto se trae a colación la sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

(...)

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Situación que fue reiterada en la sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigera la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, (Sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019).

Aunado a lo anterior, en reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681 – 2020, entre otras, frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adoctrinó

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión.

En concordancia con lo antes expuesto, debe decirse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estipula que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales,

la administradora está obligada al pago de los intereses moratorios sobre el importe de la obligación a su cargo.

Ahora bien, el artículo primero de la Ley 717 de 2001 establece que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deberá efectuarse a más tardar **2 meses contados a partir de la fecha presentación de la solicitud con la documentación que acredite el derecho.**

Aclarado lo anterior, dado los medios probatorios allegados al proceso se acredita que la demandante en calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente presentó reclamación administrativa el **12 de septiembre de 2018**, la cual fue negada mediante Resolución RDP 008348 del 15 de marzo de 2019 (fls. 15 y 16), bajo el argumento que el causante no reunía los requisitos para haber dejado causada el reconocimiento de la prestación.

Así las cosas, la fecha de causación de los intereses moratorios de las *mesadas insolutas*, procedería a partir del **12 de noviembre de 2018**, esto es, 2 meses a la radicación de la solicitud, no obstante, dado que se está conociendo el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP, y en aras de no hacer más gravosa su situación, se confirmará condena impuesta a la UGPP, en el sentido de **CONDENARLA**, a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios causados a partir del **5 de febrero de 2019** hasta cuando se pague el retroactivo insoluto causado en ésta sentencia, ordenando el pago de la suma de \$10.411.644 por concepto de intereses moratorios liquidados con corte al 31 de enero de 2021, sin perjuicio de los que a futuro se causen.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Finalmente, debe advertir la Sala que la excepción de prescripción propuesta por la demandada no tiene vocación de prosperidad, como quiera que el derecho a la pensión de sobreviviente se causó el **18 de septiembre de 2018** con el fallecimiento de la causante (fl. 19); que el señor PABLO EMILIO CABALLERO solicitó el reconocimiento de la prestación el **12 de septiembre de 2018**, la cual fue negada mediante resolución RDP 008348 del 15 de marzo de 2019 (fls. 15 y 16); y radicó la

presente demanda el día **10 de octubre de 2019** (fl 28), concluyendo entonces que no transcurrió el término trienal de que trata el artículo 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, por lo que habrá de **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción, confirmando este punto de decisión de primera instancia.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la UGPP a pagar al demandante **PABLO EMILIO CABALLERO** la pensión de sobrevivientes de la señora **MARIA CONCEPCIÓN CAITA**, en cuantía de \$1.158.965 a partir del 12 de septiembre de 2018.

SEGUNDO: MODIFICAR el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la UGPP a pagar al señor **PABLO EMILIO CABALLERO** como retroactivo pensional por la mesada pensional desde el 12 de septiembre de 2018 al 31 de enero de 2021, en cuantía de \$40.750.126,17.

TERCERO: MODIFICAR el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que la mesada pensional para el año 2021 asciende en la suma de **\$1.261.121**.

CUARTO: MODIFICAR el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido **CONDENAR** a la UGPP a pagar al demandante la de suma \$10.411.644 por concepto de intereses moratorios causados a partir del **5 de febrero de 2019** liquidados con corte al 31 de enero de 2021, sin perjuicio de los que a futuro se causen.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

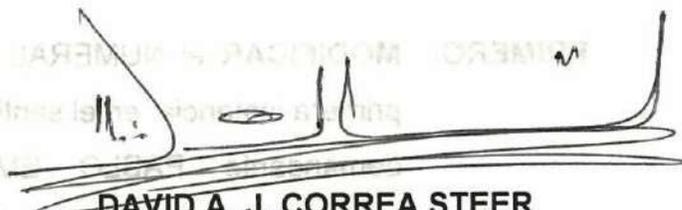
SEXTO : Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

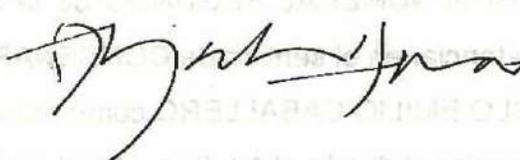

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500720190071301)


DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500720190071301)


ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500720190071301)



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -			
MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA			
RADICADO: 110013105007201971301			
DEMANDANTE : PABLO CABALLERO			
DEMANDADO: UGPP			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el retroactivo pensional desde 12-09-2018 a 31-01-2021, calcular interes de mora según instrucciones del despacho.			

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada otorgada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/88	31/12/88		\$ 45.648,93		
01/01/89	31/12/89	27,00%	\$ 57.974,14	0,00	\$ 0,0
01/01/90	31/12/90	26,00%	\$ 73.047,00	0,00	\$ 0,0
01/01/91	31/12/91	26,10%	\$ 92.112,00	0,00	\$ 0,0
01/01/92	31/12/92	26,00%	\$ 116.061,00	0,00	\$ 0,0
01/01/93	31/12/93	25,13%	\$ 145.227,00	0,00	\$ 0,0
01/01/94	31/12/94	22,60%	\$ 178.048,00	0,00	\$ 0,0
01/01/95	31/12/95	22,59%	\$ 218.269,00	0,00	\$ 0,0
01/01/96	31/12/96	19,46%	\$ 260.744,00	0,00	\$ 0,0
01/01/97	31/12/97	21,63%	\$ 317.143,00	0,00	\$ 0,0
01/01/98	31/12/98	17,68%	\$ 373.214,00	0,00	\$ 0,0
01/01/99	31/12/99	16,70%	\$ 435.541,00	0,00	\$ 0,0
01/01/00	31/12/00	9,23%	\$ 475.741,00	0,00	\$ 0,0
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 517.368,00	0,00	\$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 556.947,00	0,00	\$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 595.878,00	0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 634.550,00	0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 669.450,00	0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 701.918,00	0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 733.364,00	0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 775.092,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 834.542,00	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 851.233,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 878.217,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 910.974,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 933.202,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 951.306,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 986.124,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.052.885,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.113.426,00	0,00	\$ 0,0
12/09/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.158.965,00	4,63	\$ 5.369.871,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.195.820,00	14,00	\$ 16.741.480,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.241.261,00	14,00	\$ 17.377.654,0
01/01/21	31/01/21	1,60%	\$ 1.261.121,00	1,00	\$ 1.261.121,0
Total retroactivo				\$ 40.750.126,17	

Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Fecha de Corte		Subtotal Interés
					Tasa de interés de mora diario	Capital	
desde 12-09-2018	05/02/19	31/01/21	727	25,98%	0,0633%	\$ 6.565.691,17	\$ 3.021.224,00
feb-19	01/03/19	31/01/21	703	25,98%	0,0633%	\$ 1.195.820,00	\$ 532.095,00
mar-19	01/04/19	31/01/21	672	25,98%	0,0633%	\$ 1.195.820,00	\$ 508.631,00
abr-19	01/05/19	31/01/21	642	25,98%	0,0633%	\$ 1.195.820,00	\$ 485.925,00
may-19	01/06/19	31/01/21	611	25,98%	0,0633%	\$ 1.195.820,00	\$ 462.461,00
jun-19	01/07/19	31/01/21	581	25,98%	0,0633%	\$ 2.391.640,00	\$ 879.509,00
jul-19	01/08/19	31/01/21	550	25,98%	0,0633%	\$ 1.195.820,00	\$ 416.291,00
ago-19	01/09/19	31/01/21	519	25,98%	0,0633%	\$ 1.195.820,00	\$ 392.827,00
sep-19	01/10/19	31/01/21	489	25,98%	0,0633%	\$ 1.195.820,00	\$ 370.120,00
oct-19	01/11/19	31/01/21	458	25,98%	0,0633%	\$ 1.195.820,00	\$ 346.657,00
nov-19	01/12/19	31/01/21	428	25,98%	0,0633%	\$ 1.195.820,00	\$ 323.950,00
dic-19	01/01/20	31/01/21	397	25,98%	0,0633%	\$ 2.391.640,00	\$ 600.972,00
ene-20	01/02/20	31/01/21	366	25,98%	0,0633%	\$ 1.241.261,00	\$ 287.549,00
feb-20	01/03/20	31/01/21	337	25,98%	0,0633%	\$ 1.241.261,00	\$ 264.765,00
mar-20	01/04/20	31/01/21	306	25,98%	0,0633%	\$ 1.241.261,00	\$ 240.410,00
abr-20	01/05/20	31/01/21	276	25,98%	0,0633%	\$ 1.241.261,00	\$ 216.840,00



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

may-20	01/06/20	31/01/21	245	25,98%	0,0633%	\$ 1.241.261,00	\$ 192.485,00
jun-20	01/07/20	31/01/21	215	25,98%	0,0633%	\$ 2.482.522,00	\$ 337.831,00
jul-20	01/08/20	31/01/21	184	25,98%	0,0633%	\$ 1.241.261,00	\$ 144.560,00
ago-20	01/09/20	31/01/21	153	25,98%	0,0633%	\$ 1.241.261,00	\$ 120.205,00
sep-20	01/10/20	31/01/21	123	25,98%	0,0633%	\$ 1.241.261,00	\$ 96.635,00
oct-20	01/11/20	31/01/21	92	25,98%	0,0633%	\$ 1.241.261,00	\$ 72.280,00
nov-20	01/12/20	31/01/21	62	25,98%	0,0633%	\$ 1.241.261,00	\$ 48.711,00
dic-20	01/01/21	31/01/21	31	25,98%	0,0633%	\$ 2.482.522,00	\$ 48.711,00
ene-21	01/02/21	31/01/21	0	25,98%	0,0633%	\$ 1.261.121,00	\$ 0,00
Total intereses moratorios							\$ 10.411.644,00

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 40.750.126,17
Intereses moratorios	\$ 10.411.644,00
Total	\$ 51.161.770,17

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso.
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación lunes, 26 de abril de 2021 Recibe: _____



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 36-2018-00290-01

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: GILBERT HERRERA DUARTE
DEMANDADO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETERO
ASUNTO: RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 10 a 13), así como la demandada (fls. 5 a 8) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor GILBERT HERRERA DUARTE instauro demanda ordinaria laboral contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, debidamente sustentada como aparece a folios 15 a 16 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Declarar que entre el señor GILBERTH HERRERA DUARTE y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, existió un

contrato de trabajo a término indefinido que se ejecutó entre el 1º de enero de 2007 y el 28 de febrero de 2017.

2. Que durante la iniciación, desarrollo, ejecución y terminación del contrato de trabajo, el actor fue beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo celebradas por la Federación Nacional de Cafeteros y su sindicato de trabajadores SINTRAFEC.
3. Que dicho contrato de trabajo fue terminado por renuncia voluntario del actor.

CONDENATORIAS:

1. Condenar a la Federación Nacional de Cafeteros:
 - a. A liquidarle y pagarle el valor de las primas extralegales de servicios consagradas en el artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1974 (1.5 salarios en junio y 1.5 salarios en diciembre), toda vez que no se le cancelaron durante la vigencia, ejecución y terminación del contrato de trabajo.
 - b. A liquidarle y pagarle el valor de de las primas de vacaciones consagradas en el artículo 9º de la Convención Colectiva de trabajo de 1996, yoda vez que no se le cancelaron durante la vigencia, ejecución y terminación del contrato de trabajo.
 - c. Re-liquidar y pagar el valor de las cesantías definitivas, con la inclusión de todos los conceptos salariales por el devengado en el último año de servicios, como primas extralegales de servicios y primas vacacionales.
 - d. Re-liquidar y pagar el valor de los intereses sobre las cesantías definitivas.
 - e. Pagar el valor de la sanción legal por no haberle cancelado oportunamente la totalidad de los intereses sobre la cesantía definitiva.
 - f. La indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, por no haberle cancelado en forma integral y oportuna el valor de los salarios, cesantías, primas extralegales de servicio de junio y diciembre de cada año y las primas vacacionales.
 - g. El valor de la sanción establecida en el numeral 3º del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haberle consignado en el Fondo de Pensiones, el valor total de las cesantías de los 3 últimos años de servicios, en forma íntegra y oportuna.
 - h. A pagarle a la entidad de seguridad social a la cual se encontraba afiliado a la fecha de terminación del contrato de trabajo, el valor resultante del

reajuste de las cotizaciones para pensión, originado en el pago de los conceptos salariales de primas semestrales de servicios de junio y diciembre de las primas vacacionales que aquí se demandan.

i. Costas procesales.

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** contestó la demanda (fls. 408 a 424), de acuerdo al auto visible a folio 451. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de octubre de 2020, **DECLARÓ PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción. **CONDENÓ** a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** a pagar al señor **GILBERT HERRERA DUARTE**:

- a. \$400.757 por reajuste de cesantías.
- b. \$44.228 por reajuste de intereses a las cesantías.
- c. \$10.493.273 por primas de servicios de orden convencional.
- d. \$4.543.746 por primas de vacaciones de orden convencional.
- e. \$36.079.270 por indemnización por no consignación de cesantías.
- f. \$44.384.232 por indemnización moratoria, causada hasta el 27 de febrero de 2019. A partir de tal fecha, se deberán intereses moratorios sobre las sumas debidas por diferencias de cesantías y por primas de servicios convencionales, a la tasa máxima de créditos de libre asignación convencionales, a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando se verifique el pago.

CONDENÓ a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a pagar a la **AFP PORVENIR SA**, las diferencias en las cotizaciones obligatorias causadas en pensión, junto con el interés moratorio igual al que rige para el impuesto a la renta y complementarios, desde la fecha de exigibilidad de cada uno de los aportes y hasta cuando se verifique el pago. Para el efecto deberá tener en cuenta como salarios para el año 2015 \$1.790.278, para el año 2016 \$1.915.597 y para el año 2017 \$2.049.688. **COSTAS** a cargo de la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$5.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada apeló el fallo de primera instancia:

- 1. BENEFICIOS CONVENCIONALES:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la Federación Nacional de Cafeteros de las pretensiones incoadas en su contra, como quiera que al demandante no le asiste derecho a los beneficios convencionales, en tanto que el inciso 1º del artículo 40 de la CCT 1965, señala textualmente que la CCT sería aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, dejó de existir en la CCT de 1988 y 1990, cuando el sindicato de trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros comenzó a ser un sindicato minoritario por asociar en su organización solo al 23% del total de los trabajadores de la empresa, situación que vino decreciendo, hasta que para la fecha en que se contestó la demanda, el número de afiliados asciende solamente al 5.9% del total de los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros. Al hacer una sinopsis del precitado inciso 1º del artículo 40 de la CCT 1965, vemos que ésta norma se transfirió en todas las CCT desde 1965 hasta el Laudo Arbitral de 1986, y en el año 1988 desaparece cuando las partes sindicales y la Federación se dan cuenta que el Sindicato es minoritario, y solamente está vigente el artículo 40 de la CCT de 1965, inciso 2º que fue reproducido el ARTÍCULO 14 de la CCT de 1988 relacionada "Retención para SINTRAFEC" cuyo tenor es "Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a SINTRAFEC se procede, de acuerdo con la Ley", esto quiere decir, que a partir de la CCT de 1988, desapareció la cláusula que hacía extensivos los beneficios convencionales a todos los trabajadores de la demandada, si se estudia todas las CCT posteriores a 1990 hasta la de 1998, que fue la última CCT suscrita entre la Federación Nacional de Cafeteros y SINTRAFEC, se observa que en ninguna de éstas CCT volvió a aparecer ninguna cláusula correspondiente al inciso 1º del artículo 40 de la CCT de 1965, es decir, que a partir del año 1988 comenzó a operar para SINTRAFEC el artículo 470 del CST, subrogado por el artículo 37 Decreto Ley 2351 de 1965, que dispone que las CCT entre patronos y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que los haya celebrado y a aquellos que se adhieran expresamente a la CCT o se afilien posteriormente al sindicato. Lo anterior quiere decir que, no deberíamos estar en éste proceso, porque el demandante sirvió 10 años al servicio de la Federación

Nacional de Cafeteros, tiempo respecto del cual tuvo para manifestar a la accionada su inconformidad con el contrato individual de trabajo con la demandada, por no hacerle extensivo los beneficios convencionales y tuvo los mismos 10 años para acogerse al artículo 470 del CST, subrogado por el artículo 37 Decreto Ley 2351 de 1965, que era lo debió haber hecho el actor, si es que quería beneficiarse, pasar una carta a la Federación Nacional de Cafeteros y manifestar su decisión de adherirse a los beneficios convencionales pagándole al sindicato el 100% de la cuota ordinaria, al tenor del artículo 58 de la Ley 50 de 1990. Así pues, se demuestra que hubo negligencia por parte del demandante, respecto de si quería adherirse o no, y hacer uso de los beneficios convencionales, no solamente cuando termine el contrato de trabajo, sino desde el comienzo de su contrato individual de trabajo con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

2. INDEMNIZACIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL NUM 3 DEL ART. 99 DE LA LEY 5 DE 1990:

Señala que respecto de la buena fe, todos los actos de la Federación Nacional de Cafeteros siempre han estado aliados a los postulados Constitucionales de la buena fe, característica que envuelve todos sus actos. En cuanto al principio de la buena fe, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de mayo de 1987, se pronunció *"La Jurisprudencia de esta Sala en torno al artículo 65 del CST, ha precisado que éste no es de aplicación automática y en consecuencia, la condena correspondiente debe obedecer a una sanción impuesta a la conducta patronal carente de buena fe, que conduce a la deficiencia en el pago de la suma salarial o prestacional, luego ante la aceptación por el fallador de la existencia de una deuda de tales naturalezas, la absolución solo es posible si se ha demostrado una conducta de buena fe por parte de la entidad empleadora mediante la representación atendible que conduzcan a demostrar que ciertamente creía no deber, por las mismas razones aludidas anteriormente, la demandada tampoco puede ser condenada al pago de la pretensión de la demanda relacionada con la indemnización moratoria del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, habida cuenta que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia fue diligente en la liquidación anual del auxilio de cesantía del demandante cada 31 de diciembre del año correspondiente, y su pago antes del 15 de febrero de cada anualidad al Fondo de Cesantías Porvenir SA, es decir, que la demandada le dio cumplimiento al Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, conforme a la cláusula segunda del contrato individual de trabajo, suscrito con el demandante el 2 de enero de 2007, inspirado en la autonomía de la*

voluntad, que es una lógica viviente del demandante que podía expresar como lo hizo al suscribir el contrato de trabajo por mutuo consentimiento, constituyendo Ley para las partes, al tenor del Artículo 1602 del CC en relación con los efectos con las obligaciones acorde con el aforismo latino 'pacta sun servanda', los pactos son para cumplirse, es decir, que nunca ha dejado de liquidar y pagar anualmente el auxilio de cesantía para el demandante, en cumplimiento y en la forma establecida en el Art. 99 de la Ley 50 de 1990." Solicita en ese sentido que, aplique en este caso la Doctrina que viene utilizando reiteradamente, la de absolver a la Federación Nacional de Cafeteros de la condena de indemnización moratoria del Art. 65 del CST y del Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, pues el Tribunal Superior de Bogotá ha dicho que por ninguna parte se vislumbra la mala fe por parte de la demandada, y por ese motivo la viene absolviendo hace mas de 3 años en todos los procesos similares al presente proceso, pues ha dicho que la convocada a juicio con toda honestidad y diligencia le dio cumplimiento estricto a la cláusula segunda del contrato de trabajo suscrita con los trabajadores y que fue el que reguló las relaciones laborales en el aspecto salarial y prestacional, respecto del vínculo laboral suscrito con el demandante.

3. REAJUSTE CUOTAS DE APORTES A PENSIÓN: Señala que el Juzgado de primer grado cometió un error habida cuenta que condena con fundamento en la doceava parte de la prima extralegal de vacaciones, sin embargo conforme la CCT de 1996, se observa que en el Art. 9 de dicha CCT dice que la prima de vacaciones será factor salarial, única y exclusivamente para liquidar las cesantías y sus intereses, mas no para pagar cuotas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensión.

Con miras a la definición de los recursos de apelación interpuestos, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la cláusula trigésima primera de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976, continuó

surtiendo efectos para las fechas en que el actor prestó sus servicios a la demandada o si, por el contrario, dicha cláusula fue derogada «*tácitamente*» por los acuerdos convencionales suscritos con posterioridad a 1988, que es la tesis de la entidad demandada. **2.** Sí la Federación actuó de buena o mala fe a efectos de que sea condenada a la indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, así como el establecido en el Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990. **3.** Aportes a Seguridad Social en Pensión.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

No es objeto de controversia en esta instancia que el señor GILBERTH HERRERA DUARTE laboró para la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS desde el 2 de enero de 2007, mediante contrato de trabajo a término fijo de duración de un (1) año, desempeñando el cargo de extensionista, hasta el 28 de febrero de 2017, percibiendo como último salario la suma de \$1.552.714 (fl. 436), hechos que no solamente fueron aceptados en la contestación de la demanda, sino que se acreditan con la documental vista a folios 425 a 430 del plenario, correspondientes a la copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, y otro sí al mismo, y certificación expedida por la accionada el 17 de abril de 2019 visible a folio 479 y del 2 de marzo de 2017 (fl. 12).

APLICACIÓN CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO AL ACTOR:

Sea lo primero indicar que la convención colectiva de trabajo tiene, en principio, un campo de aplicación que está determinado por la ley, lo cual se desprende de los artículos 470, 471 y 472 del CST. Pero ese marco legal no excluye lo que sobre el particular convengan los contratantes, pues nada ilícito habrá en un consenso en tal sentido, en tanto con ello no hay vulneración alguna del orden legal.

A efectos de resolver, cabe indicar que el artículo cuadragésimo de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A "ALMACAFE" Y EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA "SINTRAFEC" para los años 1965 se estableció:

"La presente Convención colectiva será aplicada a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, y de la SOCIEDAD ANÓNIMA DE ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A "ALMACAFE".

Como quiera que para la demandada existe discusión, frente a la existencia y vigencia de la cláusula convencional, resulta necesario revisar el tránsito histórico de las convenciones colectivas posteriores.

De las pruebas allegadas al expediente, a folios 309 a 320 obra la convención Colectiva de trabajo vigente para los años para los años 1988- 1990, que no se refirió expresamente a la disposición analizada, para disponer su derogación, modificación o reproducción. No obstante, en su artículo 13, dispuso que los derechos, prestaciones legales y extralegales del trabajador que venían siendo reconocidos por la empresa mantendrían su vigencia, siempre y cuando no fueran modificados por sus disposiciones.

A folios 182 a 270 obra la convención Colectiva de trabajo vigente para los años 1978 y 1980, que nuevamente omite referirse expresamente a la disposición analizada, para disponer su derogación, modificación o reproducción. Sin embargo, en su artículo 30, dispuso que los derechos, prestaciones legales y extralegales del trabajador que venían siendo reconocidos por la empresa mantendrían su vigencia, siempre y cuando no fueran modificados por sus disposiciones.

Adicionalmente, a folios 96 a 354 obra las convenciones colectivas vigentes para los años 1978 – 1980; 1980 – 1982; 1982 – 1984; 1984 – 1986; el acta de acuerdo parcial y el laudo arbitral vigentes para los años 1986 – 1988; la convención vigente para los años 1990 – 1992; a 1992 – 1994, a 1994 a 1996; a 1996 – 1997; y finalmente la vigente para los años 1998 – 1999. Sin que de la revisión de dicho instrumentos, se encuentra acuerdo o pacto alguno referido a la disposición en comento, ni se suprimió, modificó o reprodujo. Por otra parte, en esto se previó que las estipulaciones de convenciones o laudos anteriores continuarían vigentes, en tanto no fueran modificadas, derogadas, sustituidas o acordadas en sus disposiciones.

Ahora bien, de lo expuesto, para la Sala el juez acierta al inferir que la disposición analizada continúa vigente, en tanto nunca fue derogada expresamente por las disposiciones convencionales posteriores. Igualmente, en la medida en que cada convención y laudo arbitral salvaguardó la vigencia de las disposiciones que no fueran tratadas expresamente en sus artículos.

Tal regla emana del mismo consentimiento expresado por los contratantes en cada convención, sino que también se corresponde con la efectividad de los derechos y garantías laborales, así como con principios tales como la irrenunciabilidad de beneficios y garantías mínimas y la prohibición para la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, de menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores (art. 53 de la C.P.).

Igualmente, en tanto, como bien lo señala el juez de instancia, la expiración de los beneficios o garantías convencionales, legalmente sólo puede operar por la mutua voluntad de las partes expresamente sentada; por medio de denuncia de la convención o; por medio de su revisión cuando sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica (artículo 480 del C.S.T.).

Ahora bien, vale la pena traer a colación la sentencia SL4613 con Rad. 53842 de 2019 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó que, cuando el empleador acepta y se obliga a aplicar a todos los trabajadores de su empresa los beneficios convencionales y esa disposición forma parte del contenido del contrato de trabajo por mandato legal (artículo 467 CST), por más que su voluntad sea expresada de manera libérrima, que no es el caso de lo contemplado en la cláusula 31 en comento, no le quita con ello su naturaleza de bilateralidad o consensualidad, tal como explicó la el máximo Tribunal en detalle en sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, que se reitera en la sentencia en cita, cuando al decidir el mismo problema jurídico, consideró:

“Es que jurídicamente debe aceptarse que el sindicato o los trabajadores protagonistas de un conflicto colectivo que culmine con la expedición de una convención colectiva o un pacto colectivo, pueden estar interesados en que el convenio que se suscriba por la autocomposición, no se extienda más allá de lo que la ley señala si consideran que con ello pueden fortalecer su unidad como trabajadores, o también pueden hacer conflictivo ese punto incluyéndolo en el pliego de peticiones, si igualmente estiman que con ese proceder se acentúa la unidad de los asalariados.

En este orden, cuando sucede lo último, es decir que el campo de aplicación es uno de los temas del pliego de peticiones y por ende del conflicto, las partes pueden convenir libremente su extensión a otras personas que no están comprendidas dentro del marco legal, como también puede ocurrir que los contratantes decidan, sin ser objeto del conflicto, hacer esa misma extensión y dejar consignada esa voluntad en el respectivo acto jurídico contractual.

Cuando así sucede, en uno u otro evento, de la convención colectiva o el pacto colectivo surgen unas consecuencias también señaladas por la ley. De allí que el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, al definir la convención colectiva de trabajo, señala que ésta “fijará las condiciones de los contratos de trabajo durante su vigencia” y ello implica, como lo ha desarrollado la jurisprudencia y la doctrina, que las cláusulas denominadas normativas se incorporan a cada uno de los contratos de trabajo existentes en la empresa o establecimiento y por tanto forman parte integral de dichos acuerdos individuales. En otras palabras, cuando el

empleador se obliga a aplicar los beneficios convencionales a todos sus trabajadores, crea a favor de éstos un derecho individual, al cual, es cierto, pueden renunciar, que mientras esto no ocurra resulta imperativa su aplicación.

Es claro, entonces, que ese derecho no surge, como lo da a entender la censura, de la sola voluntad libérrima del empleador, sino del convenio que celebra con el otro contratante. Pues debe entenderse que confluyen las voluntades del uno y del otro y sus alcances, bien pueden fijarlos ellos, con las precisiones que estimen convenientes.

Pero aun cuando es verdad indiscutible que la voluntad en un contrato debe ser libre y sin presión de ninguna especie, al aceptarla en igual forma el otro sujeto contractual, bien puede afirmarse que es del correspondiente instrumento de donde surgen las obligaciones, el cual celebrado acorde con el ordenamiento jurídico se convierte en ley para los contratantes.

Entonces, plasmada en la convención colectiva de trabajo la voluntad de las partes contratantes, no es dable jurídicamente que una de ellas, en este caso la empleadora, unilateralmente decida desconocer lo pactado. **Ese acuerdo, que implicó la obligación de aplicar a todos los trabajadores, continúa rigiendo hasta cuando por uno de los eventos señalados en la ley, entre ellos, el acuerdo de las partes, decidan finiquitarla, lo que no ha sucedido en el caso de la cobertura prevista en la citada cláusula 31.** Todo lo contrario, como lo dio por demostrado el Tribunal y lo reiteró esta Sala al estudiar el cargo que precede, dicha cláusula continuó vigente."

Igualmente, resulta pertinente recordar que la convención colectiva de trabajo es una institución *sui generis*, pues si bien tiene origen contractual y se rige en principio por las normas que regulan las obligaciones y los contratos, también tiene unas particularidades o características que le son propias y lo hace diferente de los contratos comunes. Una de ellas, tiene que ver precisamente con su vigencia, en tanto rige hasta cuando sea reemplazada por una nueva.

Sobre el particular, es oportuno recordar lo dicho en sentencia SL, 20 abr. 2010, rad. 35963, reiterada en la providencia anteriormente referida, cuando al efecto el máximo Tribunal precisó:

"(...) Basta decir que su existencia puede colegirse para el momento de la terminación del contrato de trabajo, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo.

El primero de dichos preceptos regula la llamada prórroga automática de los convenios colectivos de trabajo y consiste en que de no mediar la denuncia por una o por las partes del contrato dentro de los sesenta (60) días anteriores a la expiración de su término, éste se entiende prorrogado por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, contados desde el momento de su terminación, mientras que el segundo, que regula la figura de la denuncia, estipula que formulada la denuncia con el lleno de los requisitos exigidos, la convención "continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención".

Lo anterior implica que en estricto sentido, si bien la convención colectiva de trabajo tiene una vigencia que puede ser estipulada por las partes, o inclusive si no hay esa estipulación, fijada por la ley a través de los plazos presuntivos de seis (6) en seis (6) meses (Art.477 C. S. del T.), su terminación no se produce por el simple vencimiento del plazo pactado, pues en términos generales sigue rigiendo hasta cuando sea suscrita una nueva que la reemplace.

Por eso, si en un proceso se acredita la existencia de una convención colectiva como fuente de un derecho que se persigue dentro de la correspondiente causa, el juez laboral debe suponer siempre su vigencia, a menos que se demuestre que dejó de regir por haber sido sustituida por otra nueva, siguiendo al efecto los principios que rigen la clásica carga de la prueba en materia de obligaciones, pues de acuerdo con el artículo 1757 del Código Civil "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta".

La jurisprudencia en cita tienen perfecta aplicación al caso bajo estudio, en tanto no se discute que en el artículo 31 de la Convención Colectiva de Trabajo 1976-1978 la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se obligó a aplicar los beneficios convencionales a **todos** los trabajadores, precepto que no fue derogado expresa ni tácitamente por las convenciones colectivas que se suscribieron con posterioridad. En consecuencia, dicho beneficio, por demás reiterado en el inciso 1º de la cláusula 16 de la convención colectiva de trabajo 1984-1986 (fl. 300 a 306), continúa surtiendo plenos efectos por voluntad expresa de las partes.

Ahora bien, la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990, que se repite en las disposiciones 16, 7, 8, 11 y 9 de las convenciones colectivas de trabajo vigentes entre el 1 de abril de 1990 al 31 de marzo de 1992, 1 de abril de 1992 al 31 de marzo de 1994, 1 de abril de 1994 al 31 de marzo de 1996, 1 de abril de 1996 al 31 de diciembre de 1997 y 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, respectivamente, que al efecto dice:

"(...) Retención para Sintrafec.

Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sintrafec se procederá de acuerdo a la Ley.

Las dudas, vacíos o conflictos de normas en desarrollo y ejecución de la presente convención colectiva de trabajo se resolverán de acuerdo a la Ley."

Al respecto, ha de traerse a colación lo adocinado en la sentencia SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, reiterado en la sentencia SL, 25 sep. 2012. rad. 38463, cuando al decidir un asunto de contornos similares al presente, por demás seguido contra la misma demandada, motivo expreso del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, consideró en relación a la retención de la cuota sindical con destino a SINTRAFEC,:

"Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprender razonablemente ese alcance; pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay

ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado.”

De la disposición extralegal analizada, no puede inferirse que se derogó *tácitamente*, como lo aduce el recurrente, porque allí en ningún caso se está condicionando la aplicación de las prerrogativas convencionales al pago de las cuotas sindicales. Simplemente se refiere a que «*Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sinfrac se procederá de acuerdo a la Ley*».

De manera que, en realidad, tal estipulación, antes que una condición, es apenas una consecuencia de la extensión de la convención a *«todos los trabajadores»*, como se dispuso en la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976 (f.º 142 a 176), disposición ésta que, como acertadamente lo consideró el Tribunal, continuó surtiendo plenos efectos con posterioridad al año 1988, lo cual se logra por disposición expresa de las partes sumergidas en cada uno de los conflictos colectivos suscritos en adelante.

Al efecto, basta transcribir la cláusula 13 del acuerdo convencional vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 (f.º 236), que se repite en las convenciones suscritas con posterioridad:

“(…) Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas o sustituidas por la presente Convención Colectiva de Trabajo”

Lo anterior toma fuerza, por lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral en las decisiones que en su apoyo cita el Tribunal, especialmente, la sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, sino también en lo expuesto en la sentencia CSJ SL, 25 sep. 2012, rad. 38463, cuando al decidir un asunto de contornos similares al presente, por demás seguido contra la misma demandada, consideró:

“ Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprender razonablemente ese alcance; pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay

ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado."

En suma, el hecho de que al actor no se le hubieran realizado los descuentos con destino a SINTRAFEC, tal como se evidencia en los desprendibles de pago visibles a folios 436 a 472, tal omisión, en modo alguno, acarrea la pérdida de los beneficios convencionales, como también se reiteró en la sentencia que se acaba de citar, a los cuales se obligó la demandada desde la negociación acaecida en 1976, máxime que, por disposición de la ley, es ella como empleadora, no el trabajador, quien debe efectuar los descuentos respectivos y trasladarlos luego a la organización sindical.

Por demás, la sola circunstancia de que el sindicato que suscribió el acuerdo convencional haya dejado de ser mayoritario a partir de 1988, no disuelve los convenios establecidos, pues si la cláusula convencional ordenó su aplicación a la totalidad de los trabajadores de la empresa, existe el deber jurídico de respetar esos compromisos, pues en este caso, se reitera, la extensión no se da por ministerio de la ley sino por decisión de las partes contratantes.

Aunado a lo anterior, cabe precisar que si la intención de los intervinientes era limitar tal cobertura, así lo tenían que haber dispuesto de manera expresa y clara en las convenciones que celebraron con posterioridad o, por lo menos, lo habrían dejado plasmado con unos enunciados contundentes de los que se pudiera inferir, sin lugar a equívocos, tal alcance que, desde luego, para la Sala, no lo contiene la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 anteriormente citada.

Lo dicho en precedencia es suficiente para concluir que no se equivocó el Juez A Quo al considerar que el demandante, por disposición de la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976 (fl. 142 a 176), es beneficiario de las prerrogativas extralegales, entre ellas, el reconocimiento de las primas solicitadas en el líbello demandatorio, **CONFIRMANDO** de esta manera el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, relevándose del estudio de los valores condenados, por no ser objeto expreso de apelación.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 Y SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS ESTABLECIDA EN EL NÚM. 3º ART. 99 DE LA LEY 50 DE 1990:

Por otro lado, solicita el apoderado de la parte demandada se revoque la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria de que trata el Núm. 3º del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto todos los actos de la Federación Nacional de Cafeteros siempre han estado aliados a los postulados Constitucionales de la buena fe, trayendo a colación la sentencia del 14 de mayo de 1987. Solicita en ese sentido que, aplique en este caso la Doctrina que viene utilizando reiteradamente, la de absolver a la Federación Nacional de Cafeteros de la condena de indemnización moratoria del Art. 65 del CST y del Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, pues el Tribunal Superior de Bogotá ha dicho que por ninguna parte se vislumbra la mala fe por parte de la demandada, y por ese motivo la viene absolviendo hace mas de 3 años en todos los procesos similares al presente proceso, pues ha dicho que la convocada a juicio con toda honestidad y diligencia le dio cumplimiento estricto a la cláusula segunda del contrato de trabajo suscrita con los trabajadores y que fue el que reguló las relaciones laborales en el aspecto salarial y prestacional, respecto del vínculo laboral suscrito con el demandante.

En ese orden de ideas, la sanción por no consignación de cesantías establecida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 dispone que se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato.

Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el núm. 3º art. 99 de la Ley 50 de 1990, es criterio de la H. Corte Suprema De Justicia que, al igual que la del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, esto es, que la misma no opera de forma automática, sino que debe revisarse en cada caso en concreto la conducta de la demandada, si la misma actuó de buena fe o no, y en el evento en que se acredite que actuó de buena fe, se exonera del pago reclamado.

Debe recordarse, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia SL2833-2017).

Así entonces, en el caso bajo examen, no se advierte un actuar de mala fe por parte de la federación Nacional de Cafeteros que la haga acreedora de la sanción reclama durante la vigencia de la relación laboral con el demandante, pues ha de recordar que siempre actuó bajo el consentimiento o convicción de no considerar al actor como beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas con SINTRAFEC, aspecto éste que solo vino a dilucidarse en el actual proceso, razón por la cual, no es posible como ya se notó indicar una actuación desprovista de buena fe endilgada a la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta, que le fueron consignadas las cesantías legales a que tenía derecho el actor en la oportunidad pertinente.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** el literal e) y f) del NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS de las sanciones apeladas.

PAGO DE LAS DIFERENCIAS EN LAS COTIZACIONES OBLIGATORIAS A PENSIÓN:

El Juez de instancia condenó a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a pagar a la AFP PORVENIR SA, las diferencias en las cotizaciones obligatorias causadas en pensión, junto con el interés moratorio igual al que rige para el impuesto a la renta y complementarios, desde la fecha de exigibilidad de cada uno de los aportes y hasta cuando se verifique el pago. Para el efecto deberá tener en cuenta como salarios para el año 2015 \$1.790.278, para el año 2016 \$1.915.597 y para el año 2017 \$2.049.688

Inconforme con la anterior decisión la parte demandada presentó recurso de apelación, señalando que el Juez de instancia cometió un error al ordenar el reajuste en las cuotas de aportes a pensión, habida cuenta que condena con fundamento en la doceava parte de la prima extralegal de vacaciones, sin embargo

conforme la CCT de 1996, se observa que en el Art. 9 de dicha CCT la prima de vacaciones será factor salarial, única y exclusivamente para liquidar las cesantías y sus intereses, mas no para pagar cuotas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensión.

Frente al tema, ha de traer a colación el artículo 9o de la convención Colectiva de Trabajo visible a folio 341 en la que estipula que:

ARTICULO 9o: Prima de Vacaciones: A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente Convención colectiva, que la prima de vacaciones **constituye factor salarial.**

Los montos dejados de liquidar y que afecten las cesantías y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantifican y se pagarán. Para efecto de los pagos correspondientes, se concede plazo a las empresas hasta el 30 de agosto de 1996.

Las empresas podrán presentar a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial. A éste efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador *intuitu personae* acepta la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal no constituye salario para ningún efecto.

Visto lo anterior, es del caso indicar que a partir de la modificación introducida por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 al artículo 128 del C. S. del T., declarado exequible por la Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales, **acordados convencional** o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador y que, **de acuerdo con el artículo 127 del estatuto sustantivo, podrían inicialmente ser considerados como salario, produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, en virtud del acuerdo establecido por las partes.**

Al tema puede verificarse los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de casación con radicaciones Nos. 5481 del 12 de febrero de 1993, 27851 del 24 de abril de 2007 y 35154 del 20 de octubre de 2009 destacando del último radicado el siguiente aparte:

"El Tribunal, luego de transcribir el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, asentó que "...lo anterior significa, que no basta con la habitualidad y continuidad para que la vivienda, alimentación y el arreglo del vestuario sean salario en especie, sino que se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario".

(...)

*Sin embargo, debe igualmente tomarse en consideración, y ello no lo hace el censor, que se basó en la jurisprudencia vigente antes de la Ley 50 de 1990, que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales **acordados convencional** o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes."*

Al tenor del pronunciamiento en cita, es claro, la prima de vacaciones convencional reviste de factor salarial, resaltando que en la misma cláusula convencional, se estableció que la prima extra legal de vacaciones constituye factor salarial, y que solo en evento en que se presente al trabajadores beneficiado por la convención colectiva de trabajo, una oferta individual y éste la acepte, en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial, de lo contrario, se entiende que la misma tiene connotación salarial, de tal suerte que, la suscripción de la cláusula referida mantiene la eficacia propia de los acuerdos celebrados entre las partes, cuando los mismos no afectan o desconocen el mínimo de derechos y garantías, conforme lo indica el artículo 13 del CST; de manera que, el convenio entre las partes, conserva plena validez y eficacia, razón por la cual la Sala comparte la decisión de Juez de primera instancia, en incluir el valor de la prima de vacaciones a efectos de re-liquidar el valor del IBC con destino a la AFP Porvenir SA, pues conforme se indicó anteriormente, la misma esta establecida como factor salarial, y dicha connotación no se puede desconocer, bajo el argumento que se tenía en cuenta tan solo para liquidar las cesantías y sus intereses, por lo que se **confirmará** el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, relvándose del estudio de los valores allí mencionados, por no ser objeto expreso de apelación.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

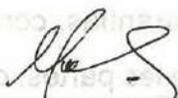
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el literal e) y f) del NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS de las sanciones apeladas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

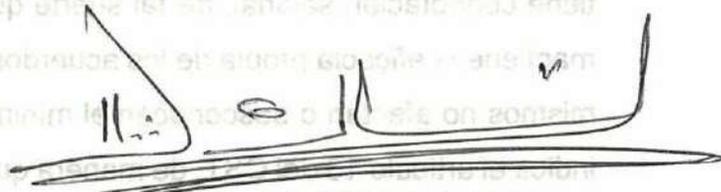
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

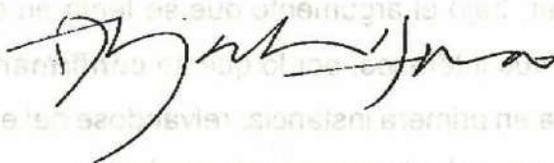
Ponente

(Rad. 11001310503620180029001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503620180029001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503620180029001)

COSTAS

sin costas en esta instancia



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 15-2017-00031-02

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA
DEMANDADO: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP
MARÍA ANGELITA MARTINEZ (Interviniente Ad Excludendum)
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de enero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls.242 a 250), así como de la demandada FONCEP (fls. 252 a 255), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 8 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA** instauró demanda ordinaria laboral contra del **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP**, debidamente sustentada como aparece a folios 3 y 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Condenar al **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP**, a reconocerle a la demandante **MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA**, la sustitución pensional de la pensión sanción reconocida al señor **CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA (QEPD)**, la cual ya ha sido indexada, teniendo en cuenta como hecho nuevo la providencia proferida por el Juzgado Trece de Familia de Bogotá, y que al momento del fallecimiento del señor **ROJAS VALBUENA** hacía vida marital con Él.
2. Condenar a la demandada a reconocerle a la demandante todos los retroactivos causados a la demandante todos los retroactivos causados a partir de la fecha en que se produjo el fallecimiento del señor **ROJAS VALBUENA**, por cuanto la cuota parte de la pensión sustituida, que le correspondía a la demandante, se dejó en suspenso.
3. Condenar al **FONCEP** a pagarle a la señora **MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA**, los intereses de mora causados sobre los retroactivos adeudados.
4. Costas procesales.

El **FONCEP** contestó la demanda (fls. 117 a 126), de acuerdo al auto visible a folio 134 y Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

Que la señora **MARÍA ANGELITA MARTINEZ** contestó la demanda a través de *Curador Ad Litem*, (fls. 198 a 205), de acuerdo al auto visible a folio 208 y Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 19 de enero de 2021, **ABSOLVIÓ** al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por la señora **MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA**, y en ese orden **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. **COSTAS** a cargo de la señora **MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 10 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia:

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: Solicita se revoque la sentencia, para en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la presente demanda se sustenta en hechos nuevos, jamás citados en la demanda anterior, como es la decisión del Juzgado 13 de Familia, de dar por terminado el proceso de sucesión de efectos civiles del matrimonio celebrado entre la demandante y el señor **JAIME PARRA BALLESTEROS (QEPD)**, por fallecimiento de éste, y disolución de la sociedad conyugal existente, del señor **CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA** y quien fuera su esposa, la cual se soporta en fundamentos diferentes a los que se citaron en la demanda anterior, y que cursó en el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá cuyo fallo lo profirió el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá. No tiene razón el hecho de que se haya dejado en suspenso el reconocimiento de la prestación, por no haber disuelto la sociedad conyugal que existía entre la actora y su ex esposo, **JAIME PARRA BALLESTEROS (QEPD)**, pues el hecho generador del derecho no es en ningún momento la disolución de una sociedad conyugal, sino la convivencia entre la

demandante y el causante, hecho plenamente demostrado en el presente caso, así se desprende de lo señalado por el H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de agosto de 2014, Rad. 48729, teniendo en cuenta además que en dicha oportunidad no se le reconoció el 50% de la pensión de sobrevivientes a la demandante por no haber acreditado la disolución de la sociedad conyugal con su anterior esposo, y si estaba o no vigente, y en este caso, hace énfasis que allegó éste proceso ante el Juzgado 13 de Familia, donde se dio por terminada la sociedad conyugal por muerte del señor que en su época convivió con la demandante, y por tal razón no procedería la excepción de cosa juzgada, en razón que hay un hecho nuevo dentro del presente caso.

RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIONAL – NO ACREDITACIÓN

DE CONVIVENCIA: Señala que en lo que respecta a la no acreditación de la convivencia con el causante, solicita se tenga en cuenta la sentencia C – 131 de 2018, y la sentencia SU – 108 de 2020, en todo caso, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han reconocido que éstos requisitos pueden ser exceptuados por la configuración de justa causa, por una parte, la Corte Constitucional ha señalado que la interrupción de la convivencia, vida marital o cohabitación de los compañeros, no implica necesariamente la pérdida del derecho, pues desde la sentencia T-787 de 2002, se ha dicho que se ha de reconocer según las pruebas y argumentos disponibles esgrimidos durante el proceso, si la interrupción de la convivencia o la vida en común del causante, podría estar justificada, por ejemplo por motivos de salud; además si bien el caso de la sentencia T 787 de 2002 refiere a una prestación en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993, dicho racionamiento ha sido reiterado por otras providencias que resolvieron sobre la interrupción de la convivencia, pero en vigencia del artículo 47 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, así bajo ambos regímenes normativos se entiende que la falta de convivencia del causante o del cónyuge, pueden estar interrumpida, y por lo tanto, debe hacerse una evaluación de las circunstancias concretas en cada caso; debe tenerse en cuenta y basándose en el interrogatorio de parte que, surtiera la aquí demandante que, afirmó que efectivamente convivió hasta el último día

de vida del causante, que se dan los requisitos, están probados los requisitos de convivencia, y si así no fuera la sentencia que trajo a colación estaría a llamada a tener en cuenta para realizar éste reconocimiento, pues es así que de la convivencia que existió entre la demandante y el causante, tuvieron un hijo, también debe tenerse en cuenta que FONCEP desde un inicio otorgó el 50% a HERMES DARÍO, hijo menor de la demandante y el causante, no le otorgó el 100%, pues el 50% lo dejó en suspenso, por lo que habría un enriquecimiento sin justa causa de éste 50% restante que se dejó de reconocer, y se cuestiona porque no se le reconoció el 100% al señor HERMES DARÍO, como hijo menor del causante.

Respecto de la señora ANGELITA, como bien lo manifestó el Juez de instancia, cuando solicitó que fuera tenida en cuenta como tercera Ad Excluyente, se dio porque la señora presentó la reclamación, esto es, que el FONCEP tenía la dirección, y si nunca se hizo su notificación por parte de la demandada, nunca se tuvo conocimiento de ella, a pesar de ser debidamente notificada, porque lo que queda duda si la señora existió o no, no se sabe siquiera está viva, por tal motivo, solicita se reconozca la sustitución pensional a favor de la demandante.

Con miras a la definición de los recursos de apelación interpuestos, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si conforme al material probatorio recaudado, la demandante MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA en calidad de compañera permanente del causante, acredita la condición de

beneficiaria de la sustitución pensional causada con ocasión del fallecimiento del señor CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA.

DE LA PROCEDENCIA DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Sea lo primero indicar que no hay discusión dentro del plenario que el señor CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA falleció el 9 de septiembre de 1998, conforme el registro civil de defunción que reposa en el expediente administrativo visible a folio 133 del plenario.

Así mismo, que mediante sentencia del 14 de marzo de 2000, el Juzgado 6 Laboral del Circuito ordenó reconocer la pensión sanción al señor CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA una pensión sanción, en cuantía mensual de \$149.216,67, para la fecha de despido, si para entonces tenía cumplida la edad de 60 años, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido, decisión confirmada por la Sala del Tribunal superior de Bogotá del 10 de mayo de 2000, conforme la documental que reposa en el expediente administrativo visible a folio 133 del plenario.

De acuerdo a lo anterior, el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá DC mediante Resolución 037 del 22 de enero de 2001, ordenó incluir en nómina de pensionados al señor CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA a partir del mes de noviembre de 2000 conforme la documental que reposa en el expediente administrativo visible a folio 133 del plenario.

Que mediante Resolución No. 0394 del 25 de febrero de 2005 se ordenó revocar la Resolución 037 del 22 de enero de 2001, en atención que fue reconocida la pensión sanción a favor de una persona que había dejado de existir, situación que no está conforme con el interés público y social, ordenando a la subdirección de Obligaciones Pensionales, que adelante el estudio tendiente a dar cumplimiento a las sentencias del 14 de marzo de 2000 y 10 de mayo de 2000, proferidas por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Bogotá, respectivamente.

Que mediante Resolución No. 0439 del 1 de marzo de 2005, la demandada ordenó el reconocimiento post mortem de una pensión restringida de jubilación, en los términos del Art. 8 de la Ley 171 de 1961 al señor CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA en cuantía de \$149.216,67 a partir del 20 de marzo de 1996, en cumplimiento de las decisiones judicial del 14 de marzo de 2000 y 10 de mayo de 2000, proferidas por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Bogotá, respectivamente.

En el mismo acto administrativo, se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al hijo menor del causante, HERMES DARÍO ROJAS OSORIO en cuantía equivalente del 50% de la suma que resulte de aplicar sobre el valor inicial de la pensión, los reajustes legales, a partir del 9 de septiembre de 1998, pero con efectos fiscales a partir de agosto de 2001, derecho que podrá disfrutar hasta el 4 de marzo de 2012, fecha en que cumple 18 años de edad, y se extingue definitivamente el mismo, siempre y cuando presente solicitud en forma directa anexando copia de su documento de identidad, formulario de afiliación a la EPS de su elección, y certificados que demuestren que se encuentra incapacitado para trabajar por razón de sus estudios, conforme el Art. 15 del Decreto 1889 de 1994.

Finalmente, dejó en suspenso el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes, solicitado a nombre de la señora MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA, hasta tanto se aclara si los vínculos matrimoniales que unieron a los señores CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA (causante) y la señora MARÍA ANGELITA MARTINEZ, así como la peticionaria y su esposo, se disolvieron con anterioridad al fallecimiento del causante, o si ellos no hacían vida marital con sus respectivos cónyuge cuando se produjo el deceso del señor ROJAS VALBUENA, conforme la documental que reposa en el expediente administrativo visible a folio 133 del plenario.

Por otro lado, se encuentra establecido que el señor CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA **falleció el 9 de septiembre de 1998**, según se desprende del registro civil de defunción obrante en el expediente administrativo visible a folio 133 del plenario, razón por la cual la norma aplicable para definir el derecho a la pensión

deprecada corresponde al artículo 47¹ de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo **13 de la Ley 797 de 2003**, que establece como beneficiario de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el afiliado no menos de 5 años continuos con anterioridad a la fecha de su fallecimiento, (Sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016, entre otras).

De acuerdo con la norma citada, para definir la titularidad del derecho es necesaria la comprobación de la convivencia efectiva entre el causante y el cónyuge y/o compañera permanente como sucede en el presente caso, dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

En el caso bajo examen, la demandante sostiene que convivió con el causante de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa, desde el 15 de enero de 1988 hasta el 9 de septiembre de 1998, fecha de fallecimiento del causante.

No obstante lo anterior, la Sala entrará a estudiar la excepción de **COSA JUZGADA**, la cual fue punto central del recurso de apelación, pues a su consideración existen hechos nuevos, como la decisión del Juzgado 13 de Familia que da por terminado el proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio celebrado entre la demandante y el señor JAIME PARRA BALLESTEROS, por fallecimiento de éste último, así como la disolución de la sociedad conyugal existente del señor CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA y quien fuera su esposa, la cual se soporta en fundamentos diferentes a los que se citaron en la demanda anterior, resaltando que no tiene razón de ser dejar en suspenso el reconocimiento del 50% por no haber acreditado la disolución de la sociedad conyugal con su anterior esposo, pues lo que realmente interesa dentro del presente asunto es si se acreditó o no la convivencia con el causante.

¹) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la **compañera o compañero permanente** supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

Pues bien, como se ha sostenido en reiteradas ocasiones, el fenómeno de la cosa juzgada como medio exceptivo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, al atender conflictos que ya han sido solucionados por uno de los mecanismos de solución establecidos constitucionalmente, como en este caso la Sentencia absolutoria. En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser estricto, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores.

Es por lo anterior que en el artículo 303 del C.G.P. (Antes 332 del C.P.C.), aplicables al campo laboral en virtud del principio de la integración normativa, señalan como requisitos indispensables para la configuración de la cosa juzgada, **la identidad jurídica respecto del objeto, causa y partes intervinientes** en los dos procesos. Requisitos que, insiste la Sala, deben ser objeto de una verificación estricta, so pena de quebrantarse los derechos de los trabajadores.

Así las cosas, para que la cosa juzgada pueda proponerse como excepción se requiere:

1. Que el nuevo proceso se instaure ulteriormente a la ejecutoria de la sentencia dictada en el primer proceso.
2. Que haya identidad jurídica de partes.
3. Que el objeto de la pretensión sea idéntico. Identidad que se encuentra en tres fuentes:
 - a) En las pretensiones de la demanda,
 - b) En la parte resolutive de la sentencia y,
 - c) En los hechos que sirvan de estribo a la demanda.

Es así que, para mantener el orden y la armonía que debe reinar en toda comunidad, los fallos de los jueces deben cumplirse inexorablemente, pues están acompañados de una presunción de verdad, a lo que se le da el nombre de

inoperatividad, coercibilidad e inmutabilidad y que en lenguaje jurídico se denomina cosa juzgada.

La cosa juzgada impide replantear las mismas pretensiones; la sentencia se vuelve inmutable, pues no puede ser modificada y es coercible, ya que si el afectado se niega a cumplirla, se puede obtener su cumplimiento mediante la fuerza, si fuere necesario, lo cual indica que las partes no pueden sustraerse a su cumplimiento.

Así las cosas, cabe traer a colación lo establecido en sentencia con radicación No 48295 del 29 de junio de 2016:

(...) Para que se configure el fenómeno de cosa juzgada se debe acreditar la existencia de la triple identidad de partes, objeto y causa. Es así como esta Sala de la Corte, en decisión CSJ SL, 23 oct. 2012, rad. 39.366, reiterada en sentencias CSJ SL8658-2015 y CSJ SL7889-2015, expuso:

*Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de 'definitividad' e 'inmutabilidad', que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y **seguridad jurídica sobre lo decidido**.*

Pero para que la cosa juzgada adquiera la fuerza que persigue la ley, no basta que solamente una o dos de las identidades antedichas se reflejen en el nuevo proceso; como tampoco, para negarla, que por la simple apariencia se desdibujen los elementos que la conforman, esto es, el objeto del proceso, la causa en que se funda y los sujetos entre quienes se traba la disputa. Por eso, para que se estructure la cosa juzgada, de una parte, deben concurrir, necesariamente y en esencia las tres igualdades anotadas, y, de otra, deben aparecer identificados claramente los elementos que las comportan.

En efecto, al analizar la documental obrante a folios 45 a 58, correspondiente a la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá dentro del proceso No. 19-2011-00120 el día 19 de diciembre de 2011, mediante el cual se negó a la señora MARÍA EDITH OSORIO el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, pese a que alegó en el escrito de demanda que se encontraba plenamente demostrada la convivencia con

el causante, decisión que fue confirmada por ésta Corporación el 19 de julio de 2013 (fls. 214 a 222).

Ahora bien, analizados los hechos y pretensiones del libelo introductorio del presente proceso se puede concluir que, la actora pretende que se declare que tiene derecho a que el FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP le reconozca la sustitución pensional de la pensión sanción reconocida al señor CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA, la cual ya ha sido indexada, teniendo en cuenta como hecho nuevo la providencia proferida por el Juzgado 13 de Familia de Bogotá, y que al momento del fallecimiento del señor ROJAS VALBUENA hacía vida marital con éste, así como intereses moratorios.

De conformidad con lo anterior, debe insistirse, que existe identidad jurídica de partes dentro del proceso con radicación No 19-2011-00120 adelantado en el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá con el presente proceso con radicación No 15-2017-00031, pues ambos fueron instaurado por la señora MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA en contra del FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP.

Igualmente, existe identidad de objeto y causa, con respecto a las pretensiones de la demanda, por cuanto en primera medida, se advierte que en el primer proceso quedó definido que se negaba el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA por no acreditar la convivencia efectiva con el causante, ni depender económicamente de éste, pues indica que el hecho de haber procreado un hijo con el fallecido, no determina de por sí tal situación de convivencia y dependencia económica que corresponden a presupuestos que necesariamente deben aparecer acreditados en el expediente para la prosperidad del derecho pensional reclamado.

En efecto, indicó el Juez en aquella oportunidad que la parte demandante no solicitó prueba testimonial alguna para que se evacuara en este trámite a fin de demostrar los aspectos antes señalados; tampoco adecuó prueba idónea para establecer la separación de hecho que adujo solamente en el trámite administrativo ante la entidad demandada había tenido lugar con su cónyuge JAIME PARRA BALLESTEROS, allegando en dicha oportunidad 2 declaraciones extra juicio, las

cuales fueron vertidas ante Notaria por los dos hijos que tuvo con el mencionado señor, máxime si se tiene en cuenta que la entidad demandada negó en vía administrativa el reconocimiento de la prestación mediante resolución No, 0439 de 2004 "Así las cosas se dejará en suspenso el reconocimiento del 50% de la pensión, reclamada por la señora MARÍA EDITH OSORIO DE PARRA hasta que se aclare si los vínculos matrimoniales que unieron a los señores CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA y MARÍA ANGELITA MARTINEZ y a la peticionaria con su esposo, se disolvieron con anterioridad al fallecimiento del causante, o si ellos no hacían vida marital con sus respectivos cónyuges cuando se produjo el deceso del señor ROJAS VALBUENA".

Por lo que es evidente que al haberse acreditado en el trámite administrativo que la actora contrajo matrimonio, debe existir plena claridad y certidumbre sobre si la sociedad conyugal que surgió de ese vínculo se encontraba vigente o no para la fecha en que la demandante fija su tiempo de convivencia con el causante por un lapso superior a 5 años, como lo adujo en la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que existe identidad de objeto y de causa entre los procesos 19-2011-00120 adelantado en el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá con el presente proceso con radicación No 15-2017-00031, concluyendo que el estudio del derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ya fue ventilado y resuelto por parte del Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, por lo que no puede entrar a modificarse en el presente asunto.

Ahora bien, señala la apoderada de la parte demandante que lo que diferencia el presente asunto es el hecho nuevo tendiente a acreditar que con la decisión del Juzgado 13 de Familia de Bogotá se acredita la disolución, frente al cual vale la pena resaltar que se aporta copia en 1 folio del documento del 2 de noviembre de 2016 mediante el cual se informa que no se llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 372 del CGP, por cuanto se observa a folio 60 del expediente certificación proveniente de la Registraduría del Estado civil donde consta que en el archivo

nacional de identificación, el documento de identificación cédula de ciudadanía No. 6.186.585, correspondiente al señor JAIME PARRA BALLESTEROS, se encuentra cancelada por MUERTE. En consecuencia, indicó el Juzgado 13 de Familia de Bogotá que no había lugar a llevar a cabo la audiencia antes señalada, ya que con la muerte del señor JAIME PARRA BALLESTEROS se tiene por disuelta la sociedad conyugal formada por los cónyuges, tal como lo establece el artículo 159 del C.C., derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012 (fl. 85).

En ese orden de ideas, si bien con fundamento en la decisión proferida por el Juzgado 13 de Familia de Bogotá se encontraría disuelta la sociedad conyugal por la causal establecida en el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, esto es, por MUERTE de uno de los contrayentes, en este caso el del señor JAIME PARRA BALLESTEROS, dicha decisión fue proferida el 2 de noviembre de 2016, sin que por tanto se tenga conocimiento de la fecha exacta del fallecimiento del señor JAIME PARRA BALLESTEROS, a efectos de determinar desde que momento se disolvió la sociedad conyugal que tuvo con la demandante, pues al verificar la documental visible a folio 83 del plenario, esto es, el Oficio expedido por la Registraduría Nacional del Estado civil, data del 1º de noviembre de 2016, trayendo a colación la resolución no. 15150 del 30 de octubre de 2014, mediante la cual fue CANCELADA POR MUERTE el registro civil de nacimiento del señor JAIME PARRA BALLESTEROS, razón por la cual se tendría como dicha data la fecha más aproximada del fallecimiento del señor JAIME PARRA BALLESTEROS, esto es, con posterioridad al fallecimiento del causante, el señor CELIO VICENTE ROJAS VALBUENA, por lo que no se puede predicar que para su fecha de fallecimiento (9 de septiembre de 1998) efectivamente se encontraba disuelta la sociedad conyugal entre la aquí demandante y el señor JAIME PARRA BALLESTEROS.

Teniendo en cuenta lo anterior, la documental que aporta la parte demandante a efectos de acreditar una situación sobreviniente, en nada afectaría, pues tan solo se tendría por cierto que desde el 30 de octubre de 2014, con la expedición de la Resolución No. 15150 mediante la cual canceló por muerte el registro civil de nacimiento del señor JAIME PARRA BALLESTEROS, sin embargo, la situación no variaría al 9 de septiembre de 1998, fecha de fallecimiento del causante, pues la

documental traída a juicio no determina si para el 9 de septiembre de 1998 acreditó la convivencia con el causante y si dependía económicamente de éste, a efectos de obtener la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional, resaltando en todo caso, que dentro del proceso No. 19-2011-00120 adelantado en el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, ya fueron estudiados los hechos y pretensiones, tal cual se invocan dentro del presente asunto.

Así pues, la situación sobreviniente que alega la parte demandante no tiene incidencia efectos de variar la decisión respecto de la excepción de cosa juzgada, pues se reitera, que conforme lo indicó en la demanda y el recurso de apelación, la liquidación de la sociedad conyugal eventualmente se había liquidado para el año 2014, fecha en que se expidió de la Resolución No. 15150 del 30 de octubre de 2014, mediante el cual se canceló por muerte el registro civil de nacimiento del señor JAIME PARRA BALLESTEROS, y en ese orden de ideas, en nada afectaría el estudio que realizó el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la decisión proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PROBADA** la excepción de COSA JUZGADA, pero por las razones expuestas en el presente proveído, relevándose del estudio de las pretensiones incoadas en la demanda.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condena en costas en esta instancia a cargo de la PARTE ACTORA, y a favor de la entidad convocada a juicio.

Fíjense como agencias en derecho la suma de \$250.000; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de enero de 2021 por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad convocada a juicio. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$250.000 que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el a quo en los términos del artículo 366 del CGP.

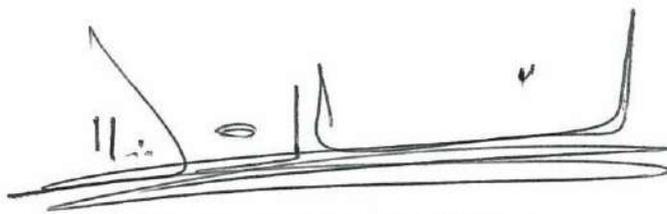
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501520170003102)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501520170003102)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501520170003102)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 36-2017-00685-01

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: LUZ MARINA OLAYA VARGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de junio de 2020 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 9), así como Colpensiones (fls. 5 y 6) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 8 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora LUZ MARINA OLAYA VARGAS instauró demanda ordinaria laboral contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Condenar a Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar la indexación del IBL de la primera mesada pensional con la cual el ISS le reconoció la pensión de vejez al señor JOSÉ FERNANDO OMAÑA HERNÁNDEZ (QEPD), a partir del 1º de agosto de 1997, reconociendo la pérdida del poder adquisitivo del peso Colombiano.
2. Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora LUZ MARINA OLAYA VARGAS, en calidad de beneficiaria, el retroactivo pensional generado como resultado de la re-liquidación de la pensión de vejez del señor JOSÉ FERNANDO OMAÑA HERNÁNDEZ (QEPD), entre el 1 de agosto de 1997 y el 4 de julio de 2016.
3. Condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y a favor de la señora LUZ MARINA OLAYA VARGAS en calidad de beneficiaria del señor JOSÉ FERNANDO OMAÑA HERNÁNDEZ (QEPD), a partir del 1 de agosto de 1997 y hasta el 4 de julio de 2016, generados por la demora injustificada en el reconocimiento de la indexación del ingreso base de liquidación de la primera mesada pensional del causante.
4. Condenar a Colpensiones a reconocer la sustitución de la pensión de vejez a favor de la señora LUZ MARINA OLAYA VARGAS a partir del 5 de julio de 2016 con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ FERNANDO OMAÑA HERNÁNDEZ (QEPD).
5. Condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a favor de la señora LUZ MARINA OLAYA VARGAS a partir del 5 de julio de 2016, y hasta la fecha en la que se verifique su pago, generados por la demora injustificada en el reconocimiento de la sustitución pensional.
6. Condenar a Colpensiones a que se paguen las sumas adeudadas actualizadas, de conformidad con certificación expedida por el DANE.
7. Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 100 a 114), de acuerdo al auto del 13 de agosto de 2019 (fls. 124). Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de junio de 2020, **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a la señora LUZ MARINA VARGAS OLAYA, la pensión de sobrevivientes de su compañero permanente, el señor JOSÉ FERNANDO OMAÑA HERNÁNDEZ a partir del 5 de julio de 2016, las sumas adeudadas deberán ser indexadas al momento del pago. **DECLARÓ NO PROBADA** la excepción de prescripción. **ABSOLVIÓ** a la encartada de las demás pretensiones formuladas en su contra. **COSTAS** a cargo de la de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia:

INTERESES MORATORIOS: Solicita se revoque parcialmente la decisión proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a los mismos desde el 5 de julio de 2016, teniendo en cuenta que como se demostró, la demandante tiene derecho a la sustitución pensional y el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no hace ninguna diferenciación respecto del motivo de la mora de la entidad social con el reconocimiento de la prestación.

La **parte demandada** apeló el fallo de primera instancia:

RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIONAL: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, se absuelva a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que a la demandante no le asiste derecho a la sustitución pensional pues el Art. 13 de la Ley 797 de 2003 establece que la compañera supérstite debe acreditar que hizo vida marital con el causante en los 5 años anteriores al fallecimiento, es decir, estos años de convivencia deben ser acreditados inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, y en atención que el Señor José Fernando Omaña falleció en el año 2016, la actora debía acreditar la convivencia con éste desde el año 2011 hasta el años 2016 como mínimo, además téngase en cuenta que con las declaraciones de los hijos del causante, se pudo concluir que la convivencia nunca se dio, pues el causante no se separó de quien en

vida fue su esposa, y la relación con la demandante siempre fue ocasional, máxime si se tiene en cuenta que el causante pasaba ocasiones especiales con la actora, pero no que haya convivido bajo el mismo techo con ésta. Por otra parte, no hubo ayuda mutua entre la pareja, con acompañamiento espiritual, y vida en común tampoco se vieron acreditados, pues los mismos no tuvieron contacto por 10 años, por lo que es lógico que en este tiempo cualquier lazo se fracture, lo que además se prueba con el material probatorio con la demanda de alimentos que la actora instauró para la manutención de su hijo, junto con la escritura pública donde indicó la accionante que su estado civil era de soltera sin unión marital de hecho vigente, trayendo colación la sentencia C-354 de 2010, la demandante no dependía económicamente del causante, pues no se veían hace más de 10 años, incluso la manutención alimentaria fue para su hijo, no para la actora, y en su interrogatorio de parte manifestó ser actualmente pensionada.

No obstante la interposición del recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala avocará también su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí conforme al material probatorio recaudado, la demandante LUZ MARINA OLAYA en calidad de compañera permanente del causante, acredita la condición de beneficiaria de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ FERNANDO OMAÑA HERNÁNDEZ, a partir del 5 de julio de 2016.

DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Por otro lado, tampoco cabe asomo de duda que el señor JOSÉ FERNANDO OMAÑA HERNÁNDEZ falleció el 5 de julio de 2016, según se desprende del registro civil de defunción que milita folio 24 del plenario, razón por la cual la norma aplicable para definir el derecho a la pensión deprecada corresponde al artículo 13

de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47¹ de la Ley 100 de 1993, que establece como beneficiario de la pensión de sobrevivientes al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el afiliado no menos de 5 años continuos con anterioridad a la fecha de su fallecimiento.

De acuerdo con la norma citada, para definir la titularidad del derecho es necesaria la comprobación de la convivencia efectiva entre el causante y la cónyuge y/o compañera permanente como sucede en el presente caso, por lo menos durante 5 años, que de conformidad con el criterio expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, en el caso del cónyuge supérstite puede acreditar la convivencia de al menos 5 años en cualquier tiempo (entre otras Sentencia Rad. 45779 del 25 de abril de 2018).

En el presente caso, la señora **LUZ MARINA OLAYA** afirma haber convivido con el señor **JOSÉ FERNANDO OMAÑA HERNÁNDEZ** desde el año 1987, hasta el 7 de noviembre de 2006, fecha en la que el causante sufrió un derrame cerebral, y que por acuerdo con el mismo decidió que viviría con el hijo mayor del causante, quien no permitió en sus últimos años que le hicieran visitas, por el cuidado y comodidad que tendría.

Así las cosas, como sustento de su pretensión aportó sendas declaraciones extra juicio, de la señora Carmenza Copete Rodríguez (fl. 57), Isabel Verónica Ariza Garzón (fls. 58), Zulma Ruth Olaya de Sánchez (fl. 60), quienes coincidieron en indicar que conocieron al causante, con quien convivió en unión libre con la demandante desde febrero de 1987 hasta el 7 de noviembre de 2006, pareja que procreó un hijo llamado Juan Camilo Omaña Olaya, actualmente mayor de edad, quien junto con la demandante dependía económicamente de los ingresos del causante, y con quienes compartieron diferentes eventos como almuerzos, días de la madre, día del padre, cumpleaños de sus hijos, salidas vacacionales con la familia, comuniones y demás reuniones relacionadas con la familia.

¹) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

El mismo causante y la demandante realizaron una declaración bajo juramento el 13 de noviembre de 2003, esto es, con anterioridad al derrame cerebral que padeció el causante (7 de noviembre de 2006), quienes declararon que viven en unión libre bajo el mismo techo en forma permanente desde el año 1987 hasta la fecha, y de cuya unión hay un hijo llamado Juan Camilo Omaña Olaya, declarando que tanto la demandante, como su hijo dependen económicamente de su compañero, indicando adicionalmente que, su voluntad que tanto la demandante, como su hijo, sean los únicos beneficiarios con derecho a reclamar su pensión, que actualmente venía disfrutando (fl. 62).

Ahora bien, se recibió el testimonio de la señora **Carmenza Copete Rodríguez**, quien reiteró haber conocido al causante desde el año 1980 aproximadamente, porque fue a visitar a la actora a las instalaciones de Bavaria, donde laboraba la pareja, que conoció del inicio de una convivencia desde el año 1987, y que supo también que esa convivencia cesó dada la condición de salud del señor OMAÑA HERNÁNDEZ, quien sin embargo continuó asumiendo los gastos de la demandante. Que había visitado al causante cuando lo hospitalizaron en el San Ignacio.

Por su parte, la señora **Isabel Verónica Ariza Garzón** indicó que conoció a los compañeros en el año 1991, que vivieron en un apartamento en el barrio La Calleja en Bogotá, que a partir de ése momento tuvieron un acercamiento en la relación con la pareja en razón de la amistad que establecieron los hijos de las dos parejas, que perduró después incluso cuando se mudaron al barrio Icatá en la misma ciudad de Bogotá, indicó que se veían con frecuente y alcanzó a ver al causante incluso antes que padeciera los quebrantos en salud, que después de ello no tuvo más contacto con el causante, pero que lo que le comentó la demandante era que se había tenido que ir a vivir con su hijo mayor.

Así mismo, la señora **Zulma Ruth Olaya** indicó ser la hermana de la demandante, y que tuvo conocimiento de la relación de la accionante con el señor José Fernando Omaña Hernández desde el año 1987, cuando conoció al causante, que esa relación fue constante hasta el año 2006, la cual tuvieron que separarse en razón de los quebrantos de salud que sufrió el señor Omaña Hernández, y que por motivos de comodidad, el pensionado se había ido a vivir con su hijo mayor, con quien convivió sus últimos 10 años de vida. Manifestó la testigo que en una oportunidad

visitó al causante en esa residencia de su hijo mayor, que el señor OMAÑA HERNÁNDEZ no había sido posible entablar comunicación con la demandante pues según le había dicho el teléfono no alcanzaba a la cama donde se encontraba postrado.

Por otro lado, se escuchó al señor **Juan Camilo Omaña Olaya**, último hijo del causante y la demandante, quien manifestó que convivió con su padre hasta el año 2006 y a partir de dicha data, sus hermanos no le permitieron ver ni visitar a su padre. Que desde el momento en que se fue a vivir con el hijo mayor del causante, su madre, hoy demandante, intentó tener comunicación con el causante, sin embargo, sus hermanos no lo permitieron, que recibieron, refiriéndose a su madre también, que recibieron una cuota alimentaria de su padre.

Finalmente, se recibió la declaración de los demás hijos del causante, **Juan Eduardo, Óscar y Álvaro Omaña Pérez**, quienes coincidieron indicar que, para el 24 de diciembre de 1991 el causante los citó en un restaurante y les comentó tanto de la relación sentimental que tenía con la demandante, como de la existencia de un hijo que había concebido con la actora. Que el causante estuvo casado con la señora María Rosa Pérez de Omaña estuvieron casados desde el año 1953 y hasta 24 de abril de 2015, fecha en que falleció la señora María Rosa, y quien fungió siempre como beneficiaria en salud del causante. Que desde el año 2006 la demandante fue la encargada de cobrar y administrar los dineros de la pensión del causante, y que mensualmente un funcionario de la Notaría asistía a la casa donde vivió los últimos años el causante. Que el causante compartía algunos eventos familiares en lugar diferente donde vivían, y regularmente se ausentaba por varios días, a modo de ejemplo, fines de semana o puentes festivos, incluso el señor Óscar Omaña manifestó que su padre se ausentaba todo el fin de semana por pasar sus días con la demandante, que tanto la actora como su hijo asistieron a las honras fúnebres del causante. Que el señor Álvaro Omaña indicó que con posterioridad al año 1991 su padre se ausentaba por varios días, y en especial en navidad, año nuevo, o eventos especiales, pero que el causante era muy reservado, y no se atrevían a preguntarle en donde pernoctaba.

Frente al tema, vale traer a colación la sentencia SL856 con Rad. 77167 del 11 de marzo de 2020, mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre ha adoctrinado que el derecho a la pensión de sobrevivientes no desaparece cuando los

compañeros permanente no pueden vivir bajo el mismo techo por circunstancias particulares como la salud, trayendo a su vez a colación, la sentencia SL6286 de 2017 en la que adoctrinó textualmente que:

“También ha enseñado esta Sala, con persistencia, que para efectos de determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado o del pensionado fallecido, la convivencia no desaparece cuando los esposos o compañeros permanentes no pueden vivir bajo el mismo techo, por circunstancias particulares originadas en el trabajo, la salud, la fuerza mayor, etc., que no impidan ni signifiquen la pérdida de la comunidad de vida ni la vocación de la vida en común, dado que lo que interesa para que esa convivencia exista es que en realidad se mantengan, el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico, y el acompañamiento espiritual, característicos de la vida en pareja (sentencias CSJ SL, del 22 jul. 2008, rad. 31.921 y del 19 jul. 2011, rad. 35933).”

En ese orden de ideas, no puede perderse de vista la declaración juramentada rendida por el mismo causante, quien indicó que su estado civil era “CASADO – SEPARADO DE HECHO”, y quien convivía con la demandante desde febrero de 1987, y que su voluntad era que tanto la actora como su hijo fueran los únicos beneficiarios de posibles derechos pensionales.

En ese orden de ideas, y conforme la jurisprudencia en cita, de manera reiterada ha adoctrinado, que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las particularidades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros permanentes no cohabiten bajo el mismo techo, debido a circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, siempre que subsistan los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, característicos de la vida en pareja (SL, 15 de junio de 2006, radicado 27665, SL, 10 de mayo de 2007, radicado 30141, SL, 22 de julio de 2008, radicado 31921, SL, 4 de noviembre de 2009, radicado 35809, SL, 19 de julio de 2011, radicado 35933, SL6286-2018, SL1399-2018).

Así pues, si bien se encuentra acreditado, conforme el material probatorio que obra dentro del plenario que la demandante convivió con el causante por un periodo aproximado de 10 años, esto es, entre el año 1987 al 7 de noviembre de 2006, situación que no desconoce ésta Sala, sin embargo, dicha convivencia tuvo que verse interrumpida dado el quebranto de salud que padeció el causante, en donde

se acordó que podía estar más cómodo en la casa de su hijo mayor, resaltando que el hijo mayor no permitió el ingreso de la demandante ni comunicación con el causante, hecho que se refuerza con la denuncia policiva que realizó la actora, manifestando que el hijo mayor se había “robado” al señor José Fernando Omaña.

En ese orden de ideas, se tiene que el causante no podía ejercer ningún derecho, pues se encontraba postrado en una cama, en atención al derrame cerebral que había padecido, máxime si se tiene en cuenta que el hijo con el que convivía no permitió la comunicación con la actora, sin embargo, no se puede perder de vista que respondía por la cuota de alimentación de la demandante y su hijo, situación que se refuerza con lo manifestado por sus demás hijos quienes indicaron que el causante se enteró días después del fallecimiento de su madre, de lo que se puede concluir que no se encontraba al tanto de la realidad que lo rodeaba, reiterando que la separación de la pareja no se hizo de manera voluntaria, sino que fue por razones de fuerza mayor.

Así pues, aceptar que el demandante y la causante no eran pareja porque durante los últimos años antes del fallecimiento, y por razones de fuerza mayor, no cohabitaron en el mismo lugar, sería interpretar erróneamente el requisito de la convivencia exigido por la ley (sentencia SL6286-2017), relevándose del estudio de la convivencia con la cónyuge del causante, pues como quedó visto con los testigos hijos del causante, la señora María Rosa Pérez de Omaña falleció el 24 de abril de 2015.

Los medios de prueba anteriores, permiten establecer que se acreditó, la unión marital conformada por José Fernando Omaña Hernández y Luz Marina Olaya, que, por motivos de salud, no cohabitaron en el mismo lugar durante los últimos años de vida del causante, que la ley y la jurisprudencia no contempla como obstáculo para la idoneidad de la pareja.

En armonía con lo preceptuado, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia y se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora Luz Marina Olaya el 100% de la sustitución pensional establecida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, a partir del 5 de julio de 2016, fecha de fallecimiento del señor José Fernando Omaña Hernández.

INTERESES MORATORIOS:

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993², debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación. Al respecto se trae a colación la sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

(...)

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Situación que fue reiterada en la sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigera la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, (Sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019).

² «A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

Aunado a lo anterior, en reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681 – 2020, entre otras, frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adoctrinó

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión.

En concordancia con lo antes expuesto, debe decirse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estipula que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la administradora está obligada al pago de los intereses moratorios sobre el importe de la obligación a su cargo.

No obstante lo anterior, la condena por intereses moratorios, de conformidad con el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencia SL 5296- 2019 y SL10504-2014), se ha inclinado a que no hay lugar a su imposición en casos como el que se decide, en los que se concede la pensión de sobrevivientes con fundamento en un cambio de jurisprudencia que no podía prever la administradora de pensiones, por lo que se ordenará el pago del retroactivo adeudado debidamente indexado, dada la pérdida del valor adquisitivo del mismo, acorde a la fórmula acogida por esta Corporación, a la cual se hizo mención en la sentencia CSJ SL1001-2018, por lo que se confirma su absolución.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Finalmente, debe advertir la Sala que la excepción de prescripción propuesta por la demandada no tiene vocación de prosperidad, como quiera que el derecho a la

pensión de sobreviviente se causó el **5 de julio de 2016**, con el fallecimiento del causante JOSE FERNANDO OMAÑA HERNANDEZ; que la demandante solicitó el reconocimiento de la prestación el **11 de agosto de 2016**, la cual fue negada mediante resolución GNR 311822 del 22 de octubre de 2016 (fls. 34 y ss.); y radicó la presente demanda el día **9 de octubre de 2017** (fl 65), concluyendo entonces que no transcurrió el término trienal de que trata el artículo 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, por lo que habrá de **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción, confirmando este punto de decisión de primera instancia.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

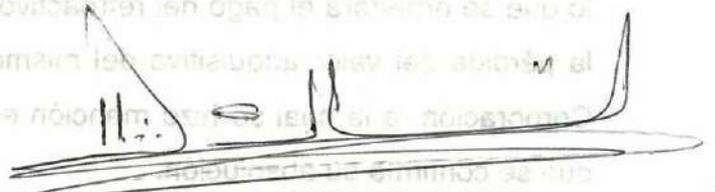
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

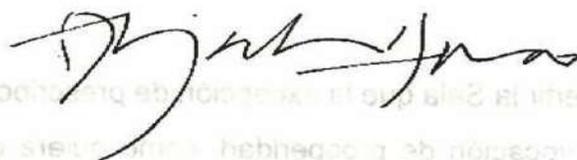
Ponente

(Rad. 11001310503620170068501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503620170068501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503620170068501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación 38-2018-00419-01

Bogotá D.C.; abril treinta (30) de Dos Mil Veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JOSÉ ALONSO MONTERO PACHECO
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO : GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes demandante (fls. 4 y 5), Así como de Colpensiones (fls. 7) Presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JOSÉ ALONSO MONTERO PACHECO** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1) Condenar a Colpensiones a pagar a favor del señor JOSÉ ALONSO MONTERO PACHECO, el incremento pensional del 14% por persona a cargo, de su compañera permanente a la señora IMELDA MORENO SÁENZ retroactivo al día del 1 de mayo de 2005.
- 2) Indexación de las condenas proferidas.
- 3) Intereses moratorios de que trata el Art. 141 de La Ley 100 de 1993.
- 4) Costas procesales.

La accionada contestó la demanda (fls. 40 a 52) de acuerdo al auto del 20 de marzo de 2019. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de septiembre de 2020. **ABSOLVIÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor JOSÉ ALONSO MONTERO PACHECO. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se consideró relevado del estudio de las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$250.000.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, la Sala avocara su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico a resolver se centra en determinar: **1.** Si el demandante tiene derecho al incremento del (14%) por su cónyuge de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año dada la vigencia de los mismos actualmente.

INCREMENTO PENSIONAL 14%:

Sea lo primer señalar que si bien el suscrito venía aplicando el criterio mayoritario de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 05 de diciembre de 2007, Rad. 29751 tendiente a determinar que, los incrementos de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 se encontraban vigentes, lo cierto es que una vez reexaminado el tema por los integrantes de la Sala, se hace necesario replantear dicha postura.

Al respecto, es menester advertir, que la H. Corte Constitucional a través de la sentencia, SU-140 de 2019 estableció que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes, con fundamento en que con la promulgación de la Ley 100 de 1993, el sistema de pensiones vigente sufrió una transformación estructural cuya dimensión ameritó el establecimiento de un régimen que regulaba la transición del anterior al nuevo sistema, cambio que no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se tuvieran derechos adquiridos o, inclusive, una expectativa legítima sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a la pensión; que por lo anterior, se dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, esto es, edad, tiempo y monto; y que ante la ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, hubo una derogatoria orgánica del régimen anterior dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

Así mismo, la H. Corte Constitucional señala que los incrementos pensionales no son contestes con el inciso 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, que establece un marco de sostenibilidad fiscal así, *«guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo»*, y en ese orden, en caso de considerarse su vigencia, al verse afectado el principio de sostenibilidad del sistema pensional habría que inaplicarlo por inconstitucional, por demás que serían contrarios a los principios de universalidad y de solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, los incrementos pensionales nunca formaron parte integrante de la pensión de vejez o invalidez y por tanto fueron considerados como derechos de excepción a quienes cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de los reglamentos de invalidez, vejez y muerte del INSTITUTO DE

SEGUROS SOCIALES anteriores a la Ley 100 de 1993; por lo tanto, al no haberse incluido como integrantes dentro del tránsito legislativo de 1993, no existe razón alguna que justifique su existencia dentro del Sistema General de Pensiones. Adicionalmente, los incrementos pensionales tampoco se encuentran contenidos entre los derechos que por excepción contempla el beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que es bien sabido que el régimen de transición establecido en la norma garantiza únicamente la aplicación de los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la normativa pensional anterior a 1993

Así las cosas, y dado que estamos frente a una sentencia de unificación proferida por la H. Corte Constitucional considera apropiado el suscrito acogerse a los postulados de la misma, por encontrarlo ajustado a criterios de razonabilidad y a los fines del Sistema de Seguridad Social, en particular, de las reformas expedidas desde 1993, con la expedición del Régimen General de Pensiones, entendiéndose en consecuencia, que los incrementos pensionales sólo se encuentran vigentes para quienes causaron su derecho a la pensión con anterioridad al 1º de abril de 1994, en aplicación del Acuerdo que los consagra.

Verificada la documental allegada, se establece que con la **Resolución No. 013379 de 2005**, el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones le reconoció la pensión de jubilación al señor JORGE ALBERTO NIÑO BELLO como beneficiario del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando para el efecto el Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1 de mayo de 2005, siendo reconocida con posterioridad a 1º de abril de 1994, por lo que se considera entonces que no hay lugar al reconocimiento del incremento deprecado, razón por la cual, se **CONFIRMARÁ** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

INTERESES MORATORIOS:

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹, debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación.

Al respecto, en reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681 – 2020, entre otras, frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adocrinó

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión.

Frente al tema, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 establece que las administradoras de pensiones tendrán un término **no mayor a 4 meses** para efectuar el reconocimiento de la pensión, contado a partir de la presentación de la solicitud con la documentación que acredite el derecho, así lo ha indicado la H. Corte Suprema de justicia en reciente pronunciamiento SL 4985 con radicación 49082 del 5 de abril de 2017.

Así las cosas, en el caso bajo estudio, se observa que el actor presentó reclamación administrativa, el **26 de octubre de 2004**, petición que resuelta mediante **Resolución No. 13379 del 26 de abril de 2005**, esto es, superando el término de los 4 meses a la radicación de la misma, concediendo el derecho pensional, no obstante, solicitó su reconocimiento el **10 de marzo de 2017**, mientras que sometió a reparto la presente demanda el **2 de agosto de 2018**, esto es, superado el término trienal que tenía a efectos de que le fueran reconocidos, razón por la cual habrá

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

lugar a **DECLARAR PROBADA TOTALMENTE** la excepción de prescripción respecto de la condena por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

Costas: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de septiembre de 2020.

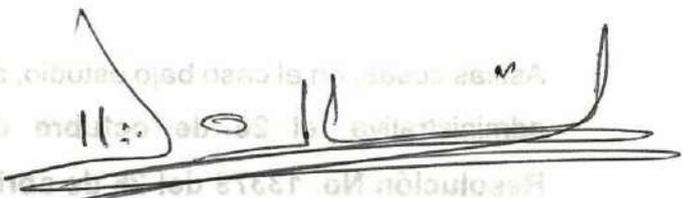
SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503820180041901)


DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503820180041901)


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 04-2019-00860-01

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: LUZ MARINA GARZÓN NOVA
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 123 a 129), así como de la demandada Colpensiones (fls. 133 a 134), presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) LUZ MARINA GARZÓN NOVA instauró demanda ordinaria laboral contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece a folios 5 y 6 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que la señora LUZ MARINA GARZÓN NOVA, en su calidad de compañera permanente supérstite del señor EZEQUIEL VARGAS, es beneficiaria de la sustitución pensional de la asignación económica que en vida gozaba el fallecido pensionado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a pagar a la señora LUZ MARINA GARZÓN NOVA en su condición de compañera permanente, por más de 8 años, comprendidos entre el 11 de diciembre de 2011 al 20 de febrero de 2019, la sustitución pensional desde el día del fallecimiento del pensionado, en un porcentaje del 100% del monto mensual de la misma, hasta el fin de sus días en forma ininterrumpida, toda vez que la demandada dependía económicamente del causante y de la pensión que él percibía.
3. Que la señora LUZ MARINA GARZÓN NOVA, en su calidad de cónyuge del pensionado – causante tiene derecho al pago del retroactivo de las mesadas de la sustitución pensional, desde el 20 de febrero de 2019 y hasta cuando la sentencia le reconozca dicha calidad.
4. Condenar a Colpensiones al pago de intereses moratorios, de conformidad con lo establecido en el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, intereses que deben reconocer desde el 20 de febrero de 2019, fecha de causación de la sustitución pensional, hasta la fecha del pago real y efectivo del retroactivo pensional adeudado, liquidados mes a mes sobre cada una de las mesadas atrasadas, ajustados a la tasa máxima moratoria legal vigente del momento en que se reconozca y pague la prestación.
5. Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 58 a 93), de acuerdo al auto visible a folio 94 y Se opone a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 4° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 1 de febrero de 2021, **ABSOLVIÓ** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de cada una de las pretensiones de la actora Luz Marina Garzón Nova. No se hace pronunciamiento alguno acerca de las excepciones propuestas por la demandada. **COSTAS** a cargo de la parte actora, incluyendo como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia:

RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIONAL: Solicita se revoque la sentencia, para en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que se encuentra plenamente la convivencia de manera ininterrumpida con el causante por más de 8 años, en atención que obra declaración testimonial, prueba testimonial que da cuenta de dicha convivencia, declaración extra juicio escrita de Hernán Vargas López, hijo del causante. Declaración juramentada del mismo causante con la demandante ante la Notaría Primera de Soacha, en donde manifiestan que llevan 5 años de convivencia de manera ininterrumpida. Radicación realizada por el mismo causante para que la demandante fuera la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, según Radicado ante Colpensiones 2018_12853014 del 10 de octubre de 2018, y por último, la demandante fue beneficiaria en Saludcoop del causante cuando vivía, y posteriormente para no quedar desprotegida, la afilió una de las hijas del causante en el régimen subsidiado de Famisanar.

Con miras a la definición de los recursos de apelación interpuestos, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el

recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí conforme al material probatorio recaudado, la demandante LUZ MARINA GARZÓN NOVA en calidad de *compañera permanente* del causante, acredita la condición de beneficiaria de la sustitución pensional causada con ocasión del fallecimiento del señor EZEQUIEL VARGAS.

DE LA PROCEDENCIA DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Sea lo primero indicar que no hay discusión dentro del plenario que el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez a favor del señor EZEQUIEL VARGAS mediante Resolución No. 2883 de 2002 a partir del 4 de septiembre de 2001 en cuantía inicial de \$1.970.546, reconocida bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990 aprobada por el Decreto 758 del mismo año, conforme se extrae de la Resolución No. SUB 107872 del 6 de mayo de 2019 (fl. 23).

Por otro lado, se encuentra establecido que el señor EZEQUIEL VARGAS falleció el 20 de febrero de 2019, según se desprende del registro civil de defunción (fl. 12), razón por la cual la norma aplicable para definir el derecho a la pensión deprecada corresponde al artículo 47¹ de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo **13 de la Ley 797 de 2003**, que establece como beneficiario de la pensión de sobrevivientes a la *cónyuge o compañera permanente*, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el afiliado no menos de 5 años

¹) En forma vitalicia, el *cónyuge o la compañera o compañero permanente* o *supérstite*, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el *cónyuge o la compañera o compañero permanente* *supérstite*, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

continuos con anterioridad a la fecha de su fallecimiento, (Sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016, entre otras).

De acuerdo con la norma citada, para definir la titularidad del derecho es necesaria la comprobación de la convivencia efectiva entre el causante y la cónyuge y/o compañera permanente como sucede en el presente caso, dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

En el caso bajo examen, la demandante sostiene que convivió con la causante de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa, desde el 11 de diciembre de 2011 hasta el 20 de febrero de 2019, fecha de fallecimiento del causante.

Respecto de la convivencia acreditada de la demandante con el causante como requisito para ser beneficiario de la pensión de sobreviviente en reciente jurisprudencia con radicado 58567 del 18 de abril de 2018 proferida por la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó:

“(...) La convivencia constituye un elemento fundamental para configuraciones del derecho a la pensión de sobreviviente, que no sufrió mayores modificaciones con la entrada en vigencia de la ley 797 del 2003, salvo la que se refiere al tiempo mínimo de la misma, que debe ser ahora de 5 años, se reitera tanto para los beneficiarios del pensionado como para los de un afiliado”.

Así mismo, a folio 31 obra declaración juramentada rendida por el mismo causante y la demandante, con fecha 6 de abril de 2016, quienes declararon que convivió con la demandante en unión libre, bajo el mismo techo y de manera permanente hace 5 años, de igual modo declaró que el ingreso del causante es el que vela para el sostenimiento del hogar.

A folio 32 declaración juramentada de la demandante del 26 de marzo de 2019, quien manifestó que convivió bajo el mismo techo de forma permanente e ininterrumpidamente durante 8 años, desde el 11 de diciembre de 2011 en unión libre con el señor EZEQUIEL VARGAS hasta el momento de su fallecimiento, compartiendo techo, lecho y mesa, sin que procrearan hijos, que el fallecido no hacía vida marital con ninguna otra persona, no contrajo matrimonio ni civil ni católico, ni por ningún otro rito, y que si bien tuvo 4 hijos, no existen otras personas

con mejor o igual derecho a reclamación que la demandante, en calidad de compañera permanente.

Igualmente, a folio 33 del expediente, reposa declaración juramentada de MILCIADES VELANDIA HENDE y SANDRA INÉS GÓMEZ VARGAS, quienes manifestaron que conocieron de vista, trato y comunicación desde el hace 9 y 10 años respectivamente al causante, que saben y les consta que el fallecido era de estado civil soltero con unión libre con la demandante por más de 8 años, desde el 11 de diciembre de 2011 hasta el fallecimiento del señor EZEQUIEL VARGAS, que de esa unión no procrearon hijos, y que no saben ni les consta que el fallecido haya contraído matrimonio ni civil, ni católico, ni por ningún otro rito con otra persona, que no hacía vida marital con otra persona. Que el causante tuvo 4 hijos, pero que no conocen otras personas con mejor o igual derecho a reclamación a las antes mencionadas.

Se aportó a folios 35 declaración extra proceso rendida por el señor HERNÁN VARGAS LÓPEZ, hijo del causante quien manifestó que le consta que el causante convivió con la demandante en unión libre de forma permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa desde el 11 de diciembre de 2011 con la señora Luz Marina Garzón Nova hasta el día de su fallecimiento. Que de ésta unión no tuvieron hijos. Que solo procreó al declarante, y a sus dos hermanos Samuel y Myriam Vargas López, ambos mayores de edad. Que la demandante dependía económicamente de los ingresos del causante; sin que por tanto se pronunciara respecto de la otra hija que aducen los demás declarantes de nombre Jaqueline Vargas.

A folios 37 a 48 reposa historia clínica del causante, el señor EZEQUIEL VARGAS. Así mismo, a folio 50 certificación de afiliación expedida por SaludCoop expedido el 27 de mayo de 2019 en el que se indica que el señor EZEQUIEL VARGAS era afiliado cotizante, y la señora Luz Marina Garzón Nova fungió como beneficiaria del causante hasta el 30 de noviembre de 2015. A folio 51 del plenario reposa certificado de la EPS FAMISANAR que da cuenta que la señora Luz Marina Garzón Nova fungió como beneficiaria desde el 1 de febrero de 2017, sin que se registre en dicho documento de quien es beneficiaria.

Ahora, a folios 23 a 30 reposan las Resoluciones SUB 107872 del 6 de mayo de 2019, SUB 173382 del 3 de julio de 2019 y DPE 7253 del 2 de agosto de 2019, mediante las cuales niegan el derecho a la sustitución pensional a favor de la señora Luz Marina Garzón Nova, en la que se realizó investigación de convivencia con la cual se concluyó:

"NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Luz Marina Garzón Nova, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo. No se logró establecer que el señor Ezequiel Vargas y la señora Luz Marina Marina Garzón Nova, hubieran convivido, desde el 11 de diciembre del año 2011 hasta el día 20 de febrero del año 2019, fecha de fallecimiento del causante como lo manifiesta la solicitante. Ya que aunque los familiares y vecinos aportados en la presente investigación administrativa confirman una relación de convivencia entre las partes, al verificar la única fotografía aportada por la solicitante de la convivencia se pudo comprobar que esta es un foto montaje, por tanto, no se acredita la presente investigación administrativa. Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia en la presente investigación un posible fraude."

En otro giro, se recibió **interrogatorio de parte** del demandante, quien indicó que conoció al causante hace 20 años, y convivieron desde el 11 de diciembre de 2008, recuerda esa fecha porque iba a ser navidad, y luego en el 2011 fue la primera navidad que pasaron juntos. Que el causante quería casarse, pero la demandante no quiso porque tuvo una mala experiencia. A una segunda pregunta realizada por el Juez, indica que comenzó a vivir en el año 2011 en una casa en Quintanares. Que esa casa era un patrimonio de los hijos, y una vez falleció el causante se fue a vivir con una hija, que vivían de la pensión del causante, y de los arriendos de los locales que tenían en la casa. Que antes de convivir con el causante, trabajó como causante. Que desde el 2002 le arrendó un local para comercializar huevos, y fue cuando se conocieron. Que convivió con el causante hasta el día de su fallecimiento el 20 de febrero de 2019. Que el causante la tenía afiliada como beneficiaria en salud desde el 2012 a SaludCoop, luego a Café Salud y que la última EPS que estuvo afiliada fue en el año 2015 en Famisanar. Que el causante nació el 1 de septiembre de 1941. Que mientras convivió con el causante, no la dejó trabajar y dependía económicamente del causante, que la distribuidora de huevos no le funcionó y tocó arrendar el local nuevamente. Que el causante murió en la casa. Que la demandante lo acompañaba a sus controles y citas médicas. Que el causante tiene 4 hijos vivos. Que Colpensiones asumió los gastos funerarios del causante.

Así mismo, se recibió el testimonio de la señora **SANDRA INÉS GÓMEZ VARGAS**, quien indicó que conoció al causante hace 10 años aproximadamente, por ser la pareja de la demandante, quien conoce hace más de 20 años, porque trabajaron juntas en HOMESENTRY. Que el 8 de diciembre de 2010 conoció al causante en una primera comunión de una sobrina de la demandante. Que el causante era pensionado y tenía una casa con locales que tenía en arriendo, pero queda en quintanares en Soacha. Que se frecuentaban seguido, en ocasiones especiales, cumpleaños, reuniones familiares, primeras comuniones, o de vez en cuando los iba a visitar, porque el trabajo no le permite hacer mucha vida social, pero una o dos veces al mes se veían. Que la demandante y el causante vivían en el segundo piso de la casa donde tenían los locales desde diciembre de 2010. Que el causante murió el 20 de febrero de 2019, y la última vez que lo vio fue en los cumpleaños de la demandante (28 de febrero de 2019). Que la demandante era ama de casa, y que el causante le dijo que podía sostenerla. Que desde que conoció al causante, no se separaron, hasta hacían mercado juntos, siempre e iban a hacer las vueltas juntos. Que el causante tuvo 3 hijos. Que la demandante y el causante no tuvieron hijos. Que no viven cerca, pero tenían comunicación constante, y le contaba lo que hacía con el causante, las vueltas, mercado, etc. Que al mes los visitaba unas 2 o 3 veces aproximadamente. Que la vivienda donde vivían era una vivienda familiar, que les pertenece ahora a sus hijos. Que el causante padeció 2 años de cáncer, que los acompañó en las exequias del causante.

Por su parte, el señor **HERNÁN VARGAS** indicó que era el hijo del causante, y que conoce a la demandante desde el año 2000, cuando su padre inauguró unos locales y la demandante arrendó un local de éstos para distribuir huevos. Que el negocio de distribución de huevos estuvo hasta el año 2008. Que desde el año 2008 fueron novios por un periodo de 3 años aproximadamente, y comenzaron a convivir desde mediados del año 2011, sin saber con exactitud la fecha en que comenzaron a convivir. Que frecuentaba a su padre entre 8 o 10 veces al mes. Que una vez la demandante se fue a vivir con el causante, no trabajó más porque el señor Vargas sustentaba los gastos de la demandante. Que su madre falleció hace 25 años. Que el causante no tenía relación con otra persona. Que tiene 2 hermanos más. Que al momento en que el causante enfermó, se hizo cargo la demandante de su cuidado. Que la demandante se encontraba afiliada como beneficiaria del causante a

SaludCoop hasta el año 2017, después fue afiliada a Famisanar. Que la casa figura a nombre de su madre y sus hermanos.

Finalmente, el señor **MILCIADES VELANDIA MÉNDEZ**, quien indicó que conoció al causante en diciembre de 2011, cuando la demandante se lo presentó como su esposo. Que a la demandante la conoce por ahí en 1986 porque viajaban en la misma buseta yendo a la empresa, y se reencontraron cuando estudio en el SENA de Soacha. Que la demandante vivía con el causante en Soacha, y que los visitó en dos ocasiones. Que el causante padecía de cáncer y lo afectó los dos últimos años de su vida. Que el causante murió el 20 de febrero de 2019, y no los acompañó a las exequias del señor Ezequiel Vargas. Que el señor Ezequiel Vargas y la demandante se fueron a convivir en el año 2011, y que los frecuentaba muy poco, solo los veía por ahí en el Centro Comercial o haciendo mercado. Que tiene entendido que la vivienda era propia del causante.

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 del y 61 del CPT y la SS, en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles todos los medios de prueba consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica, específicamente a la acreditación de la convivencia de la demandante con el causante.

En ese orden, se resaltan las contradicciones efectuadas por la parte demandante, toda vez que si bien se pretende acreditar la convivencia los últimos 5 años de vida del causante, lo cierto es que en primer lugar de la gestión administrativa realizada por Colpensiones, se logra vislumbrar que la parte actora intentó defraudar al sistema al aportar un foto montaje, con el objetivo que le sea reconocida la prestación.

Por otro lado, no se puede perder de vista las manifestaciones por la misma demandante en su interrogatorio de parte, pues no fue clara al proporcionar las fechas desde cuándo se había conocido con el causante, pues tan solo dijo que hace más de 20 años conocía al causante, y por otro lado debe tenerse en cuenta que en los hechos del libelo introductorio informó haber convivido con el Señor Ezequiel Vargas desde el 11 de diciembre de 2011, sin embargo en el interrogatorio

de parte manifestó haber comenzado la convivencia con el causante el 11 de diciembre de 2008.

Así mismo, existió una nueva contradicción respecto del inicio de la relación, pues inicialmente afirmó que fue en el año 2005, luego ante una nueva pregunta afirmó que fue en el año 2008 y finalmente indicó que se fue a vivir en el año 2011, pero que no tenía claridad del día y mes del inicio de la convivencia, cuando en respuestas anteriores si manifestó certeramente que había sido el 11 de diciembre pero del año 2008.

Así mismo, ha de resaltar las inconsistencias respecto de las manifestaciones efectuadas por la demandante, y en lo que tiene que ver con el señor Hernán Vargas, hijo del causante, pues mientras la demandante nuevamente al responder una nueva pregunta por parte del Juzgado manifestó conocer al causante en el año 2002, sin precisar fecha exacta, pero al contrastar dicha información con la manifestada por el señor Hernán Vargas, señaló que su padre conoció a la demandante en el año 2000 cuando ocupó un local de la casa donde vivía el causante.

Ahora, con asombro se escuchó a la demandante informar la fecha de nacimiento del causante del 1 de noviembre de 1994, situación contraria a la realidad, y al documento de identificación del causante que informa como fecha de natalicio del causante el 1 de septiembre de 1941, situación que confirmó el hijo del causante.

Por su parte, la señora SANDRA INÉS GÓMEZ VARGAS manifestó que frecuentaba una o dos veces al mes al causante y a la demandante, no obstante, manifestó que la última vez que vio al señor EZEQUIEL VARGAS en el cumpleaños de la demandante el 28 de febrero de 2019, sin embargo el causante falleció el 20 de febrero de 2019, lo que no coincide con la realidad, pues la demandante cumpliría con posterioridad al fallecimiento del causante.

Así mismo, es sospechoso que el señor MILCIADES VELANDIA manifestara con exactitud la dirección de vivienda del causante, cuando lo visitó tan solo 2 veces en su vivienda durante los últimos años de vida del mismo.

Y es que no se entiende como en el interrogatorio de parte, el señor HERNÁN VARGAS, hijo del causante, no tenga conocimiento de cuando comenzó la relación y convivencia entre su padre y la demandante, sin embargo no es coincidente con la declaración juramentada aportada al plenario, en el que si indica de manera clara y concreta que dicha convivencia comenzó el 11 de diciembre de 2011.

En ese orden de ideas, vale precisar que el testimonios decretado a favor de la parte demandante y practicado en el presente asunto, no ofrecen mayores elementos de juicio para establecer una relación de compañeros permanentes, pues tanto la señora SANDRA INÉS GÓMEZ VARGAS, como el señor MILCIADES VELANDIA no frecuentaban a la pareja de tal manera que pudieran dar fe de su convivencia, pues ambos en pocas oportunidades visitaron a la pareja, incluso el señor VELANDIA informó una dirección con tal exactitud que parece sospechoso, pues tan solo visitó en dos oportunidades al causante y a la demandante, de tal suerte que la misma no es de carácter contundente para acreditar que existió una convivencia, o por lo menos determinar la fecha de inicio de la misma, pues si bien pudo existir esa relación sentimental, lo cierto es que no se acredita la convivencia de la demandante con la causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del señor EZEQUIEL VARGAS.

Pasa lo mismo con los extremos de la relación sentimental, mientras el mismo demandante señaló un extremo inicial en la demanda, señaló otro diferente en su interrogatorio de parte.

Así las cosas, al no acreditarse la efectiva convivencia entre la señora LUZ MARINA GARZÓN NOVA y el causante EZEQUIEL VARGAS, dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento, siendo una carga probatoria que debe asumir la parte demandante, teniendo en cuenta que estamos frente a un reconocimiento de una sustitución pensional, conlleva obligatoriamente a despachar desfavorablemente los fundamentos expuestos en el recurso de alzada y en su lugar **CONFIRMAR** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de febrero de 2021 por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

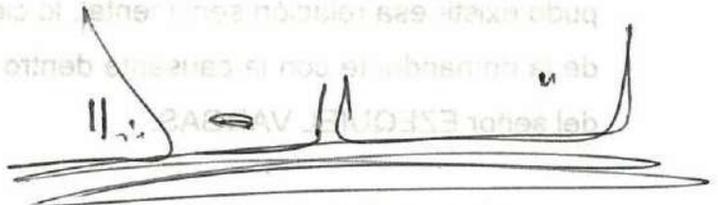
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

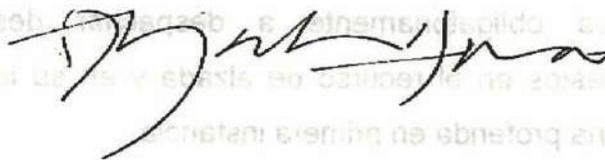
Ponente

(Rad. 11001310500420190086001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500420190086001)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500420190086001)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 34-2019-00214-01

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MÓNICA MARCELA CIFUENTES
DEMANDADO: ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 34° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de enero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 8 a 9), así como ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER (fls. 4 a 6) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora MONICA MARCELA CIFUENTES instauró demanda ordinaria laboral contra de ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER, debidamente sustentada como

aparece a folios 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Sírvase declarar la existencia de una relación laboral desde junio 14 de 2014 al 31 de octubre de 2016, o las fechas que se demuestre.
2. Condenar al reconocimiento y pago de los derechos laborales causados durante la vigencia de la relación laboral y a su terminación: auxilio de cesantías, intereses a las cesantías con su sanción por no pago oportuno, primas de servicios, título pensional (cálculo actuarial por aportes en pensiones).
3. A la indemnización moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignar cesantías en un fondo.
4. Condenar a la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, en subsidio la indexación.
5. Indexación de los conceptos que no generan mora
6. Costas procesales.

ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER, contestó la demanda (fls. 41 a 51), de acuerdo al auto del 14 de octubre de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 34° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de enero de 2021, **DECLARÓ** que entre MONICA MARCELA CIFUENTES y ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad, existió un contrato de trabajo vigente entre el 14 de junio de 2014 y el 2 de noviembre de 2016. **DECLARÓ** que el salario devengado por la actora corresponde a \$1.800.000. **CONDENÓ** a ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER, al reconocimiento y pago a favor de MONICA MARCELA CIFUENTES, los siguientes valores y conceptos:

- Cesantías \$4.440.000.
- Intereses a las Cesantías \$134.000
- Prima de Servicios \$1.120.000

- Vacaciones \$1.460.000
- Indemnización moratoria Art. 99 Ley 50 de 1990 \$13.440.000.

CONDENÓ a ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER al reconocimiento y pago de MONICA MARCELA CIFUENTES, la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, que corresponde al pago de un día de salario por cada día de retardo fijado en la suma de \$60.000 a partir del 3 de noviembre de 2016 y por los primeros 24 meses liquidada en la suma de \$43.200.000 y a partir del mes 25, el valor de los intereses corrientes certificados por la Superintendencia Financiera, para créditos de libre asignación y hasta que se verifique su pago total de las acreencias laborales reconocidas en esta sentencia. **CONDENÓ** a ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER al reconocimiento y pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, causados entre el 14 de junio de 2015 y el 2 de noviembre de 2016, previa liquidación que para el efecto realice la entidad administradora del Sistema Pensional a que se encuentre afiliada la demandante y a su entera satisfacción. **DECLARÓ PARCIALMENTE PROADA** la excepción de prescripción propuesta por el demandado y **NO PROBADAS** las demás excepciones. **COSTAS** a cargo de ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

EXISTENCIA DE UN VÍNCULO COMERCIAL: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora Mónica Marcela Cifuentes, toda vez que entre las partes existió un vínculo comercial, pues entre la demandante y la sociedad Global Rose se celebró un contrato para prestar servicios al colegio entre el 14 de julio de 2014 y el 31 de octubre de 2016, y por otro lado, el Juzgado tampoco tuvo en cuenta que la demandante prestó sus servicios profesionales en el Departamento de ventas y servicio al cliente de Global Rose, quien le canceló a la demandante todos y cada uno de los conceptos laborales, y en el eventual caso en que

se le adeudara algo a la demandante, sería dentro de un marco de la relación civil.

Pone de presente que de manera equivocada el Juzgador da por sentado o por concluido que el beneficiario de los servicios prestados por la actora era el demandado, por el simple hecho o por la manifestación que el demandado figura supuestamente como socio o dueño, hecho que no está probado dentro del plenario, y en el evento en que se acredita que se está reconociendo una relación laboral con el demandado, por ser socio de la sociedad ROYAL ROSE, lo cierto es que el verdadero empleador sería ésta sociedad y no el demandado, en calidad de persona natural y socio de la empresa ROYAL ROSE, sin embargo, reitera que no existió ningún vínculo laboral entre la demandante y el demandado, pues lo que pretende en últimas la parte actora es la declaratoria de la relación laboral pero con la sociedad Royal Rose.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si entre la señora MONICA MARCELA CIFUENTES y el señor ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER existió una relación laboral desde el 14 de junio de 2014 y el 2 de noviembre de 2016, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

En ese orden, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió

una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la *“situación real”* en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la *“situación formal”* o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que

estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

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

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, la demandante aduce que existió una verdadera relación laboral con el señor ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER, para lo cual allegó como pruebas al proceso certificación expedida por la compañía GLOBAL ROSE, mediante la cual certifica que la demandante está vinculada con la compañía desde julio de 2014, mediante un acuerdo de prestación de servicios en el departamento de ventas y servicio al cliente, señala que sus labores son de tiempo completo y las desarrolla desde su residencia ubicada en Soacha, Cundinamarca (fl. 9).

Sendos correos electrónicos enviados por parte del correo empresarial del demandando con dominio de la compañía Global Rose, y no solo provenientes del correo del demandado, sino de otros integrantes de la compañía Global Rose, en la que le indica diferentes directrices a realizar (fls. 10 a 14), a folios 15 y 16 reposan

ciertas directrices, sin embargo no dice a quién va dirigido ni con qué fin. A folios 17 a 22 reposa extracto de cuenta bancaria de la demandante de la entidad financiera Davivienda. Carta del 2 de noviembre de 2016, mediante la cual, la actora hace entrega formal de los elementos de trabajo que le fueron asignar para desempeñar sus labores (fl. 23).

Por su parte, la demandada niega la afirmación de la demandante, señalando que la sociedad GLOBALROSE.COM LLC y la señora MONICA MARCELA CIFUENTES celebraron un contrato de prestación de servicios, el cual rigió entre el 14 de junio de 2014 y el 31 de octubre de 2016, prestando la demandante sus servicios profesionales en el departamento de ventas y servicio al cliente en la sociedad GLOBALROSE.CO LLC.

Como sustento de su afirmación aportó "acuerdo de servicio" visible a folios 55 a 58, suscrito entre la demandante y la sociedad GLOBALROSE.CO LLC a efectos de dar inicio con la prestación de sus servicios el 16 de junio de 2014.

A folios 58 a 70 reposan cuentas pagadas a la demandante en dólares por consultoría de ventas y marketing por los meses de junio a diciembre de 2014, de marzo a diciembre de 2015, de enero y febrero de 2016, junio a octubre de 2016.

Se recibió el interrogatorio de parte de la señora **MONICA MARCELA CIFUENTES**, quien indicó que se encargaba en atención al servicio al cliente, contestar teléfono, el correo electrónico, responder chats, llamadas, reclamos, desde su casa pues tenía teletrabajo, que la labor la hacía para el señor Alejandro Dávila, quien era su jefe directo, y fue con quien hizo le acuerdo laboral. Que anteriormente trabajaba en servicio al cliente con otra empresa. Que la entrevista fue en la oficina del demandado, fue presencial cerca al parque de la 93, duró casi 2 horas la entrevista. Que la línea de producto que debía ofrecer era flores de Global Rose, de la compañía que tenía el demandado, junto con Lorenzo que es el otro socio de Global Rose. Que las órdenes del demandado era todo lo que tenía que ver con servicio al cliente, los horarios, como realizar devoluciones, inicialmente debía cumplir un horario de 9:00 AM a 6:00 PM y después de 10:00 AM a 8:00 PM y cuando era temporada alta, eran más horas porque había mucho trabajo. Que no suscribió ningún documento para realizar sus labores, después que padeció un derrame

cerebral se afanó para que suscribiera un contrato de prestación de servicio. Que inició sus labores en octubre de 2016, y recuerda esa fecha porque fue cuando le envió un correo el demandado para iniciar sus labores. Que para desempeñar sus funciones le entregó el demandado un computador portátil y un teléfono, los cuales entregó al conductor de la mamá del demandado. Debía manejar los reclamos, cuando se demoraba una entrega, porque cuando había un reclamo, el demandado era quien aprobada las devoluciones, como manejar las ventas. Que recibió una capacitación por parte de Laura Montoya, quien es otra empleada del demandado, y la capacitó para aprender a manejar el sistema en Global Rose, que es una página web que se encarga de vender rosas por internet, como poner una orden, como contestar una llamada. Que el demandado no la afilió a Sistema de Seguridad Social, y cuando le tocaba el tema con el demandado, no quería hablar del tema y por necesitar el trabajo, aceptó las reglas que le impuso el accionado. Que el demandado le pagaba \$1.500.000 después de pasar los 2 meses de prueba, le subió el salario a \$1.800.000, incluso le pagaba el sueldo cada 2 meses a la cuenta bancaria que tenía en la entidad financiera Davivienda. Que no le cancelaron prestaciones sociales. Que después de enfermarse, la incapacitaron pero por la necesidad la obligaron a trabajar estando enferma, que no le daban permisos para ir a terapias. Que le pidió que la dejara trabajar más de día y no hasta tan tarde noche, pero el demandado no accedió, que existían más personas trabajando en la modalidad en que trabajaba la demandante. Que renunció en octubre de 2018, y no le reclamó al demandado el pago de las prestaciones sociales. Que más que cumplir metas, debía cumplir el horario, y el chat tenerlo al día. Para pedir permiso debía solicitárselo al demandado, y él era quien lo autorizaba. Que nunca tuvo una sanción o llamado de atención.

Se recibió interrogatorio de parte al demandado, del señor **ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER**, quien indicó que conoce a la demandante por cuanto le prestó servicios a una compañía de Estados Unidos Global Rose, a la cual también el demandado presta servicios administrativos, presta servicios en el área contable, en el área financiera, y supervisa otras áreas como la del servicio al cliente, y otras áreas como la de servicio al cliente. Que las labores designadas a la demandante se limitaban al área de atender el departamento del servicio al cliente, en Global Rose, las personas que prestan sus servicios al servicio al cliente, lo que hacen es

responder teléfonos, responder correos electrónicos, y manejar el chat en vivo, todo lo relacionado con solicitudes de los clientes que compran a Global Rose flores por internet. Que Global Rose es una compañía de tipo LLC incorporada en La Florida, y no tiene presencia ni a través de agencia ni a través de sucursales en otro país. Que por eso la demandante se vinculó a través de un contrato de prestación de servicios, en donde la Compañía le pagaba una remuneración por los servicios que prestaba, y lo que hacía la actora era presentar una cuenta de cobro mensual, y se le hacía transferencia bancaria desde la cuenta de Global Rose, desde Estados Unidos, incluso se le pagaba sus servicios cada 2 meses, acumulando 1 mes de servicio prestado y otro mes de servicio anticipado. Que no se incorporó el contrato de prestación de servicio que hace alusión el demandado por cuanto no se le mandó para firma a la actora, y es un tema de mala gestión que no se hiciera firmar, pero se desarrolló de manera verbal, por más de un año, pero se anexaron las cuentas de cobro y los soportes de pago a la demandante. Que la demandante inició sus labores en julio de 2014 hasta octubre de 2016, sin embargo no recuerda el horario que debía cumplir, pues no era muy estable, depende el cambio de horario en Estados Unidos, y la época. Que se confía en las personas, porque ella hacía teletrabajo, entonces no había un sistema electrónico de revisión de horarios, y solo hay una persona que lidera el departamento del servicio al cliente, que está pendiente de las labores de éstas personas. Que se debía supervisar las labores de la demandante, Pilar Duque, quien tiene un contrato de prestación de servicios, era la encargada de supervisión. Que normalmente, las personas que ingresan a esos departamentos, deben ser capacitadas. Que el demandado fue quien realizó la entrevista de ingreso de la actora, que no recibió llamados de atención. Que le dieron un computador y un teléfono, que funciona desde cualquier lugar del mundo, elementos que son de propiedad de Global Rose. Que la actora no fue afiliada al Sistema de Seguridad Social porque no era trabajadora ni de Global Rose, ni del demandado. Que la actora le informó el accidente cerebro vascular, y como estaba afiliada como independiente al Sistema de Seguridad Social en Salud. Que no recuerda que haya sido él quien le entregó los elementos a la demandante, sin embargo son elementos que los envían desde Estados Unidos computadores y teléfonos americanos, pero no recuerda si fue el mismo demandado quien le entregó personalmente los elementos a la actora. Que respecto de la asignación del horario laboral, le explicó el mismo en representación de Global Rose, dada la diferencia

horaria, igualmente la transmisión de las funciones. Que no tiene conocimiento de la última asignación de la demandante, porque ella recibía sus honorarios en dólares, que la última cuenta de cobro que hay registrada es de USD717 de octubre de 2016. Que las cuentas de cobro normalmente las enviaba por correo electrónico.

Se recibió el testimonio de las señoras **MARIA DEL PILAR DUQUE**, indicó ser la gerente de servicio al cliente de la compañía de Global Rose, que sus funciones son la de contestar llamadas, solucionar los problemas a los clientes a través de las llamadas telefónicas, contestar correos electrónicos, o por medio del chat. Que el departamento de servicio al cliente está compuesto por cinco personas, las cuales estamos vinculadas con un contrato de prestación de servicios que firman con Global Rose. Que conoció a la demandante recién entró a la compañía Global Rose, y fue en dos oportunidades a la casa de la demandante, pues debía verificar como estaba tele trabajando su equipo de trabajo. Que tiene entendido que la demandante se vinculó mediante contrato de prestación de servicio, porque le llevó la copia del contrato en mayo de 2016, a pesar de que la demandante se vinculó en el año 2014. Que la dirección de Global Rose queda en Miami, Florida – Estados Unidos, pero si sucede algo extraordinario, aunque no ha sido frecuente, cita el demandado en su oficina, aunque no ha sido necesario. Que no tiene conocimiento cuanto ganaba la demandante. Que el procedimiento para que le paguen los honorarios, se debe pagar una cuenta de cobro, se pagan cada dos meses, un mes vencido y otro mes adelantado. Que trabaja para una compañía Estadounidense, a pesar que tele trabaja en Colombia. Que desde que ingresó en el año 2016, se reasignaron las funciones. Que la demandante tenía que trabajar las 8 horas, más la hora de almuerzo. Que la señora María del Pilar se encargaba de verificar que las personas que integraban su departamento cumplieran con el horario asignado. Que la actora dejó de trabajar a los pocos meses que ingresó María del Pilar, y que desconoce los motivos por los cuales se retiró. Que le rinde cuentas a los dueños de Global Rose que son Alejandro Dávila y otro señor, a quien se negó a identificar. Que si la gente quería tomar días de vacaciones, se le podían otorgar y son remuneradas, correspondientes a 15 días hábiles.

Se recibió el testimonio del señor **OMAR URQUIJO ORJUELA**, quien manifestó ser administrador de empresa en la Compañía Global Rose, donde se encarga de la

logística de entrega. Que fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios. Que la demandante cumplió funciones de atención al cliente, que no tiene conocimiento si debía cumplir horario. Que la señora Pilar era la que coordinaba a todos en el departamento de atención al cliente.

Así mismo, se recibió el testimonio de la señora **JENNY ACENETH CAMPOS ENRIQUEZ**, quien manifestó que presta sus servicios a Global Rose en temas de ingeniería de sistemas, que no sabe quiénes son los dueños de Global Rose, pero que suscribió un contrato con el señor Lorenzo De La Torre. Que fue contratada mediante un contrato de prestación de servicios. Que conoce a la demandante porque prestaba sus servicios para Global Rose en el departamento de servicio al cliente. Que no sabe quién era el jefe inmediato de la demandante, pero sabe que había una coordinadora de las funciones ejercidas por la actora, pero no sabe si tenía autonomía en el desarrollo de sus funciones, sin que manifestara con ninguna exactitud las preguntas respecto de la demandante que le hizo el Juzgado.

Así mismo, se recibió el testimonio del señor **FREDY FERNANDO BARÓN BARRAGAN**, quien manifestó que conoce a la demandante porque trabajaron juntos en Global Rose, empresa que se dedica vender flores a Estados Unidos y Canadá. Que el deponente era asesor de servicio al cliente, por lo que respondía correos electrónicos, contestar llamadas, y mensajes en el chat. Después hizo elaboración de etiquetas y despachos por FedEx a Estados Unidos y a Canadá. Que su forma de vinculación fue a través de un contrato de prestación de servicios, pero tenía un horario laboral que debía cumplir de lunes a viernes de 8:00 AM a 5:00 PM, que tenía como jefe inmediato al señor Alejandro Dávila, y después a la señora Pilar Duque. Que el jefe inmediato era el señor Alejandro Dávila. Que el demandado fue quien lo vinculó para trabajar en Global Rose, y que tiene entendido que el accionado es uno de los dos socios de la compañía. Que la demandante y el señor Fredy cumplían las mismas funciones, porque todos tenían el mismo esquema de labores asignados: la demandante tenía que conectarse, el señor Fredy afirma que debía ir personalmente a la oficina, aunque había reuniones esporádicas, prender el teléfono, responder llamadas, correos electrónicos, mensajes de chats, estar pendiente de las quejas y reclamos de los clientes. Que no tiene conocimiento de lo que devengaba la demandante. Que eventualmente el

señor Alejandro Dávila citaba reuniones, en su oficina ubicada en la Calle 94 con 11A. Que a la tele trabajadora se les entregaba computador, y diadema para recibir llamadas. Que se les daba un entrenamiento a las personas que ingresabas al departamento de servicio al cliente, que el señor Fredy le dio la inducción a la demandante, al cargo y sus funciones, como responder el teléfono y los correos electrónicos. Que la demandante sufrió un accidente cardiovascular, y aún con ese padecimiento, le tocaba seguir trabajando. Que el control de los horarios se hacía cuando se veía si estaba conectada o debía tener disponibilidad en el horario impuesto, y que la consecuencia de no cumplir con ese horario era un llamado de atención. Que para solicitar un permiso, debía hablar con el demandado. Que el accionado siempre le daba 15 días hábiles de vacaciones, y debía tomarse una vez al año, éste periodo era remunerado.

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

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio, sus extremos y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Así pues, conforme la prueba recaudada dentro del plenario, se logra acreditar la prestación del servicio por parte de la señora MONICA MARCELA CIFUENTES para

el señor ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER, situación que fue confirmada no solamente por el demandado, sino por la totalidad de los testigos traídos a éste juicio, quienes fueron coincidentes en afirmar que la actora prestó sus servicios en el departamento de ventas y servicio al cliente, encargándose de atender llamadas, recibir pedidos de flores, tramitar quejas y reclamos, recibir y contestar correos electrónicos y correspondencia por medio electrónico, entre otras.

En ese orden, una vez acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia la subordinación laboral, salvo que la demandada desvirtúe la misma, con el fin de determinar que las actividades desempeñadas por la actora eran autónomas e independiente, con el fin de configurar un contrato de carácter civil o comercial, situación que no sucedió en el presente asunto.

Ahora bien, en relación al elemento de **subordinación**, el cual aduce la parte demandada que no existió, vale precisar que dicho elemento es el elemento diferenciador entre un contrato de prestación de servicios y un contrato laboral y a pesar de que alega que la demandante se vinculó mediante un contrato de prestación de servicio, tal situación no desvirtúa el posible elemento de subordinación que pasa a estudiar esta Sala de decisión.

En ese orden, fue claro el testigo FREDY FERNANDO BARÓN BARRAGAN, quien ejerció las mismas funciones desempeñadas por la demandante, que las personas que prestaran sus servicios en el departamento de ventas y servicio al cliente debían cumplir un horario, y cumplir las funciones que inicialmente fueron impuestas por el jefe directo, el señor ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER, pero que para el año 2014, entró la señora Pilar Duque, quien reorganizó las funciones del departamento de ventas, señaló además, que para solicitar un permiso debía hablar directamente con el demandado, quien era el que autorizaba los mismos. Por otro lado, la señora Pilar Duque informó que podía controlar el cumplimiento del horario de las personas que trabajaran en el departamento de ventas al verificar si estaba conectada, si había respondido correos electrónicos, y a pesar de eso, debía estar disponible dentro del horario de trabajo que se le había asignado a la demandante.

Por otro lado, si bien los señores JENNY ACENETH CAMPOS ENRIQUEZ y OMAR URQUIJO, no aportan gran relevancia en sus manifestaciones, pues no les consta casi nada de las preguntas realizadas, tampoco pudieron contestar que el grupo que desempeñaba en el departamento de ventas y atención al cliente pudieran ejercer sus funciones de manera autónoma, sino que por el contrario, el señor Fredy Barón, quien fue compañero de departamento de la aquí demandante, señaló que efectivamente no se tenía autonomía en dicho cargo, y que debía realizarse conforme el demandado había indicado, esto es, resolver los correos electrónicos y los mensajes por chat de manera inmediata.

De otra parte, vale la pena precisar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista debe desempeñar sus actividades con sus propias herramientas, equipos y medios, sin embargo, elemento que fue desvirtuado por casi todos los testigos, e inclusive el mismo demandado aceptó que se le entregó a la demandante un computador, un teléfono y una diadema para que desarrollara sus funciones en el departamento de ventas y atención al cliente.

No puede perderse de vista, que al haberle preguntado al demandado en el interrogatorio de parte, si la demandante era supervisada en el cumplimiento de sus laborales, respondió "claro, como en cualquier servicio que se presta debe haber supervisión y que para esa época, recuerda que ingresó Pilar Duque, quien tiene el mismo contrato de prestación de servicios, y es la persona encargada de supervisar las labores ejecutadas por las personas en el departamento de servicio al cliente".

Ahora bien, el documento visible a folio 15 del plenario, se enlistan las instrucciones respecto del cumplimiento de las funciones de la demanda, básicamente se relacionan una serie de soluciones a problemas y solicitudes que recurrentes que eventualmente podrían suceder, los cuales encajan respecto de las funciones que a lo largo del proceso se han descrito que estaban a cargo de la demandante.

Igualmente, señalaron los testigos Fredy Barón, así como la señora Pilar Duque que si bien no ocurría con frecuencia, en el evento en que se citara a una reunión por parte del demandado, debía hacerse en la oficina de éste en la calle 94 con 11A, pero que las mismas fueron esporádicas, esto es, cada 3 o 6 meses, finalmente que

le daban a los contratistas vacaciones, y que éstas eran remuneradas, hecho que no es un elemento esencial del contrato de prestación de servicio, sino por el contrario hace que tenga más fuerza la teoría de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes.

Conforme lo anterior, debe concluirse entonces que la relación que ató a las partes estuvo mediada por un contrato de trabajo, pues a pesar de afirmarse que la demandante había suscrito un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, conducen a concluir que las actividades realizadas por la actora no podían realizarse de manera autónoma, y por el contrario, estaba sujeta a una subordinación que la ejercía el señor Alejandro Dávila Mcallister.

Al estar demostrada la prestación personal del servicio por parte de la demandante, no está acreditada la autonomía e independencia al momento desarrollar el objeto contractual, no queda otro camino que dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo en el sentido de determinar que la relación que unió a las partes se dio mediante un contrato de índole laboral.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el argumento expuesto por el recurrente, en el sentido que no es posible que se declare la existencia de una relación laboral con el demandado, como persona natural, sino que por el contrario, fue suscrito con la compañía Global Rose, debe precisarse que el señor Alejandro Dávila Mcallister funge como socio de dicha Compañía, de conformidad con el certificado de existencia y representación que obra en el expediente, advirtiendo que la Compañía Global Rose se constituyó como una sociedad de responsabilidad limitada, que viene operando desde el 21 de octubre de 1999, asignado como identificación federal del empleador y tributario, cuyo estado actualmente es activo, y estableció su dirección principal en Miami, Florida – Estado Unidos; sociedad que se encuentra conformada por dos socios: el señor LORENZO DE LA TORRE y el señor ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER, éste último ostenta la calidad de gerente y representante legal de la sociedad, sin embargo, quedó igualmente acreditado que la sociedad Global Rose no tiene agencia comercial, ni representación, ni sucursal en Colombia, razón por la cual, la Sala comparte la decisión de la Juez de primera

instancia, que en el eventual caso en que se confirme la existencia de una relación laboral entre las partes, el demandado está legitimado en la causa por pasiva, por cuanto fue a la persona a quien directamente le prestó el servicio la demandante, y quien ejerció la subordinación, pues no es posible predicar una relación laboral respecto de una Compañía que no existe, ni tiene representación en Colombia, razón por la cual, deberá declararse como sujeto pasivo de la relación laboral el señor ALEJANDRO DAVILA MCALLISTER, como empleador de la demandante, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la declaratoria de la existencia de la relación laboral, en los términos indicados por el Juez de primera instancia.

Ahora, como quiera que no fue objeto de inconformidad, los extremos laborales, el salario devengado por la demandante y las condenas impuestas por el Juez de primera instancia, la Sala se releva de su estudio, confirmando en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

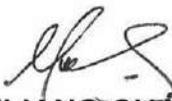
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2021 por el Juzgado 34° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma

equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503420190021401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503420190021401)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503420190021401)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 21-2019-00042-01

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: LUZ MARGOTH CHAPARRO MOLINA
DEMANDADO: ASEOS COLOMBIANOS ASEOCOLBA SA
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de marzo de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 94-95), así como la demandada (fls.97) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora LUZ MARGOTH CHAPARRO MOLINA instauraron demanda ordinaria laboral contra de ASEOS COLOMBIANOS ASEOCOLBA SA – ASEOCOLBA SA,

debidamente sustentada como aparece a folios 3 y 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la existencia de la relación laboral entre ASEOCOLBA SA, en calidad de empleador y LUZ MARGOTH CHAPARRO MOLINA, en calidad de trabajadora, regida por las disposiciones del derecho laboral, pues sobresalen los elementos previstos en los artículos 22 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con lo consagrado por el inciso 2º del Artículo 53 de la Constitución Política.
2. Condenar a ASEOCOLBA SA a pagar a la demandante las cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de enero de 2013 al 29 de agosto de 2013.
3. Condenar a ASEOCOLBA SA a pagar a la demandante los intereses a las cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de enero de 2013 al 29 de agosto de 2013.
4. Condenar a ASEOCOLBA SA a pagar a la demandante las vacaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 12 de octubre de 2011 al 29 de agosto de 2013.
5. Condenar a ASEOCOLBA SA a pagar a la demandante la prima de servicios correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de julio de 2013 al 29 de agosto de 2013.
6. Condenar a ASEOCOLBA SA a pagar a la demandante la prima de servicios correspondientes al periodo comprendido entre el 12 de octubre de 2011 al 29 de agosto de 2013.
7. Condenar a ASEOCOLBA SA a pagar a la demandante los salarios del último mes laborado, es decir del 29 de julio de 2013 al 29 de agosto de 2013.
8. Condenar a ASEOCOLBA SA a pagarle a la demandante la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, por no haberse pagado a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones sociales al trabajador, por tanto la anterior condena debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.
9. Costas procesales.

ASEOCOLBA SA contestó la demanda (fls. 47 a 76), de acuerdo al auto visible a folio 77. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 9 de marzo de 2020, **DECLARÓ** que entre la señora **LUZ MARGOTH CHAPARRO MOLINA** y la sociedad **ASEOS COLOMBIANOS ASEOCOLBA SA**, existió un contrato de trabajo desde el 12 de octubre de 2011 hasta el 29 de agosto de 2013. **Declaró PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de **PRESCRIPCIÓN** y **NO PROBADA** la de **PAGO**. **CONDENÓ** a la sociedad **ASEOS COLOMBIANOS ASEOCOLBA SA** a pagar a la señora **LUZ MARGOTH CHAPARRO MOLINA**, las siguientes sumas y conceptos:

1. \$438.166,67 por concepto de cesantías.
2. \$22.999,78 por concepto de intereses a las cesantías.
3. \$317.675 por concepto de prima de servicios.
4. \$177.833,33 por compensación de vacaciones.
5. La indemnización moratoria correspondiente a un día de salario (\$19.650) por cada día de retardo, a partir del 30 de agosto de 2013 y hasta que se efectúe el pago; suma que al 29 de febrero de 2020 ascendía a la suma de \$46.000.650.

ABSOLVIÓ a **ASEOS COLOMBIANOS ASEOCOLBA SA** de las demás pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS** a cargo de **ASEOS COLOMBIANOS ASEOCOLBA SA**, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** apeló el fallo de primera instancia:

1. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA:** Señala que si bien se tiene por acreditado que **ASEOCOLBA SA** no fue diligente en el pago oportuno de las

prestaciones sociales, y pretendió consignar a órdenes de la actora en el Banco Agrario a través de los Juzgados Laborales, como lo establece la norma, lo cierto es que la demandante no radicó la presente demanda de manera oportuna, sino casi para vencerse el término prescriptivo, y en ese sentido, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que cuando un trabajador espera un término bastante prolongado para presentar su reclamación, se le sanciona, pues no sería un día de salario por cada día de retardo, sino que la sanción sería por los intereses establecidos por la Superintendencia Financiera, máxime si se tiene en cuenta que la actora devengaba un promedio de más de 1 SMLMV, de acuerdo a lo que se observa de la liquidación final de prestaciones sociales, pues la demandante devengaba horas extras y recargos.

Con miras a la definición de los recursos de apelación interpuestos, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

Previo a determinar la controversia del presente asunto, vale la pena aclarar que si bien el apoderado de la demandada en su recurso de apelación señala que apela respecto de los artículos tres y cinco, tan solo sustenta respecto de la sanción moratoria, es decir, no argumenta nada respecto del otro ítem que aduce va a apelar, en consecuencia:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente el pago de la indemnización moratoria de que trata el Artículo 65 del CST o los intereses establecido por la Superintendencia Financiera, teniendo en cuenta que la actora devengaba un promedio superior al SMLMV.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que la señora LUZ MARGOTH CHAPARRO MOLINA suscribió un contrato de obra o labor contratada, ocupando el cargo de ASEADOR desde el **12 de octubre de 2011 al 29 de agosto de 2013**, conforme certificación obrante a folio 14 del plenario.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA ART. 65 CST:

El Juez de instancia condenó al pago de la indemnización moratoria correspondiente a un día de salario (\$19.650) por cada día de retardo, a partir del 30 de agosto de 2013 y hasta que se efectúe el pago; suma que al 29 de febrero de 2020 ascendía a la suma de \$46.000.650.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación respecto de la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como quiera que si bien se tiene por acreditado que ASEOCOLBA SA no fue diligente en el pago oportuno de las prestaciones sociales, y pretendió consignar a órdenes de la actora en el Banco Agrario a través de los Juzgados Laborales, como lo establece la norma, lo cierto es que la demandante no radicó la presente demanda de manera oportuna, sino casi para vencerse el término prescriptivo, y en ese sentido, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado que cuando un trabajador espera un término bastante prolongado para presentar su reclamación, se le sanciona, pues no sería un día de salario por cada día de retardo, sino que la sanción sería por los intereses establecidos por la Superintendencia Financiera, máxime si se tiene en cuenta que la actora devengaba un promedio de más de 1 SMLMV, de acuerdo a lo que se observa de la liquidación final de prestaciones sociales, pues la demandante devengaba horas extras y recargos.

En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas al término de la relación laboral salvo en los casos

autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012), lo que quiere decir que la sanción prevista en el artículo 65 del CST, procede si el empleador demandado no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En esa dirección, debe examinarse el comportamiento asumido por el empleador incumplido, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente, *“en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables”* (CSJ SL12547-2017).

Así las cosas, sea lo primero señalar que a folio 72 y 73 del plenario reposa depósito judicial a órdenes de la oficina de reparto de los Juzgados Laborales de Bogotá, con carta proveniente de la accionada en la ciudad de Barranquilla de fecha del 10 de octubre de 2013, por valor de \$1.122.504.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia mediante radicado No. 31156 del 26 de agosto del 2009 donde indicó que la consignación de un título judicial a favor del trabajador no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el Art. 65 del CST por la simple constitución de un título judicial, al respecto dijo la alta Corporación:

“(..) El simple hecho de la consignación no es factor que libere al empleador de la sanción moratoria pues de todas maneras la suma consignada sigue revestida de las mismas características enunciadas y por ello el trabajador debe tener plena posibilidad de recibir su importe y **para esto último es el empleador el que debe hacer todas y cada una de las diligencias requeridas para que el trabajador ACCEDA a la suma consignada pues si se condiciona su entrega o la limita o no hace lo que corresponde a su órbita no puede hablarse de**

un pago por consignación con efectos liberatorios, en efecto si la consignación debe realizarse ante una identidad Bancaria pero a órdenes del juez del trabajo es natural que la persona consignante lleve ante esa autoridad judicial el correspondiente título de depósito para que de esta manera pueda considerarse totalmente valido y su importe llegue finalmente a su destinatario o beneficiario (...)"

Así pues, para que el pago por consignación efectuado por el deudor produzca efectos plenos y liberatorios es indispensable poner a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden expresa y escrita ante el juez a quien le correspondió dicho pago, autorizando igualmente el cobro de la suma consignada al acreedor, obligación que se encuentra en cabeza del ex empleador pues no basta con consignar y desentenderse del tema, dejando en cabeza del Juzgado la notificación al actor de la existencia del título judicial.

En ese orden, a juicio de ésta Sala, no puede entenderse que la consignación judicial produjo efecto liberatorio frente a la trabajadora, cuando no existe prueba de que la empresa cumpliera con la obligación de notificarle a la actora acerca de la existencia del título judicial que se encontraba a su disposición, ni obra acta de reparto del Juzgado que tuvo conocimiento de éste depósito Judicial.

Bajo los anteriores supuestos, y contrario a lo afirmado por el recurrente, para la Sala se encuentra acreditada la mala fe por parte de la empresa demandada, más aun conforme la documental obrante a folio 18 del plenario, mediante el cual se cita a la sociedad demandada solicitando o reclamando la liquidación de prestaciones sociales, la cual data del 2 de febrero de 2016, esto es, con posterioridad a la consignación del depósito judicial, lo que finalmente confirma su ausencia de buena fe al no haberse presentado si quiera la audiencia de conciliación que se celebró ante el Ministerio del Trabajo para solucionar la presente controversia (contestación del hecho 5 de la demanda inicial folios 2 y 47 del expediente), trayendo a colación los planteamientos de la Sentencia con Radicado 28090

Ahora bien, en lo que respecta al argumento expuesto por el recurrente, esto es, que la demandante devengaba un salario superior al salario mínimo legal mensual para la época, lo cierto es que de conformidad con el contrato de trabajo visible a folios 15 y 16 del expediente, se acordó que la ex trabajadora devengaría un salario mínimo legal equivalente a la suma de \$535.600, sin que por tanto se haya

acreditado dentro del plenario las sumas que devengaba de manera adicional a efectos de considerar que su salario era variable, por lo que se despacha su súplica, y en su lugar se tiene que la demandante devengaba un SMLMV para cada anualidad.

En lo que tiene que ver con la oportunidad en que la demandante radicó la presente demanda, vale la pena traer a colación el artículo 65 del CST que establece:

ARTICULO 65. INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO.

<Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Ahora bien, es un hecho no discutido que la relación laboral de la demandante terminó el 29 de agosto de 2013, de tal suerte que, para ese momento ya se encontraba rigiendo el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que introdujo una modificación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Según aquella norma, luego de que fuera parcialmente declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-781 del 30 de septiembre de 2003, que retiró del ordenamiento jurídico las expresiones “o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial”, la indemnización por falta de pago, en lo que aquí interesa, quedó regulada de la siguiente manera:

“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, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique”.

La anterior disposición, según el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que no se presenta respecto de la actora, de

modo que se despacha igualmente de manera desfavorable la súplica del recurrente, trayendo a colación la Sentencia con rad. 36577 del 6 de mayo de 2010.

Así las cosas, la Sala despachará desfavorablemente los argumentos expuestos por el recurrente, para en su lugar, **CONFIRMAR** el numeral 5 del numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020 por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

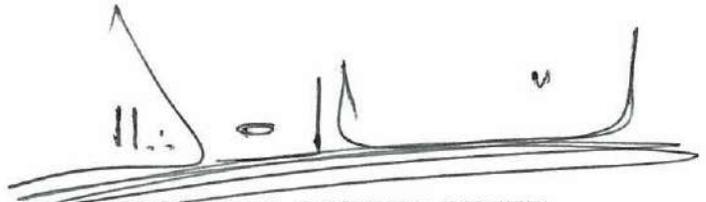
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502120190004201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502120190004201)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502120190004201)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 30-2019-00361-01

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JEIMMY LORENA RIVEROS CAMARGO
DEMANDADO: NATALIA VALDERRAMA GONZALEZ
GESTION SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA SAS
(Solidariamente)
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 203-204), presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora JEIMMY LORENA RIVEROS CAMARGO instauró demanda ordinaria laboral contra de NATALIA VALDERRAMA y solidariamente en contra de GESTIÓN

SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA SAS, debidamente sustentada como aparece a folios 35 y 36 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que existió un contrato a término indefinido entre NATALIA VALDERRAMA, como empleadora y JEIMMY LORENA RIVEROS CAMARGO, como trabajadora.
2. Declarar que la GESTIÓN SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA SAS, es solidariamente responsable de las sumas adeudadas a la demandante.
3. Declarar que la relación laboral tuvo sus extremos entre el 5 de abril y el 30 de mayo de 2017.
4. Que la relación laboral se terminó sin justa causa por parte del empleador.
5. Declarar que el salario real pactado fue de \$2.000.000.
6. Declarar que el valor de las comisiones hace parte integral del salario.
7. Condenar a los demandados a cancelar a la demandada las siguientes sumas:
 - La suma de \$2.000.000 por concepto de comisiones y salarios dejados de pagar.
 - El valor equivalente a las Cesantías por todo el tiempo laborado.
 - El valor equivalente a los intereses a las cesantías por todo el tiempo laborado.
 - Al pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales, a razón de un día de salario por cada día de mora, desde cuando se hizo exigible hasta cuando el pago se realice de manera correcta teniendo en cuenta el salario real.
 - Al pago de la indemnización por despido injusto.
 - Al pago de los aportes a la seguridad social.
 - A la indexación sobre las sumas que legalmente sea viable hacerlo.
8. Costas procesales.

NATALIA VALDERRAMA GONZALEZ, contestó la demanda (fls. 59 a 74 y 149 a 167), de acuerdo al auto visible a folio 180. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

GESTIÓN SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA SAS contestó la demanda a través de *Curador Ad Litem* (fls. 193 a 194), de acuerdo al auto visible a folio 196. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 30° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de febrero de 2021, **DECLARÓ** que entre la demandada como empleadora NATALIA VALDERRAMA GONZALEZ y la señora JEIMMY LORENA RIVEROS CAMARGO, como trabajadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad del 6 de abril al 25 de mayo de 2017 y terminado unilateralmente por la misma trabajadora. **DECLARÓ** probada la excepción denominada terminación del contrato por renuncia de la trabajadora y no probadas las demás. **CONDENÓ** a la demandada NATALIA VALDERRAMA GONZALEZ a reconocer y pagar a la señora JEIMMY LORENA RIVEROS CAMARGO, las siguientes cantidades y conceptos:

- a. \$13.888 por cesantías.
- b. \$231 por intereses a las cesantías.
- c. \$13.888 por prima de servicios.
- d. \$6.944 por compensación en dinero de las vacaciones.
- e. \$8.852.605 por sanción moratoria causada del 26 de mayo de 2017 a 25 de mayo de 2019 y a partir del 26 de mayo de 2019 a pagar los intereses moratorios asignados a los créditos de libre asignación a la tasa máxima asignada por la Superintendencia Financiera Art. 65 del CST.
- f. A pagar los aportes adicionales, al Sistema de Seguridad Social en pensiones desde el 6 de abril del 25 de mayo de 2017, teniendo en cuenta el IBL de \$100.000 por todo este lapso mas los intereses de mora que establezca COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS.

ABSOLVIÓ a la demandada NATALY VALDERRAMA GONZALEZ de las demás pretensiones incoadas en su contra y a la sociedad GESTIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA SAS de la solidaridad deprecada en la demanda. **COSTAS** a cargo de la parte demandada. **ASIGNÓ** como gastos definitivos de curaduría la

cantidad de \$250.000 a cargo de la parte y a favor de la *Curadora Ad Litem*, pero se deberá incluir en la liquidación de costas una vez se acredite su pago.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

SALARIO BASE Y COMISIONES: Señala que el Juzgado condenó a las prestaciones sociales, teniendo en cuenta un concepto de \$100.000 de comisiones como factor salarial, sin embargo no se tuvo en cuenta que dentro del expediente obra una consignación del 24 de julio de 2019 por la suma de \$100.000 (fl. 107), suma que resulta ser muy superior a la condenada, a fin de cubrir el valor de las prestaciones sociales, dando por aceptado que este valor de comisiones constituyera salario a pesar de que se discutió, sin embargo, el Juzgado no hizo referencia respecto de dicha documental del 24 de julio de 2019.

MALA FE DEMANDADA: Señala que no es posible como se presume en el presente asunto la mala fe de la demandada, y no la buena fe como constitucionalmente debe hacerse, y es que en el presente caso no se acreditó la mala fe por parte de la demandada, y en ese sentido debe presumirse la buena fe, pues si bien el contrato inicialmente se denominó 'contrato de prestación de servicios', la demandada siempre le dio un trato de trabajador, la liquidó, le pagó prestaciones sociales, la afilió a seguridad social, simplemente fue un error de contratación, pero siempre aceptó el contrato que las vinculó desde la contestación de la demanda, nunca se negó la existencia del contrato de trabajo, y por lo tanto, siempre se ha actuado de buena fe, y si bien se liquidó inicialmente a la demandante a la finalización del contrato laboral, lo cierto es que al revisar la liquidación se encontró un error en la prima de servicios, dejando ese pago como adicional, y al momento de conocer la demanda interpuesta en contra de Natalia Valderrama, se le puso de presente que se podía dialogar el tema de las comisiones, y la misma demandada dijo que dicho concepto no era negociable, pues debía ser reconocido a la actora, y concluyó en que debía

cancelársele a la demandante las prestaciones sociales, incluyendo las comisiones como factor salarial, resaltando que se le pagaron la totalidad de prestaciones sociales, teniendo en cuenta la comisión recibida por la actora.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si hay lugar a re-liquidar las prestaciones sociales reconocidas a la señora JEIMMY LORENA RIVEROS CAMARGO incluyendo la suma de comisiones devengadas por la demandante. **2.** Indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No fue objeto de controversia dentro del presente asunto que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad del 6 de abril de 2017 al 25 de mayo de 2017, siendo terminado unilateralmente por la misma demandante.

SALARIO DEVENGADO POR LA DEMANDANTE – COMISIONES:

Pues bien, el apoderado de la parte demandada solicita que no se re-liquide el valor de las prestaciones sociales, como quiera que al momento de liquidarle las acreencias laborales a la demandante le fue reconocido el valor de \$100.000 pesos por concepto de comisiones, por lo que la suma reconocida se encuentra ajustada a derecho.

Al respecto, el artículo 127 del CST dispone:

ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Así pues, al revisar los comprobantes de nómina a favor de la señora JEIMMY LORENA RIVEROS CAMARGO se observa lo siguiente:

Para la primera quincena del mes de abril de 2017, se le informa que tiene un sueldo básico de \$369.000, y un valor cancelado por 40 horas ordinarias \$184.500, por auxilio de transporte \$27.713, por 4 horas dominicales no compensadas \$20.125, y un valor de \$25.000 por concepto de Auxilio de movilización diario, arrojando un subtotal de \$257.338, menos deducciones por concepto de Seguridad Social de \$16.370 arroja un valor neto a pagar la suma de \$240.968 (fl. 83).

Para la segunda quincena del mes de abril de 2017, se le informa que tiene un sueldo básico de \$369.000, y un valor cancelado por 60 horas ordinarias \$184.500, por **comisiones (1) la suma de \$50.000**, auxilio de transporte \$41.570, por 14 horas dominicales no compensadas \$70.438, y un valor de \$37.500 por concepto de Auxilio de movilización diario y 6 horas de recargo nocturno \$6.458, arrojando un subtotal de \$390.465, menos deducciones por concepto de Seguridad Social de \$24.395 arroja un valor neto a pagar la suma de \$366.070 (fl. 84).

Para la primera quincena del mes de mayo de 2017, se le informa a la actora que tiene un sueldo básico de \$369.000, y un valor cancelado por 60 horas ordinarias \$184.500, por auxilio de transporte \$41.570 y un valor de \$37.500 por concepto de Auxilio de movilización diario, arrojando un subtotal de \$263.570, menos deducciones por concepto de Seguridad Social de \$14.760 arroja un valor neto a pagar la suma de \$248.810 (fl. 85).

Finalmente, para la segunda quincena para el mes de mayo de 2017, se le informa a la demandante que tiene un sueldo básico de \$369.000, y un valor cancelado por 40 horas ordinarias \$123.009, por **comisiones (1) la suma de \$50.000**, por auxilio

de transporte \$41.570, por 4 horas dominicales no compensadas \$20.125, y un valor de \$37.500 por concepto de Auxilio de movilización diario, arrojando un subtotal de \$272.195, menos deducciones por concepto de Seguridad Social de \$15.450, arroja un valor neto a pagar la suma de \$256.745 (fl. 86).

Ahora bien, conforme la documental visible a folio 87 del plenario, se observa que le pagaron a la demandante un total de \$82.000 por concepto de liquidación final de prestaciones sociales por el periodo comprendido entre el 6 de abril de 2017 al 25 de mayo de 2017, tomando como base la suma de \$369.000 por salario y \$83.140 por concepto de auxilio de transporte, reconociéndole la suma de \$51.250 por concepto de cesantías, la suma de \$5.125 por concepto de intereses a las cesantías y la suma de \$25.625 por concepto de vacaciones, para el total de \$82.000 (fl. 87), junto con el soporte de pago visible a folio 88 del plenario.

Posteriormente, le fue re-liquidada las prestaciones sociales, teniendo como salario base la suma de \$410.429, liquidando con fundamento en 50 días trabajados, incluyendo para el efecto la prima de servicios, arrojando la suma a reconocer de \$140.573, que descontando la suma previamente cancelada a la demandante \$82.000, y sumándole el valor de \$8.681 por concepto de intereses de usura 6 meses, arroja un total neto a cancelar de \$67.253 (fls. 89 y 90), junto con el soporte de pago visible a folio 92.

Conforme lo anterior, se tiene que ni en la primera liquidación reconocida a la demandante, ni en la segunda en la que le re-liquidó la prestaciones sociales la demandada le incluyó el valor de comisiones reconocidas a la demandante, y en consecuencia si bien la demandante tenía un salario básico mensual de \$369.000, y un auxilio de transporte por valor de \$83.140, también lo es que la demandante devengó en dos quincenas, en cada una de ellas la suma de \$50.000 por concepto de comisiones, las cuales en los términos del artículo 127 del CST no pueden ser desconocidas y en consecuencia deberán ser incluidos en el salario devengado por la demandante para la liquidación final de prestaciones sociales, máxime si se tiene en cuenta que no se pacto cláusula de desalarización, por lo tanto, la Sala arriba a la conclusión que las comisiones devengadas por la señora Jeimmy Lorena Riveros constituyen salario y deberán ser tenidas en cuenta en incluidas en la base salarial para la liquidación final de prestaciones sociales conforme lo indicó el Juez de

instancia, pues si bien a folio 107 del expediente reposa un soporte de pago a favor de la demandante por valor de \$100.000 de fecha 24 de julio de 2019, el mismo no da cuenta el concepto por el cual se le consignó dicho valor a la demandante para determinar por que le fue cancelado a la actora, máxime cuando las dos comisiones por valor de \$50.000 cada una de ellas, le fueron debidamente canceladas en las dos quincenas indicadas anteriormente, conforme se observa a folios 84 y 86 del expediente, por lo que se despacha desfavorablemente las súplicas incoadas por el recurrente.

No siendo objeto de inconformidad los valores condenados por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio y vacaciones, la Sala se releva de su estudio, no quedando otro camino que confirmarlos.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA ART- 65 CST:

Respecto al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, el Juez de instancia condenó a la demandada al pago de \$8.852.605 por sanción moratoria causada del 26 de mayo de 2017 a 25 de mayo de 2019 y a partir del 26 de mayo de 2019 a pagar los intereses moratorios asignados a los créditos de libre asignación a la tasa máxima asignada por la Superintendencia Financiera Art. 65 del CST.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la anterior condena teniendo en cuenta no es posible presumir de entrada la mala fe de la demandada, y no la buena fe como constitucionalmente debe hacerse, y es que en el presente caso no se acreditó la mala fe por parte de la demandada, y en ese sentido debe presumirse la buena fe, pues si bien el contrato inicialmente se denominó 'contrato de prestación de servicios', la demandada siempre le dio un trato de trabajador a la demandante, incluso la liquidó y re-liquidó cuando se advirtió del error, le pagó prestaciones sociales, la afilió a seguridad social, simplemente fue un error de contratación, pero siempre aceptó el contrato que las vinculó desde la contestación de la demanda, nunca se negó la existencia del contrato de trabajo, y por lo tanto, siempre se ha actuado de buena fe, y si bien se liquidó inicialmente a la demandante a la finalización del contrato laboral, lo cierto es que al revisar la liquidación se encontró

un error en la prima de servicios, dejando ese pago como adicional, y al momento de conocer la demanda interpuesta en contra de Natalia Valderrama, se le puso de presente que se podía dialogar el tema de las comisiones, y la misma demandada dijo que dicho concepto no era negociable, pues debía ser reconocido a la actora, y concluyó en que debía cancelársele a la demandante las prestaciones sociales, incluyendo las comisiones como factor salarial, resaltando que se le pagaron la totalidad de prestaciones sociales, teniendo en cuenta la comisión recibida por la actora.

En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización.

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012), lo que quiere decir que la sanción prevista en el artículo 65 del CST, procede si el empleador demandado no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En esa dirección, debe examinarse el comportamiento asumido por el empleador incumplido, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente, *“en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables”* (CSJ SL12547-2017).

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»*.

En ese orden, al analizar la conducta de la demandada, y contrario a lo afirmado por el recurrente, se evidencia actos de mala fe por parte de la señora NATAIA VALDERRAMA por cuanto en primer lugar las condiciones de la contratación a la actora, pues si bien el apoderado de la demandada aduce que fue dado a un error de digitación, pues incluyen datos o información de personas jurídicas que no corresponden a la realidad, aunado al hecho que se informa que se va a suscribir un contrato de trabajo, pero los términos en los que va incluido el documento hace alusión a un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que no se subsanó dicho error con posterioridad; en segundo lugar, si bien se reconoce que la demandada canceló la liquidación final de prestaciones sociales a la culminación del vínculo laboral, y al percatarse que omitió incluir la prima de servicio, decidió re-liquidar la liquidación final a efectos de incluirla, lo cierto es que no tiene en cuenta en dicha liquidación la comisión que devengaba la actora y que constituía factor salarial, negando dicho concepto a pesar que tampoco había cláusula de desalarización, configurándose la mala fe por parte de la accionada, razón por la cual el hecho que haya cancelado la liquidación final de prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral no exonera de la indemnización moratoria a cargo del empleador que actuó de mala fe.

El anterior actuar generó un perjuicio para la actora, al omitir, sin razón válida, el pago de las comisiones en la prestaciones causadas y debidas al momento de la terminación de la relación laboral.

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala despacha desfavorablemente las súplicas incoadas por el recurrente, para en su lugar **confirmar** la condena por concepto de indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST por acreditarse la mala fe de la demandada.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio

(1/2) SMLMV y a favor de la parte demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021 por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503020190036101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503020190036101)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503020190036101)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 22-2019-00601-01

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
MUNICIPIO DE RÁQUIRA
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (COLPENSIONES) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 120), así como Colpensiones (fls. 114 a 118) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 15 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ instauro demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y MUNICIPIO DE RÁQUIRA, debidamente sustentada como aparece a folios 35 y 36 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que el señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ, para el otorgamiento de su pensión de vejez, se encuentra amparado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por medio del párrafo del artículo 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, pues para el 1º de abril de 1993 contaba con más de 40 años de edad y para antes del 3 de diciembre de 2000, fecha en que cumplía la edad mínima para acceder a su pensión, contaba con más de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida para el otorgamiento de la pensión; siéndole aplicable a la normatividad consagrada en el Decreto 758 de 1990 o lo que resultare más favorable.
2. Declarar que Colpensiones, reconocerá y pagará de manera indexada la pensión de vejez a favor del señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ desde el 3 de diciembre de 2000, fecha en que cumplió 60 años de edad y tenía más de 500 semanas válidas de cotización para las contingencias del IVM.
3. Ordenar a Colpensiones, liquidar la prestación pensional, desde el día en que se hizo exigible, tomando como IBL los dos últimos años de cotización hasta la última semana como lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y en virtud del principio de la condición más favorable.
4. Ordenar a Colpensiones, a condenar los intereses moratorios de conformidad con el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha de pago.
5. Costas procesales.

El **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** contestó la demanda (fls. 71 a 74), así como el **MUNICIPIO DE RÁQUIRA - BOYACÁ** (fls. 82 a 85) y **COLPENSIONES** (fls. 94 a 101), de acuerdo al auto visible a folio 107. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 22º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de noviembre de 2020, **DECLARÓ** que el señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 3 de diciembre de 2000, en cuantía de \$260.100 pensión que será reconocida en 14 mensualidades al año, junto con los respectivos reajustes y/o

incrementos legales anuales. **DECLARÓ PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de agosto de 2016, es decir, que el reconocimiento efectivo se hará a partir del 27 de agosto de 2016. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar al señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ a pagar el retroactivo a partir del 27 de agosto de 2016, junto con las mesadas que se sigan causando, valor que deberá ser indexado al momento de su pago. **AUTORIZÓ** a la demandada a descontar el valor correspondiente por concepto de aportes para salud. **ABSOLVIÓ** a Colpensiones de las demás pretensiones perseguidas en esta acción ordinaria. **COSTAS** a cargo de Colpensiones, incluyendo como agencias en derecho 1 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (**COLPENSIONES**) apeló el fallo de primera instancia:

- 1. RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE VEJEZ:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, se absuelva a la demandada Colpensiones, teniendo en cuenta que el demandante cuenta con 4349 días laborales, correspondientes a 621 semanas, de los cuales 3452 días laborados correspondientes a 493 semanas son cotizados al FONDO PENSIONAL TERRITORIAL DE BOYACÁ, de los cuales 610 días laborados correspondientes a 87 semanas son cotizadas al MUNICIPIO DE RÁQUIRA, de los cuales 287 días laborados correspondientes a 41 semanas son cotizadas a COLPENSIONES. Que el demandante nació el 3 de diciembre de 1940, y actualmente cuenta con más de 75 años de edad. Así mismo, que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece el régimen de transición y si bien el asegurado cumple con la edad requerida para acceder a la pensión de vejez, no acredita 500 semanas cotizadas únicamente al ISS hoy Colpensiones dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, desde el 3 de diciembre de 1980 hasta el 3 de diciembre de 2000, toda vez que para éste periodo solo cuenta con 41 semanas aproximadamente, ni acredita 1000 semanas en cualquier tiempo, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez en virtud del Decreto 758 de 1990.

Igualmente, solicita que no se tenga en cuenta los tiempos prestados al servicio público, no cotizados a Colpensiones, toda vez que el Decreto 758 de 1990, trayendo a colación la sentencia del 7 de octubre de 2015, en la que adoctrinó el máximo Tribunal que para los beneficiarios del régimen de transición, y aplicación del régimen anterior, específicamente el Acuerdo 049 de 1990, el número de semanas deben ser las efectivamente cotizadas al ISS, pues dicho acuerdo no permite la acumulación del tiempo de servicio al sector público como al sector privado, como acontece con la Ley 100 de 1993, o en el caso de que sea beneficiario del régimen de transición la Ley 71 de 1988.

2. RETROACTIVO PENSIONAL: Solicita se revoque la condena impuesta por concepto de retroactivo pensional, pues afirma que Colpensiones no debe suma alguna, conforme las consideraciones expuestas.

3. COSTAS: Solicita revoque la condena impuesta por concepto de costas y agencias en derecho, en la suma equivalente a 1 SMLMV, toda vez que Colpensiones ha actuado conforme a Derecho y bajo el principio de buena fe.

No obstante la interposición del recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala avocará también su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si procede el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ bajo el régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, incluyendo el tiempo cotizado a Colpensiones, así como el tiempo prestado al servicio público, **2.** Retroactivo Pensional y **3.** Costas Procesales.

Análisis del reconocimiento del derecho prestacional al demandante:

El Art. 36 de la Ley 100 de 1993 establece que para acceder al régimen de transición (evento en el cual podría pensionarse con la normatividad anterior), el afiliado deberá acreditar al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones 35 o más años

de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados.

Una vez verificado los documentos allegados con la demanda se acredita que el actor contaba con 54 años de edad, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es el -1° de abril de 1994-, situación que se colige con la fecha de nacimiento que data del 3 de diciembre de 1940, la cual se desprende de la copia de cedula de ciudadanía visible a folio 2, cumpliendo de esta manera con uno de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la normatividad en comento, para ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora bien, debe destacarse que en el presente caso no se dará aplicación al párrafo transitorio 4° del acto legislativo 01 de 2005¹ como quiera que la demandante solicita el reconocimiento pensional en el año 2000, esto quiere decir que, la actora cumplió los requisitos para el reconocimiento prestacional, esto es, edad y tiempo, antes del 31 de julio de 2010, límite establecido al acto legislativo 01 de 2005, por lo que no es necesario acreditar las 750 semanas a la entrada en vigencia de dicho acto legislativo, como lo predicó el Juez de primera instancia.

Corolario de lo anterior, el señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ *conserva el régimen de transición*, razón por la cual las condiciones y requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez se rige por lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, que prescribe que tendrán derecho a esta prestación los hombres que acrediten 60 años de edad y un mínimo de 500 semanas en 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Que el señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ nació el 3 de diciembre de 1940, de lo que se concluye que arribó a 60 años de edad el mismo día y mes del año 2000, conforme copia de cédula de ciudadanía visible a folio 2 del expediente, cumpliendo con la edad requerida por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Pues bien, es importante traer a colación la Resolución No VPB 5355 del 3 de febrero de 2016 (fls. 24 a 27), por medio de la cual negó el reconocimiento de la pensión de vejez la demandante, bajo el argumento que no acreditaba los requisitos mínimos de semanas de cotizaciones y edad.

¹ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Frente al cómputo de la totalidad de tiempo que debe acreditar el asegurado para acceder a la prestación, vale la pena traer a colación la sentencia SL766 de 2021, mediante la cual la H. Corte Suprema de Justicia cambió el criterio jurisprudencial y admitió que a la luz del Acuerdo 049 de 1990 resulta procedente la sumatoria de tiempos de servicio tanto del sector público como del privado, cotizados o no al Instituto de Seguros Sociales en sentencia SL1947 de 2020, reiterada en SL1981 de 2020, al respecto adoctrinó:

Ahora, si bien es cierto, acorde con el criterio jurisprudencial en cita, es posible acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó el accionante a CAJANAL, no solo para el reconocimiento de la prestación en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, sino también para su reliquidación, conforme lo indicó esta Corte en sentencia CSJ SL2557-2020, el juzgador de segunda instancia no incurrió en el yerro que se le endilga, pues no solo aplicó la jurisprudencia vigente al momento de proferir su decisión que no lo permitía, sino que a pesar de ello, estudió su procedencia acogiendo el que es hoy el criterio vigente de esta Corporación y el objeto del recurso extraordinario, cuando explicó:

No obstante lo anterior, si en gracia de discusión se aceptará la tesis planteada por la apoderada judicial de la parte demandante en el recurso interpuesto y se tuviera en cuenta las cotizaciones que en forma simultánea cotizó el señor Jaime Castro en el sector público para calcular el ingreso base de liquidación de la pensión que reconoció el Instituto de los Seguros Sociales bajo el Acuerdo 049 de 1990, se llegaría a la misma conclusión, que no le asiste razón en la reliquidación pretendida, ya que tomando los salarios de cotización efectuados en el sector privado que obran el reporte detallado (f.º 132-133) expedido por Colpensiones, más las cotizaciones que en forma simultánea efectuó el demandante en el sector público según certificación de salarios mes a mes y que obra a folios 30-38 y efectuada la liquidación sobre los salarios que el actor cotizó durante toda su vida laboral e indexados anualmente con base en la variación del índice de precios del consumidor, como lo indica el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, arroja un ingreso base de liquidación de \$3.439.794,7, que resulta ser inferior al que tomó la entidad demandada en la Resolución n.º 104054 del 12 agosto de 2010 para calcularle el derecho pensional que ascendió a \$3.460.111 (f.º 5) por lo que el monto de la pensión calculada sobre una tasa de reemplazo del 90% reflejaría una suma menor a la reconocida en la mencionada resolución, liquidación que se incorpora a la presente sentencia para que haga parte integral de la misma.

Teniendo en cuenta la reciente jurisprudencia proferida por nuestro máximo órgano de cierre, se procederá a analizar lo que tiene que ver con el IBL de la pensión conforme lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que dispone:

“ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales **ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia,** actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.”

En el presente caso, conforme se desprende de las resoluciones reconocedoras de la prestación, se observa que el señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ acredita los siguientes tiempos:

ENTIDAD	FECHA INGRESO	FECHA RETIRO	SEMANAS
DEPTO BOYACÁ	6-Feb-80	19-Jul-89	493
ISS	3-Dic-92	15-Sept-93	41
MPIO RÁQUIRA	1-May-96	31-Dic-96	35
MPIO RÁQUIRA	1-Ene-97	31-Dic-97	52
TOTAL			621

Así pues, se tiene que el demandante acreditó un total de **621** semanas, de las cuales **578** corresponden a los últimos 20 años con anterioridad al cumplimiento de la edad, esto es, desde el 3 de diciembre de 1980 al 3 de diciembre de 2000, conforme copia de cédula de ciudadanía visible a folio 2 del plenario, cumpliendo de esta manera la totalidad de requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Así pues, la Sala procedió a establecer el valor de la mesada, con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión, calculando el IBL con el promedio los **ÚLTIMOS DIEZ AÑOS**, conforme lo dispone el Art. 21 de la Ley 100 de 1993, obteniendo un IBL \$302.239,59 correspondiente a las cotizaciones de lo promediado en los últimos 10 años, que al aplicar el 51% de tasa de reemplazo, conforme el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, actualizado al año 2000, arroja una mesada inicial de \$154.193,19, no obstante por no ser procedente reconocer una mesada pensional inferior al salario mínimo legal mensual vigente para la anualidad, el mismo se ajustará a la suma de **\$260.100**. Para el año 2000, conforme lo indicó el Juez de primera instancia, **CONFIRMANDO** de ésta manera el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

Debe resaltarse que esta liquidación incorporó la actualización de cada uno de los salarios cotizados por el demandante conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, y tal como lo ordena el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, así como la totalidad de factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Previo a resolver lo referente al retroactivo pensional, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales.

Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes contados desde el **3 de diciembre de 2000**, fecha en que causó el derecho pensional, o en ese mismo término haber instaurado la acción jurisdiccional tendiente al reclamo del reconocimiento de la pensión de vejez, límite que en todo caso dejó vencer la parte actora como quiera que solicitó el reconocimiento de pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, objeto de la presente Litis, el **23 de febrero de 2015**, solicitud que le fue negada mediante Resolución VPB 5355 del 3 de febrero de 2016 (fls. 24 a 27), y sometió a reparto la presente demanda el día **27 de agosto de 2019**, conforme el acta de reparto visible a folio 52 del expediente físico, lo que acarrea como consecuencia la configuración del fenómeno prescriptivo sobre las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **27 de agosto de 2016**, esto es, 3 años atrás a la presentación de la demanda conforme lo estableció el *A quo*, razón por la cual procede a **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, de todas aquellas mesadas causadas con anterioridad al 27 de agosto de 2016, confirmando de ésta manera el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

RETROACTIVO PENSIONAL:

En consecuencia, se **CONDENARÁ** a Colpensiones a pagar a favor del señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ el retroactivo pensional a partir del 27 de agosto de 2016 y hasta cuando se haga efectivo su pago, retroactivo que deberá ser cancelado debidamente indexado al momento de pago, **CONFIRMANDO** el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia.

Finalmente, la Sala no desconoce que mediante resolución No GAR 103899 del 13 de abril de 2019 la entidad accionada le reconoció al señor MELITON GÓMEZ RODRÍGUEZ la suma de \$462.274 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, frente a lo cual ha de advertir que la misma no resulta incompatible con el reconocimiento de la pensión de vejez efectuado en el presente proceso, toda vez que de conformidad con el criterio adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2665 de 2018, al presentarse éstos casos, sin embargo, se **AUTORIZA** a Colpensiones a descontar dicha suma reconocida a favor del demandante del retroactivo aquí ordenado, confirmando de ésta manera el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

La apoderada de la parte demandada (Colpensiones) presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora a cargo de la parte

demandada Colpensiones; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

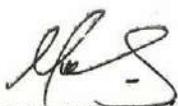
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 27 de noviembre de 2020 por el Juzgado 22º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES,) y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

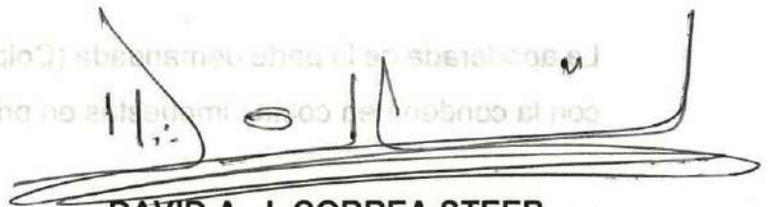
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

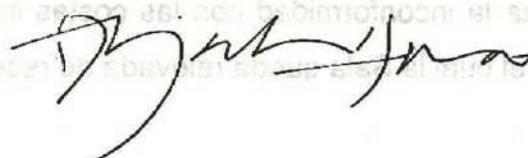
Ponente

(Rad. 11001310502220190060101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502220190060101)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220190060101)