



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS ÍTALO LOBOS** contra **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO – UNINPAHU.**

EXP. 11001 31 05 030 2019 00485 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 19 de febrero de 2021, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara que entre él, y la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano – UNINPAHU existió una relación laboral desde el 6 de marzo de 2007 hasta el 15 de abril de 2018.

En consecuencia, que se condenara a la demandada a pagarle las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas entre el 6 de marzo de 2007 y el 15 de abril de 2018; al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y a la sanción por la no consignación de las cesantías.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el día 6 de marzo de 2007, celebró un contrato por prestación de servicios con la demandada para realizar funciones de asesoría en el Departamento de Logística y Servicios Generales; que el 16 de abril de 2018, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido para efectuar las mismas funciones, y cumplir con el horario que le fue establecido, y que el día 18 de diciembre de 2018, fue despedido sin justa causa.

Sostuvo, que le fue asignado un puesto de trabajo, computador fijo, correo electrónico, y una extensión telefónica en las instalaciones de la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano – UNINPAHU; que el salario que devengaba era de \$2.600.000, y que el mismo fue objeto de los incrementos salariales respectivos desde el 2013 hasta el 2018; que laboraba de lunes a viernes en un horario de 8:00 a.m. a 8:00 p.m.; que debía estar disponible para el surgimiento de las eventualidades que se presentaran, y que recibía órdenes por parte de la demandada que debía acatar.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de julio de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 29).

LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO - UNIPAHU, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Manifestó, que la única relación laboral que sostuvo con él, fue un contrato de trabajo a término indefinido suscrito el día 16 de abril de 2018, que finalizó el 18 de diciembre de la misma anualidad, y que con antelación a esta suscribió varios contratos de prestación de servicio con el demandante para que ejercería las funciones de asesor, por lo que al tratarse de un vínculo civil, no habría lugar al pago de las prestaciones sociales, y demás acreencias laborales que pretende.

Propuso las excepciones de falta de causa e inexistencia de la obligación, pago, prescripción, y buena fe (f.º 45 – 64).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 19 de febrero de 2021, absolvió a la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano – UNINPAHU de todas las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas al demandante.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el vínculo contractual que unió a las partes fue de carácter laboral, los extremos temporales del mismo, y si había lugar a ordenar el pago de las prestaciones e indemnizaciones en la forma solicitada por el demandante en el libelo introductor.

Se refirió a la presunción prevista en el artículo 24 del Código

Sustantivo del Trabajo, según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, e indicó que al demandante le correspondía únicamente acreditar la prestación personal del servicio, mientras que a la demandada desvirtuar los demás elementos del contrato de trabajo.

Dijo, que como la parte actora logró demostrar la prestación personal del servicio, operaba en su favor la referida presunción. No obstante, aclaró que las pruebas obrantes en el plenario no demostraban con certeza que en la relación que unía a las partes hubiese existido la subordinación, por lo que no le quedaba otro camino que absolver a la demandada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Esgrimió, que cuando se alega la existencia de un contrato realidad, el empleador debe desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y que al trabajador únicamente le corresponde acreditar que prestó un trabajo personal a este, lo que generalmente se hace mediante un contrato de prestación de servicios.

Indicó, que conforme a lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C - 665 de 1998, al empleador además de desvirtuar la presunción también tiene que demostrar que la prestación del servicio no se encontraba regida por las normas del trabajo, aspecto probatorio para el cual, no es suficiente la sola exhibición del contrato de prestación de servicios.

Agregó, que lo dicho no significaba que el demandante quedara relevado de otras cargas probatorias como acreditar los extremos temporales de la relación de trabajo, el monto del salario, su jornada laboral, y todo lo que realizó al servicio de la empresa demandada.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandada, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente.

En este orden, la sala tendrá como problema jurídico, verificar si entre las partes existió una verdadera relación laboral, entre el 6 de marzo de 2007 y el 15 de abril de 2018; en caso de ser así, si tiene derecho o no, al pago de las prestaciones sociales e indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, más las costas y agencias en derecho.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibidem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida

por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

En el presente caso, se tiene que el día 9 de abril de 2012, entre el actor y la Fundación Universitaria INPAHU, se celebró el contrato de prestación de servicios n.º 024 de 2012 cuyo objeto contractual pactado fue el siguiente: *“Prestación de Servicios de asesoría en el Departamento de Logística y Servicios Generales”*. Igualmente, en dicho documento se consignó que las funciones del actor serían: *“A) Prestar apoyo en el análisis del comportamiento de la facturación de servicios públicos de todas las sedes de INPAHU; B) Análisis de efectividad y acompañamiento en la ejecución de los servicios de los grupos asignados para limpieza, seguridad, y parqueaderos, y C) entregar los informes de las obligaciones adquiridas periódicamente, de acuerdo al cronograma presentado y aprobado por la Vicerrectoría Administrativa y del Director del Departamento de Logística y Servicios Generales”*, entre otras. (f.º 3 - 4).

También, se observa que los días 9 de abril de 2013, y 9 de abril de 2014, las partes suscribieron 2 contratos de prestación de servicios con el objeto ya señalado, y con similares funciones a desempeñar por el actor a las citadas con antelación (f.º 5 - 6, f.º 7 - 8, y f.º 9 - 10). Así como que el contrato n.º 085 de 2014, esto es el suscrito el día 9 de abril de 2014, fue objeto de dos otrosíes mediante los cuales se modificó el valor del contrato y se fijó la forma de pago. En el primero de ellos, se estableció que su duración sería a partir del 9 de abril de 2016, hasta el 8 de abril de 2017 (f.º 10), mientras que en el segundo, se indicó que su duración iría de el 9 de abril de 2017 hasta el 8 de abril de 2018 (f.º 11).

Posteriormente, el día 16 de abril de 2018, las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, en el que se indicó que el actor desempeñaría el cargo de “*Jefe de Logística y Servicios Generales*” (f.º 12 - 13), el cual estuvo vigente hasta el 18 de diciembre de 2018, de acuerdo con la carta de terminación de contrato de trabajo obrante a f.º 15.

Por su parte, el señor Diego Fernando Buitrago Navarro, representante legal de la demandada, expuso que el actor fue contratado para brindar su asesoría en el Departamento de Logística, debido a su conocimiento y alto nivel de experticia en este tópico, y tras considerar que tenía el perfil para el desempeño de las funciones que le fueron asignadas.

La testigo Beatriz Ortiz Casas, manifestó conocer al demandante, debido a que estuvo vinculada en la Fundación Universitaria Para el Desarrollo Humano - UNINPAHU, desde noviembre de 2003 hasta el 29 de febrero de 2019, y que conocía que este fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, pues una de sus funciones era recibir las cuentas de cobro que presentaba el actor.

De las anteriores probanzas, es dable colegir que las labores encomendadas al actor, eran desarrolladas de forma personal. No obstante, se aclara que únicamente se acreditó la prestación personal del servicio del actor, por el periodo comprendido entre el 9 de abril de 2012 y el 18 de agosto de 2018, como quiera que ninguna de las partes aportó prueba alguna que diera cuenta de que el actor tuvo algún vínculo con la demandada desde el 6 de marzo de 2007, como lo afirmó en el escrito inaugural.

Aclarado lo anterior, se procederá a analizar si la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y si logró desvirtuar la existencia de los elementos de subordinación y un salario como retribución del servicio.

Debe decirse que, aunque la demandada invocó los referidos contratos de prestación de servicios para desvirtuar el vínculo de trabajo alegado por el actor, así como también, las declaraciones del representante legal de la demandada Diego Fernando Buitrago Navarro, y la testigo Beatriz Ortiz Casas, lo cierto es, que estas declaraciones y documentos no permiten evidenciar la manera como el demandante ejecutó realmente el servicio. Al respecto, ha dicho la Honorable Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que cuando se invoca la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, estos contratos simplemente dan prueba de su existencia, pero no de la forma en que se desarrollaron (SL1903-2021).

En cuanto a la subordinación, en sentencia SL-2171 de 2019, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dijo lo siguiente:

“(...) cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.”

De acuerdo con lo dicho en la sentencia citada con antelación, debe decir esta Sala que no obra dentro del plenario elemento probatorio alguno que permita inferir con certeza que, en la ejecución

de los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor, se configuró el elemento de subordinación.

En efecto, se tiene que el apoderado de la entidad demandada fue incisivo en derruir el elemento subordinación, quien al preguntarle a la única testigo Beatriz Ortiz Casas, quien si bien indicó que el actor, tenía que estar presente en la Fundación si era necesario, y que desempeñaba sus laborales de 7 a.m. a 7 p.m., así como que debía informar al vicerrector sobre cualquier permiso que solicitara, y que todos los trabajadores de la Fundación UNINPAHU, incluido el actor, salían de vacaciones en el mes de diciembre, lo cierto es, que adujo también, que ella y el demandante laboraban en edificios distintos, de lo que se puede inferir que la testigo no conocía con precisión los horarios manejados por el demandante, pues es casi que imposible que durante el periodo en que ambos prestaron sus servicios a la Fundación UNINPAHU hayan coincidido a diario a la hora de entrada y de salida, máxime cuando no laboraban en la misma sede, así como que el hecho de que conociera con precisión las condiciones en las cuales el actor ejecutaba las funciones para las que fue contratado, tan solo porque este le contara sobre las mismas, como lo afirmó al rendir su testimonio.

Aunado a lo anterior, dicho apoderado prosiguió en su misión de desestimar el elemento de subordinación, al preguntarle en interrogatorio de parte al demandante, sobre su relación sobre los contratos de prestación de servicios, sus funciones, derroteros, y sus libertades para cumplir con sus respectivas actividades cotidianas y su situación pensional con la república de Argentina, a lo que manifestó que si tenía independencia y autonomía para ejercer sus funciones.

Así como también, la declaración del representante legal de la entidad demandada, Diego Fernando Buitrago Navarro, quien en síntesis manifestó que el demandante fue contratado por la mera liberalidad del conocimiento suyo en asesorías de servicios generales, por lo que no tenía quien le diera instrucciones, ni directrices durante su vinculación a través de los contratos de prestación de servicios.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que si bien en el último contrato firmado por el actor, el cual si corresponde a un contrato de trabajo, se consignó que este desempeñaría el cargo de Jefe de Logística y Servicios Generales, mientras que en los contratos de prestación de servicios, se estableció que el actor debía prestar su asesoría en el área de servicios generales, no hay prueba alguna que demuestre que las funciones para las que fue contratado en una y otra relación, hayan sido similares pese a tratarse de la misma área, esto es, servicios generales.

Aunado a ello, no se aportó prueba alguna que demostrara que la demandada, durante el periodo en el cual se suscribieron los contratos de prestación de servicios, sometiera al demandante al cumplimiento de órdenes, imposiciones y reglamentos, que este tuviera que cumplir un horario, o que hubiese ejercido su labor con elementos de propiedad de la Fundación UNINPAHU, como para afirmar que la demandada desconoció la independencia o autonomía tan propia de los contratos de prestación de servicios.

Así las cosas, con base en el material probatorio analizado de manera conjunta al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, considera esta sala que no hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes durante el lapso comprendido desde el 9 de abril de 2012 hasta el 18 de agosto de 2018, al no acreditarse que haya existido

subordinación jurídica del actor respecto de la demandada, en los contratos de prestación de servicios que se suscribieron, pues se itera que dicho elemento es esencial para diferenciar entre un contrato de trabajo y uno de prestación de servicios, motivo por el cual habrá de **confirmarse** en su totalidad la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de febrero de 2021, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA





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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ ELPIDIO ANGULO PRECIADO** contra **INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. - I.C.A.**

EXP. 11001 31 05 024 2019 00337 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara que entre él e Ingenieros Civiles Asociados S.A., existió una relación laboral, desde el 18 de febrero de 1976 hasta el 20 de abril de 1977, y que la demandada, se abstuvo de efectuar los aportes a la seguridad social en pensiones en el referido periodo.

En consecuencia, que se condenara a la demandada al pago de dichos aportes teniendo como base el salario devengado por él, entre el 18 de febrero de 1976 y el 20 de abril de 1977, y a trasladar a Colfondos S.A., el valor correspondiente al cálculo actuarial de las cotizaciones que no fueron realizadas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 25 de abril de 1977, le fue expedida una certificación laboral suscrita por Williams J. Meek Granados, del Departamento Jurídico de Ingenieros Civiles Asociados S.A.; que el 15 de enero de 2018, presentó derecho de petición, ante la demandada, en el que solicitó que se le diera trámite al reconocimiento y pago de sus aportes a seguridad social por el periodo comprendido entre el 18 de febrero de 1976 y el 20 de abril de 1977, así como que Colfondos S.A. realizará el respectivo cálculo actuarial, y la demandada le trasladara el valor correspondiente por este concepto.

Sostuvo, que el 16 de abril de 2018, la demandada le respondió que presumía su vinculación laboral con ella para el proyecto “Chingaza”, pero que los archivos relacionados con el personal vinculado al mismo no existían, debido a que se trataba de obras ejecutadas hace mas de 40 años, y que de acuerdo con las normas legales vigentes no estaba obligada a su conservación; que no hubo afiliaciones al sistema de seguridad social en pensiones para el momento en que prestó sus servicios, debido a que en el lugar en donde se ejecutaron las obras no existía cobertura o cubrimiento del

I.S.S., lo cual solo se vino a dar con la expedición de la Ley 100 de 1993, y que el Decreto 3041 de 1996 y el Decreto 3170 de 1964, mediante los cuales el I.S.S., asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte, únicamente entraron en vigor en ciertas zonas geográficas del país; que no podía afiliar a sus empleados al Sistema de Seguridad Social, debido a que la no existencia o cobertura del I.S.S. se lo impedía, y que siempre había cumplido con el ordenamiento laboral vigente.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 27 de noviembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 37).

INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. - ICA, no se opuso a que se declara la existencia de una relación laboral entre ella y el demandado. No obstante, se opuso a las pretensiones restantes incoadas en su contra, con el argumento de que no existía la obligación legal de afiliar a trabajadores en zonas no cubiertas por el Instituto de Seguros Sociales - I.S.S.

Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia de la obligación de afiliar a los trabajadores al Instituto de Seguros Sociales - I.S.S. en zonas donde no había cobertura, no procedencia del cálculo actuarial al Instituto de Seguros Sociales - I.S.S., y no poder asumir una carga prestacional a la cual no estaba obligada como consecuencia de la omisión del legislador (f.º 56 - 62).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 15 de febrero de 2021, condenó a la demandada a gestionar y

cancelar a la entidad de seguridad social en pensiones a la que se encuentra afiliado el demandante o a Colfondos S.A., el cálculo actuarial por el periodo laborado en ella y no cotizado por el interregno comprendido desde el 18 de febrero de 1976 y el 20 de abril de 1977, teniendo como I.B.C. la suma de \$2.925 mensuales, y declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si al actor le asistía el derecho a que la demandada le pagara los aportes al sistema de seguridad social dentro del lapso comprendido entre el 18 de febrero de 1976 y el 20 de abril de 1977, mediante un cálculo actuarial que previamente debía realizar Colfondos, o si por el contrario no estaba obligado a ello, debido a que para la época no existía cobertura del extinto I.S.S. en la zona donde el trabajador prestó sus servicios.

Señaló, que dentro del plenario no obraba soporte probatorio alguno que permitiera inferir que en la zona donde se ejecutó el Proyecto “Chingaza” no existía cobertura del extinto I.S.S.

Esgrimió, que de aceptarse tal situación, debía tenerse en cuenta que en reiterados pronunciamientos nuestro máximo órgano de cierre ha indicado, frente a la obligación por parte del empleador de realizar los aportes pensionales por aquellos periodos en donde el I.S.S. no tenía cobertura en el lugar de la prestación del servicio, que no podía negarse el hecho de que estos mantenían responsabilidades y obligaciones respecto de sus trabajadores como lo es la asunción del riesgo pensional, por lo que la manera de concretar ese gravamen, en caso de que el trabajador no hubiese cumplido con la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, es mediante el traslado del cálculo actuarial, incluso debido por la falta de cobertura, máxime cuando se trata de periodos en que ello estaba a

su cargo.

Finalmente indicó, que si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de 10 años al momento en que el I.S.S. asumió el riesgo de vejez quedaron subrogados de reconocer esta prestación económica, conforme a lo dicho por la H. Sala de Casación Laboral, dicha provisión no los eximía de su responsabilidad pensional por el lapso en que no hubo cobertura del I.S.S., y en particular de contribuir a la financiación de la pensión por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello no alcanzaba a completar la densidad de cotizaciones exigida para el reconocimiento pensional.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Arguyó, que imponerle una carga a una compañía que no tenía el deber de asumir, para la época en que se cuestionan los hechos violaba el principio de seguridad jurídica, e iba en contravía de lo establecido en los artículos 29 y 90 de la Constitución Política.

Dijo, que el artículo 29 constitucional establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes del acto que se le imputa, y que en el presente caso se le estaba condenado a realizar el pago de una suma que para el momento de los hechos no tenía que cancelar, pues la ley no la obligaba a ello.

Indicó, que el artículo 90 consagra que quien debe responder por los daños patrimoniales efectuados por el Estado, es él, y no los particulares, y que las sentencias de la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, en las que se dio el cambio jurisprudencial y la reconfiguración de la postura que tenía hasta el año 2014, vulneraban el referido artículo, pues en ellas se parte de la circunstancia de que hubo una omisión del legislador que generó que no se hiciera el pago de aportes en pensión en zonas donde no había cobertura del I.S.S.

Afirmó, que no resultaba lógico ni procedente que se obligara a un particular a asumir la carga que el Estado debía sumir, y que en el presente caso era evidente que el Congreso debió haber ajustado quien debía correr con este tipo de cargas.

Arguyó, que siempre ha cumplido con las obligaciones laborales hasta donde la ley le exige, para que ahora, 30 años después, fuera condenada a pagar cotizaciones que no tenía la obligación de efectuar.

Finalmente, señaló que dentro del proceso se acreditó que el demandante no prestó sus servicios durante los 10 años que exigía el Decreto 1887 de 1994, por lo que el traslado del cálculo actuarial no sería procedente.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandada, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico verificar, si la demandada Ingenieros Civiles Asociados S.A. - I.C.A.,

en calidad de empleador del demandante, está o no, en la obligación de pagar el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones pensionales dejadas de realizar entre el 18 de febrero de 1976 y el 20 de abril de 1977, por la falta de cobertura del I.S.S. en las zonas donde se ejecutó el Proyecto “Chingazá”, en el cual el actor prestó sus servicios subordinados.

Preliminarmente, se le aclara al recurrente que conforme a la cláusula de competencia general dispuesta en el artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta sala se encuentra inhabilitada para pronunciarse frente a la responsabilidad del Estado que alega en su recurso de apelación, por lo que no será ninguna mención al respecto.

Aclarado lo anterior, se encuentra acreditado dentro del plenario que el demandante laboró para la demandada en el periodo comprendido entre el 18 de febrero de 1976 y el 20 de abril de 1977, conforme a la certificación laboral expedida por Ingenieros Civiles Asociados S.A., el día 25 de abril de 1977, obrante a f.º 21 y f.º 24 del expediente.

DEL CÁLCULO ACTUARIAL - RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR POR FALTA DE AFILIACIÓN AL SUBSISTEMA GENERAL DE PENSIONES

La afiliación de trabajadores particulares a la seguridad social en pensiones surgió desde la Ley 90 de 1946, cuando se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, con el fin de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

Debido a que esa entidad tardó en asumir tales coberturas y bajo el entendido de que no existía norma que regulara el pago de las

cotizaciones por parte del empleador, éste asumía la obligación pensional conforme a lo establecido en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

En torno al tema objeto de debate, desde la sentencia SL9856-2014, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtió que si bien la cobertura del I.S.S. fue gradual y progresiva, el empleador tenía responsabilidades y obligaciones con relación a los períodos efectivamente laborados por el trabajador, pues la ley no lo excluyó de ese gravamen y los tiempos laborados respecto de quienes no tenían la obligación de afiliación, debe sumarse para el reconocimiento de la pensión de vejez. En la referida sentencia, nuestro órgano de cierre expresó:

“Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

[...]

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.”

Además, sostuvo en sentencias SL792-2013, SL7851-2015, SL1272, SL2944 y SL16856 del 2016, que *mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, tampoco está sometida a*

prescripción, pues son parte fundamental para la financiación y consolidación del derecho a la pensión.

Posición que ratificó en sentencia SL4103-2017, en la cual señaló que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que *“(...) ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social”* (CSJ SL9856, SL16715 y SL17300 de 2014, SL2731 y SL14388 de 2015).

Así mismo, ha precisado la jurisprudencia que la falta de afiliación del trabajador da lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones, ni de los aportes simplemente. Y respecto a la aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de pensiones, bajo la idea de que son derechos en formación, que aquellos tienen *“(...) el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.”* (CSJ SL2731 y SL14388 ambas de 2015).

Por lo anterior, es claro que no le asiste razón a la empleadora recurrente, por cuanto si bien no era obligatorio efectuar aportes pensionales en las zonas en donde se ejecutó el “Proyecto Chingazá”, mientras el demandante prestó sus servicios, ello no la eximía de la obligación de responder por los períodos en que no se realizaron las cotizaciones respectivas, como quiera que la demandada, era responsable del pago de las prestaciones patronales, hasta tanto se subrogó el riesgo pensional.

De ahí, que en el presente caso hay lugar a disponer la cancelación del cálculo actuarial con destino y a entera satisfacción de Colfondos o de la entidad de seguridad social en pensiones a la que se encuentra afiliado el demandante, como lo ordenó el juez, por el periodo comprendido entre el 18 de febrero de 1976, y el 20 de abril de 1977, en el que no se efectuaron aportes pensionales, de conformidad con lo previsto en el inciso 2.º del párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo establecido en los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003, que establecen la forma en la que se obtiene el respectivo cálculo, al que deberá ceñirse la demandada para dar cumplimiento a la decisión apelada, de acuerdo con el salario devengado y certificado, con el fin de ser computado ese lapso dentro de las semanas exigidas para la causación del respectivo derecho (CSJ sentencias SL, 24 ene. 2012 rad. 35692, SL3892-2016 y SL3009-2017), sin que ello signifique, la asunción de pensión alguna a cargo de la empleadora.

En lo atinente a la afirmación del recurrente, de que como el demandante no prestó sus servicios durante los diez años que exigía el Decreto 1887 de 1994, el traslado del cálculo actuarial no sería procedente, debe decirse que si bien los empleadores de los trabajadores que tenían menos de diez años de servicio para cuando el I.S.S. asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados en la pensión de jubilación, ello no los exime del pago del cálculo actuarial correspondiente en dicho lapso, siempre que no se alcance a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, como quiera que, *«el derecho a la pensión de carácter fundamental, se garantiza sin afectar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones»*

(CSJ SL3937-2018 y SL4107 de 2021). Así, no le queda otro camino a esta sala que **CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

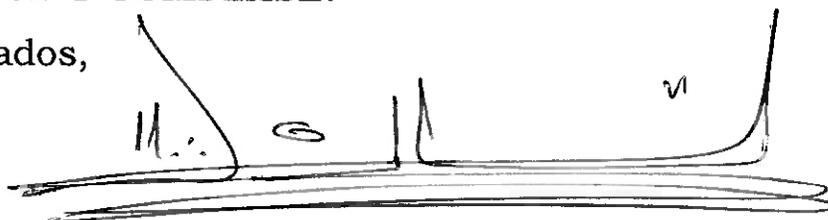
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA ROSA TORO OCAMPO** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - U.G.P.P.**

EXP. 11001 31 05 039 2019 00159 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 16 de febrero de 2021, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declarara que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su cónyuge, el señor Pedro Pablo León Herrera, y que la misma, debe serle reconocida de forma retroactiva, a partir del 26 de noviembre de 2017, fecha en que por decisión de la U.G.P.P., dejó de recibirla.

En consecuencia, que se condenara a la demandada al pago de la pensión de sobrevivientes, y de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Subsidiariamente, solicitó el valor correspondiente a la pensión de sobrevivientes debidamente indexado.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el señor Pedro Pablo León Herrera, cotizó a la U.G.P.P., desde el 1.º de enero de 1992 hasta el 4 de julio de 2016; que convivió con el causante por 31 años, hecho que denota la existencia de una unión marital de hecho; que el 6 de marzo de 2016, contrajeron matrimonio en la parroquia San Judas Tadeo en la Dorada Caldas, y que al causante, mediante Resolución n.º 2858 de 5 de marzo de 1993, le fue reconocida una pensión de jubilación, en cuantía de \$102.272.74 M/CTE, efectiva a partir del 1.º de enero de 1992, la cual fue re liquidada mediante Resolución n.º 044268 de 20 de diciembre de 1993.

Sostuvo, que el causante falleció el día 4 de julio de 2016; que mediante Resolución n.º RDP 037209 de 3 de octubre de 2016, le fue reconocida, de forma provisional una pensión de sobrevivientes, a partir del 5 de julio de 2016, en la misma cuantía devengada por el

causante, pero con efectos fiscales a partir de la inclusión en nómina el 26 de noviembre de 2016 hasta el día 26 de noviembre de 2017; que en dicha data, dejó de percibir la pensión por decisión de la U.G.P.P.; que para tomar tal decisión, la demandada alegó que ella no había cumplido con el requisito para acceder a la pensión de sobrevivencia establecido en la ley, según el cual debía demostrarse que entre la solicitante y el causante había existido una relación marital de esposos, y que la U.G.P.P., además de incurrir en mora en el reconocimiento y pago de la pensión y de sus respectivas mesadas, desconoció que la Corte Constitucional declaró inexecutable el requisito que invocó para negarle el derecho a la pensión de sobrevivientes (Archivo n.º 1, pág. 3 - 10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 18 de julio de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Archivo n.º 2, pág. 10 - 11).

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - U.G.P.P., se opuso a todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra. Arguyó, que la demandante no cumplía con los requisitos dispuestos en la Ley 797 de 2003, ni en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, para efectos de acreditar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, debido a que al realizar la pertinente investigación administrativa se percató de que entre el causante y la actora no existió convivencia de forma constante e interrumpida, durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante, y que al no tener este derecho a la pensión de sobrevivientes, no había lugar a reconocer los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y prescripción (Archivo n.º 3, pág. 15 - 22).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 16 de febrero de 2021, condenó a la U.G.P.P. a pagar la sustitución pensional a la demandante, a partir del 5 de julio de 2016, en cuantía inicial de \$1.770.709, que equivale al 100% de la mesada que venía recibiendo el causante Pedro Pablo León Herrera; condenó a la U.G.P.P. a pagarle el retroactivo causado entre el 5 de julio de 2016, y la fecha en que se incluyera en nómina el reconocimiento pensional, con los respectivos ajustes de ley, valor que a 31 de enero de 2021, arroja un retroactivo por la suma de \$125.163.391.57; condenó a la U.G.P.P. a pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, contados a partir del 26 de noviembre de 2017, sobre las mesadas pensionales que se le adeudaran hasta el momento en que se haga efectivo el pago de la prestación; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada; declaró probada de oficio la excepción de compensación por los valores que recibió la actora entre el 5 de julio de 2016, y el 26 de noviembre de 2017, y condenó en costas a la demandada.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si a la actora le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del pensionado Pedro Pablo León Herrera (q.e.p.d.), y de ser así si había lugar al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Esgrimió, que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debía estudiarse conforme a los requisitos previstos en el artículo 13

de la Ley 797 de 2003, por ser la norma vigente al momento en que falleció el causante (4 de julio de 2016), por lo que a la actora le correspondía acreditar que contaba con 30 años de edad o más, y que había convivido con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

Estimó, que la actora acreditaba con creces el requisito de la edad indicado, pues así se desprendía de su documento de identidad, y que, con las pruebas documentales arrimadas al proceso, así como con los testimonios decretados de oficio, se logró acreditar el tiempo de convivencia referido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Arguyó, que contrario a lo manifestado por la *a quo*, la demandante no acreditó el requisito de convivencia establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues del material probatorio arrimado al proceso no se desprendía con claridad que ella y el causante hubiesen convivido de forma constante e ininterrumpida durante los 5 años anteriores a su fallecimiento, e indicó, que el informe investigativo presentado en la entidad, tampoco reunía los elementos de juicio suficientes como para demostrar la convivencia entre la actora y el fallecido.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala determinará **i)** si a la demandante le asiste el derecho de ser

beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, **ii**) y de ser así, si procede el pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Se encuentra acreditado dentro del plenario **i**) que el causante Pedro Pablo León Herrera, falleció el día 4 de julio de 2016, por cuanto así consta en el registro civil de defunción (Archivo n.º 4, Expediente Administrativo, pág. 23); **ii**) que mediante Resolución n.º 2858 de 5 de marzo de 1993, le fue reconocida una pensión de jubilación, en cuantía de \$102.272.74 M/CTE, efectiva a partir del 1.º de enero de 1992 (Archivo n.º 4, Expediente Administrativo, pág. 156 - 159); **iii**) que mediante Resolución n.º 044268 de 20 de diciembre de 1993, se reliquidó dicha pensión, y se elevó a la cuantía a \$215.018.85 M/CTE, efectiva a partir del 1.º de julio de 1993; **iv**) que en Resolución n.º RDP 037209 de 3 de octubre de 2016, se le reconoció una pensión de sobrevivientes a la actora, de manera provisional, con ocasión del fallecimiento del causante, a partir del 5 de julio de 2016 (Archivo n.º 4, Expediente Administrativo, pág. 116 - 117) **v**) y que en Resolución n.º 2456 de 26 de enero de 2017 (Archivo n.º 4, Expediente Administrativo, pág. 25 - 27), la demandada le negó a la actora el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con el argumento de que no acreditó el requisito de convivencia, decisión que fue confirmada a través de la Resolución n.º RDP 12266 de 24 de marzo de 2017 (Archivo n.º 4, Expediente Administrativo, pág. 48 - 50), y en la Resolución RDP 015975 de 18 de abril de 2017 (Archivo n.º 4, Expediente Administrativo, pág. 10 - 12).

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Precisa la Sala, que la norma que rige los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento del causante (4 de julio de 2016). En este contexto, la

disposición aplicable al caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

La citada norma, dispone que en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, como ocurre en el presente caso, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, y que haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su deceso.

Así, nuestro órgano de cierre ha señalado en múltiples ocasiones que la convivencia con el causante, que tenga la calidad de pensionado, corresponde por lo menos a 5 años, y en el caso de la compañera permanente debe acreditarse en el periodo inmediatamente anterior al fallecimiento del pensionado, en tanto que la cónyuge, puede acreditarla en cualquier tiempo.

En este orden, le corresponde a esta sala establecer si la actora, en su condición de compañera permanente del pensionado fallecido, cumplió con el requisito esencial para el reconocimiento pensional de convivencia efectiva, real y material, por un tiempo mínimo de 5 años con anterioridad a la fecha del deceso.

Preliminarmente, debe precisarse que si bien la actora y el pensionado fallecido contrajeron nupcias el día 6 de marzo de 2016 (Archivo n.º 4, Expediente Administrativo, págs. 86, 153 y 155), como se desprende del registro civil de matrimonio, lo cierto es, que resulta más certero evaluar el cumplimiento de requisitos por parte de la demandante en su calidad de compañera permanente, como quiera que entre la fecha del vínculo matrimonial y la del deceso del pensionado fallecido, transcurrieron únicamente 4 meses.

Ahora bien, dentro del expediente obra el Informe Investigativo de 17 de enero de 2017 (Archivo n.º 12, Expediente Virtual), efectuado por la demandada, y respecto del cual afirmó al sustentar su recurso de apelación que acreditaba que entre la causante y el pensionado fallecido no existió convivencia de forma constante e ininterrumpida durante los 5 años anteriores a su fallecimiento. En este documento, se consignó lo siguiente:

“(...) De acuerdo con el Informe Investigativo n.º 15524 efectuado por el Investigador de Apoyo, LUÍS ENRIQUE HERRERA NAVARRO, NO EXISTIÓ CONVIVENCIA de forma constante e ininterrumpida entre PEDRO PABLO LEÓN HERRERA (causante), y su cónyuge MARÍA ROSA TORO CAMPO (solicitante), durante los últimos cinco (05) años anteriores al fallecimiento del causante; por lo tanto, con fundamento en lo dicho anteriormente, se cierra el trámite del presente caso con validación INCONFORME”

Para arribar a dicha conclusión, fue necesario realizar entrevistas a la demandante, y a las señoras Rosa Angélica Giraldo López, y Beatriz Milena Montes Gallego; estas últimas, coincidieron en afirmar que el pensionado fallecido y la actora convivían esporádicamente, como quiera que mientras el señor Pedro Pablo León Herrera vivía en el municipio de La Dorada - Caldas, la demandante vivía en el municipio de Sonsón - Antioquia.

Concretamente, la señora Rosa Angélica Giraldo López, afirmó en dicha entrevista, que hace 27 años conocía al señor Pedro Pablo León Herrera, debido a que fue a comprar una casa en el Municipio de Sonsón Antioquia; que junto con la demandante se mudaron un tiempo a la Dorada Caldas o a Honda Tolima, así como que, en un momento, el pensionado fallecido se fue solo para La Dorada - Caldas, por lo que de manera esporádica, este viajaba al municipio de Sonsón a visitar a la demandante. Finalmente, indicó que daba fe de la convivencia permanente entre la actora y el causante por un periodo de 20 años, mientras que de manera esporádica por un lapso de 13

años. Por su parte, la señora Beatriz Milena Montes Gallego, señaló en su entrevista que daba fe de que el demandante iba y venía de forma esporádica de La Dorada - Caldas a Sonsón - Antioquia (Archivo n.º 12, Expediente Virtual).

No obstante, considera esta Sala, que, con los demás elementos de juicio obrantes en el proceso, se logró acreditar que la actora si cumplió con el requisito de convivencia, por los motivos que se expondrán a continuación.

En efecto, al preguntársele a los testigos respecto de los hechos objeto de debate, se tiene que Luz Stella León Beltrán, quien manifestó ser hija del fallecido, señaló conocer a la actora hace más de 20 años; que tuvo dos hijos con su padre, y que conocía a la señora María Rosa Toro Ocampo, como la esposa o compañera permanente de este.

Al indagársele sobre la convivencia que se dio entre ellos, indicó que no le constaba la misma, por cuanto nunca vivió con la pareja, pero que tampoco le costaba que hubiese habido una separación, y que durante el lapso en que la demandante vivió en Sonsón - Antioquia y el pensionado fallecido en La Dorada - Caldas, fue por cuestiones de salud de este último. Terminó por aclarar, que en el momento en que la actora y el señor Pedro Pablo León Herrera, contrajeron nupcias, este se encontraba completamente lúcido y que era su anhelo el casarse con ella para consolidar la relación marital que llevaban hace más de 20 años.

A su vez, la testigo Olga Cecilia León Chacón, hija del señor Pedro Pablo León Herrera, expuso que mientras que la demandante vivía en Sonsón - Antioquia, su padre vivía en La Dorada - Caldas,

por cuestiones de salud, pero que constantemente se frecuentaban, y que la voluntad de su padre fue casarse con la demandante.

La testigo Mónica León Toro, hija en común del causante y de la demandante, señaló que su padre se fue a vivir a La Dorada - Caldas, debido a que el frío de Sonsón - Antioquia, afectaba su salud, y que ella junto con su hermano, se quedaron a vivir en ese municipio por motivos de estudio.

La demandante, al absolver su interrogatorio de parte, refirió que junto con el causante convivieron en los municipios de Honda - Tolima, Sonsón - Antioquia, y La Dorada Caldas, y que desde el año 1999, ella vivía en Sonsón, y el pensionado fallecido en La Dorada - Caldas, por cuestiones de salud, no obstante que este la visitaba con frecuencia, y que lo máximo que duraba sin ir a Sonsón eran dos meses, lo que coincide plenamente con lo dicho por las testigos

Así las cosas, de las anteriores probanzas, es claro para esta Sala que el causante y la demandante vivían en municipios diferentes, en la Dorada - Caldas, y en Sonsón - Antioquia, respectivamente, como quiera que así fue afirmado por las entrevistadas dentro del informe investigativo que se efectuó el día 17 de enero de 2017, por la U.G.P.P. (Archivo n.º 12, Expediente Virtual), y fue corroborado con los testimonios practicados dentro del proceso. También, puede concluirse que ello fue así desde el año 1999 o el año 2000, debido a que así lo admitió María Rosa Toro Ocampo, al momento de absolver su interrogatorio de parte.

Aunado a ello, las testigos coincidieron en afirmar que el hecho de que uno y otro miembro de la pareja vivieran en municipios distintos se debió a cuestiones de salud del pensionado fallecido. Sobre este punto, resulta necesario traer a colación lo dicho por

nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL - 1399 de 2018, a saber:

«(...) la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.»

Igualmente, en sentencia CSJ SL - 14237 de 2015, reiterada en sentencia CSJ SL - 6519 de 2017, la Corte señaló que: *«la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente.»*

Ahora bien, las testigos manifestaron unísonamente que el hecho de que el causante y al demandante vivieran en diferentes municipios, obedeció a cuestiones de salud del primero, hecho este, que no puede equipararse a la no existencia de convivencia entre los compañeros permanentes, conforme a los lineamientos jurisprudenciales descritos, máxime cuando durante los 16 o 17 años que uno y otro vivieron en municipios distintos mantuvieron el contacto permanente, y la demandante en los últimos días del actor fue quien estuvo a su lado, pues ello también fue afirmado por las declarantes, lo que demuestra que si bien la unión física de la pareja se vio afectada, se itera que por cuestiones de salud del causante, lo cierto es, que ello no es indicativo de que la unión marital hubiese cesado definitivamente, y de que entre ellos no hubiese existido una

comunidad de vida, en donde primaran los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo y solidaridad.

Debe resaltarse por esta Sala de decisión, que el hecho de que la causante y el actor hayan contraído nupcias el día 6 de marzo de 2016 (Archivo n.º 4, Expediente Administrativo, págs. 86, 153 y 155), reafirma que la intención de ambos era consolidar la unión marital de hecho, y no uno distinto, máxime cuando las testigos afirmaron que casarse con la demandante fue la voluntad del pensionado fallecido. Sumado a ello, es menester considerar que dentro del presente proceso no existe nadie más que dispute en todo o en parte la unidad del derecho pensional.

Es así, que la valoración de las pruebas antes referidas, conforme a las reglas de la sana crítica, según lo establecido en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, permite concluir, que en este caso, se acreditó la convivencia entre la actora y el pensionado fallecido, en los términos requeridos por la normatividad y jurisprudencia aducidas, para ser considerada la actora beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de Pedro Pablo León Herrera, a partir del 5 de julio de 2016, en el 100% de la prestación que percibía este para el momento de su fallecimiento, esto es, el valor de \$1.770.709, como bien lo determinó el *a quo*.

Ahora bien, corresponde a la Sala efectuar el cálculo del retroactivo pensional respectivo, para determinar si el valor al que arribó el *a quo* es correcto, como quiera que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la U.G.P.P., para lo cual se presenta el siguiente cuadro:

Año	Desde	Hasta	Incremento	Valor mesada	No de pagos	Valor retroactivo
2016	5/07/2016	31/12/2016		\$ 1.770.709	6,87	\$ 12.158.857
2017	1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 1.872.525	14	\$ 26.215.350
2018	1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 1.949.111	14	\$ 27.287.554
2019	1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 2.011.093	14	\$ 28.155.302
2020	1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.087.515	14	\$ 29.225.210
2021	1/01/2021	31/01/2021	1,61%	\$ 2.121.124	1	\$ 2.121.124
Valor del retroactivo Pensional desde 05/07/2016 al 31/01/2021						\$ 125.163.391

En ese orden, lo adeudado por concepto de retroactivo pensional durante el período comprendido entre el 5 de julio de 2016 y el 31 de enero de 2021, junto con las mesadas adicionales e incrementos de ley, arroja un total a pagar de \$125.163.391, mismo valor que determinó la *a quo*, por lo que sobre este punto habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia apelada y consultada.

DE LOS INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993

Sobre este tópico, nuestro máximo órgano de cierre ha precisado que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, *«independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en tanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones –dado su carácter resarcitorio y no sancionatorio.»* (SL2609-2021)

No obstante, la Corte también ha reconocido la presencia de escenarios excepcionales en los que no puede condenarse al reconocimiento de los mismos, cuando existe algún conflicto entre potenciales beneficiarios de la pensión, que solo puede ser dirimido por la jurisdicción ordinaria (SL454-2021, y por ello, suspenda el

trámite de reconocimiento de la prestación hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral decida mediante sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho.

Sin embargo, la excepción indicada no se presenta en el caso en cuestión, como quiera que no existe una controversia entre potenciales beneficiarias, y debido a que la U.G.P.P., suspendió el pago de la pensión de sobrevivientes a la actora, desde el 26 de noviembre de 2017, por lo que a partir de esa data debe ser condenado el reconocimiento de los mismos, hasta el momento en que se haga efectivo el pago de la prestación, como bien lo determinó la *a quo*. Por lo que sobre este punto también habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia apelada y consultada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

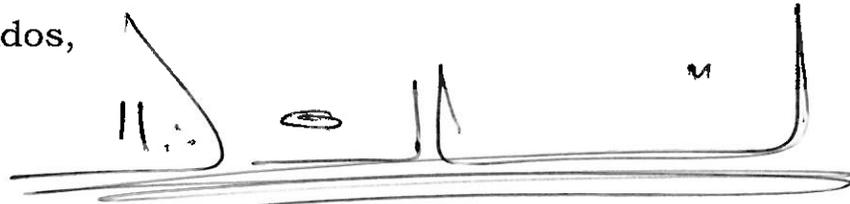
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de febrero de 2021, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large initial 'A' and a long horizontal stroke.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a large initial 'M' and a long horizontal stroke.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **YANETH PARRA MARTÍNEZ** en contra de **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE AMÉRICA y PORVENIR SA**

Litis consorte necesario: **SKANDIA S.A.**

EXP. 11001 31 05 032 2018 00184 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021 por el Juzgado 32.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la existencia de varios contratos a término fijo entre el 1.º de marzo de 1981 y el 26 de mayo de 2001 entre ella y la Fundación demandada, que esta omitió la afiliación a un fondo de pensiones y no efectuó aportes en ese mismo lapso; en consecuencia, que se condene a la mencionada Fundación al pago del cálculo actuarial por omisión de afiliación y cotizaciones a pensión en ese tiempo, y a Porvenir S.A. a realizar dicho cálculo actuarial y el cobro disuasivo, persuasivo y coactivo correspondiente, para convalidar su historia laboral en donde se evidencien tales aportes y hagan parte del bono pensional tipo A (archivo digital n.º 2, págs. 10, 11).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 2 de septiembre de 1958, por lo cual contaba con 59 años de edad al momento de la presentación de la demanda; que se afilió el 9 de mayo de 1983, al Instituto de Seguros Sociales, y el 22 de febrero de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A.; que contaba con 35 años de edad para el 1.º de abril de 1994; que el 1.º de marzo de 1981, fue contratada por la Fundación Universidad de América, como catedrática en la facultad de ingeniería, sucesivamente hasta el 31 de enero de 2001, por lo que le fue asignada “carga académica laboral” como docente, como da cuenta la certificación laboral expedida el 12 de mayo de 2006 por dicha Fundación.

Afirmó, que posteriormente esa demandada emitió certificación laboral el 31 de mayo de 2016, en la cual se aseveró que ella laboró 140 días entre el 1.º de marzo y el 18 de julio de 1981, 125 días entre el 30 de julio y el 1.º de diciembre de 1984, 132 días entre el 27 de

enero y el 7 de junio de 1986, 125 días del 4 de agosto al 6 de diciembre de 1986, 132 días entre el 26 de enero y el 6 de junio de 1987, 132 días entre el 9 de febrero y el 20 de junio de 1987, 132 días entre el 3 de agosto y el 12 de diciembre de 1987, 136 días entre el 1.º de febrero y el 15 de junio de 1988, 1989 días entre el 1.º de julio de 1988 y el 10 de diciembre de 1993, 132 días entre el 24 de enero y el 4 de junio de 1994, 131 días entre el 25 de julio y el 2 de diciembre de 1994, 132 días entre el 23 de enero y el 3 de junio de 1995, 130 días entre el 24 de julio y el 30 de noviembre de 1995, 132 días entre el 22 de enero y el 1.º de junio de 1996, 125 días entre el 22 de julio y el 23 de noviembre de 1996, 135 días entre el 20 de enero y el 3 de junio de 1997, 125 días entre el 21 de julio y el 22 de noviembre de 1997, 139 días entre el 19 de enero y el 6 de junio de 1998, 124 días entre el 21 de julio y el 21 de noviembre de 1998, 132 días entre el 18 de enero y el 29 de mayo de 1999, 125 días entre el 19 de julio y el 20 de noviembre de 1999, 132 días entre el 17 de enero y el 27 de mayo de 2000; y que, en casi la totalidad de esos lapsos, para lo cual especificó en cuáles, la mencionada demandada omitió realizar las cotizaciones al fondo de pensiones.

Señaló, que elevó petición el 14 de septiembre de 2016, a esa demandada con el objetivo de que certificara los salarios devengados, y le expidiera copia de los contratos suscritos entre las partes, de la liquidación de prestaciones sociales, de las planillas de autoliquidación y del pago de aportes a seguridad social entre 1981 y 2001; más solo contestó parcialmente, el 12 de octubre del mismo año, sin enviar los documentos solicitados, y le manifestó a ella, que solicitaría el cálculo actuarial para el pago de aportes a pensión como empleador moroso; empero a la fecha de la presentación de la demanda, la demandada le haya entregado tales documentos, solo la copia de la solicitud del cálculo actuarial ante Colpensiones, con radicado 2016_13353742 en octubre de 2016.

Relató, que el 30 de marzo de 2017, solicitó informe a la fundación demandada sobre el avance de sus actuaciones para obtener el pago de los aportes en mora, para lo cual le envió la copia de solicitud del cálculo actuarial con radicado n.º 0100222080877800 de 13 de julio de ese mismo año; pero insistió en que, hasta la presentación de la demanda, no han sido pagados los aportes exigidos, y que, en total, suma 1430 semanas de cotizaciones a pensión (*ídem*, págs. 6-10).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 10 de abril de 2018, ordenándose la notificación y traslado a los demandados (*ídem*, pág. 64).

La **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE AMÉRICA**, contestó la demanda oponiéndose a varias de las pretensiones, y allanándose únicamente a las de pago del cálculo actuarial por cotizaciones debidas y no pagadas, y para tal efecto, manifestó que en reiteradas oportunidades solicitó a Porvenir la realización de tal cálculo, sin obtener respuesta positiva, aunado a que la demandante no se encuentra afiliada a ese fondo. No propuso excepciones (*ídem*, págs. 83-99).

PORVENIR S.A., contestó la demanda oponiéndose a algunas de las pretensiones, y sin oponerse ni allanarse a las demás, tras declarar que la mayor parte de los hechos no le constan, y las pretensiones se encuentran dirigidas a una empresa distinta; además, manifestó que actualmente la demandante no se encuentra afiliada a ese fondo de pensiones obligatorias, sino que se afilió el 28 de marzo de 2012 a Skandia S.A. Propuso las excepciones de inexistencia de obligación a cargo de mi representada por cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación (*ídem*, págs. 355-365).

En auto dictado dentro de audiencia celebrada el 16 de mayo de 2019, el *a quo* ordenó integrar al proceso a Old Mutual como litisconsorte necesario, con la notificación y traslados correspondientes, y ordenó suspender el proceso por 3 meses, con la salvedad de que la empresa empleadora pueda adelantar los trámites pertinentes a efecto de que sea elaborado el cálculo actuarial y de esta forma sea realizado el pago (*ídem*, pág. 408).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, pago, y prescripción (*ídem*, págs. 430-436).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de febrero de 2021, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por Porvenir S.A., y no probadas las demás excepciones presentadas; como consecuencia de ello, condenó a la Fundación Universidad de América, al pago del cálculo actuarial que realice Skandia S.A., por los periodos laborados respecto de los cuales no se hicieron aportes a pensión, con base en la solicitud presentada a dicho fondo el 10 de julio de 2019, con la advertencia de que en los contratos en los que se aduce la prestación de servicios como docente de cátedra por hora de clase dictada, se deberá tener en cuenta los respectivos meses por periodos de 30 días, y frente a los contratos de prestación de servicios docentes aducidos en los *ítems* 26 a 29, se deberá establecer el valor mensual de cada uno de esos contratos conforme lo certificado (valor del contrato y el tiempo en el cual se ejecutó).

Adicional a lo anterior, condenó en costas a Skandia S.A. y a la

Fundación Universidad de América, y absolvió a Porvenir S.A. de todas las pretensiones en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, motivó su decisión inicialmente en que la empleadora aceptó la existencia de múltiples contratos de trabajo, que por demás fueron debidamente allegados al proceso, aunado a que no se opuso a efectuar los pagos a los aportes en seguridad social, empero respecto de los contratos y únicamente respecto de los períodos que aceptó haber incurrido en omisión en tal pago; a continuación, hizo referencia detallada a cada uno de esos contratos de trabajo y los períodos pactados entre las partes para la celebración de los mismos, frente a los cuales hubo un interregno entre el 15 de noviembre de 1997 y el 17 de enero de 2000, en el que no refirió la existencia de un contrato de trabajo.

Posteriormente, señaló que entre el 19 de enero y el 30 de mayo de 1998, desde el 26 de enero hasta junio de 1998 [sic], del 21 de julio al 21 de noviembre de 1998, entre el 18 de enero y el 29 de mayo de 1999, y del 19 de julio al 20 de noviembre de 1999, se allegaron sendos contratos de prestación de servicios; y si bien cualquier reclamación frente a estos períodos se encontraría prescrita, lo cierto es que la Fundación Universidad de América no postuló oportunamente la excepción de prescripción, por lo cual los contratos de prestación de servicios podrían ser examinados para la condena en el pago de las cotizaciones adeudadas.

Sin embargo, encontró que en las solicitudes que elevó la empleadora ante Porvenir y Skandia, incluyó estos contratos, para efectos de que dichos fondos efectuaran el cálculo actuarial respectivo *«por ende, los contratos de prestación de servicios también deberán ser tenidos en cuenta para la respectiva elaboración del cálculo que pretende la demandante»*, con la advertencia de que algunos de los aportes sí fueron pagadas oportunamente; de ahí que, no tendrán que ser nuevamente pagadas,

y para ello se debe tener en cuenta no solo que la empleadora no se opuso a algunas de las pretensiones, sino las mencionadas solicitudes elevadas a los fondos (con períodos laborados y salarios percibidos) y los reportes de semanas cotizadas emitidos por Colpensiones o Porvenir, como las visibles en las páginas 336 y siguientes del expediente electrónico.

Por otra parte, señaló que Porvenir S.A. actualmente no tiene vínculo de seguridad social con la demandante, por lo que no estaba obligada o en la posibilidad de dar el respectivo informe actuarial solicitado y tampoco podía realizar cobro de dineros que desconocía que debía cobrar, como lo eran los fondos no pagados por la Fundación. Situación esta, que difiere respecto de Skandia S.A., por cuanto la demandante se halla actualmente afiliada a dicha Administradora de Fondos de Pensiones desde el año 2012, de manera que como tal, deberá cumplir con sus deberes incluido el de realizar el correspondiente cálculo actuarial condenado, teniendo en cuenta en especial, para efectos de los contratos de prestación de servicios docentes, que es lo que interesa en la alzada, el valor total de cada contrato y así determinar el valor mensual.

Condenó en costas a Skandia, con el argumento de que se acreditó que ante dicho fondo fueron radicadas varias solicitudes con el fin de efectuar el cálculo actuarial, y frente a ellas ha hecho caso omiso, independientemente de que hubiera sido vinculada al proceso como litis consorte necesario, pues se opuso a la prosperidad de las pretensiones (archivos digitales n.º 11, 12, mins. 41:00-1:25:00).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE AMÉRICA**, apeló con el argumento de que no fue objeto de estudio el tipo de vínculo

contractual entre las partes para los contratos civiles de prestación de servicios entre 1998 y 1999, pues si bien, tales contratos fueron relacionados en las solicitudes elevadas ante las distintas entidades para obtener el cálculo actuarial, lo cierto es que el tipo de vínculo contractual no fue objeto de estudio, por lo cual buscó la absolución del pago de las obligaciones establecidas para ese periodo.

SKANDIA S.A. apeló y para ello arguyó, que no había sido demandada directamente en el proceso, sino llamada a integrar la litis, y es ajena al pleito por cuanto no tiene relación íntima con los hechos de la demanda, mucho menos en lo referente al vínculo laboral que existió entre la demandante y la fundación por lo cual no debió haber sido condenada en costas; su única obligación como fondo de pensiones, que surge a partir de la sentencia es elaborar el cálculo actuarial. En todo caso, el fondo fue diligente en responderle a la actora cuál era la documentación necesaria para la elaboración de dicho cálculo, sin que se hubiera acreditado el cumplimiento a lo solicitado por el fondo (archivo digital n.º 12, mins. 1:25:00-1:30:00).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problemas jurídicos, verificar por cuestiones de método, si la fundación demandada se encuentra obligada a efectuar el pago del cálculo actuarial con destino a Skandia y en favor de la demandante, para los periodos comprendidos entre los años 1998 y 1999 (19 de enero y el 30 de mayo de 1998, desde el 26 de enero hasta junio de 1998, del 21 de julio al 21 de noviembre de 1998, entre el 18 de enero y el 29 de mayo de 1999, y del 19 de julio al 20 de noviembre de 1999), con la advertencia de que a pesar de que el apoderado judicial de dicha institución educativa radicó desistimiento del recurso (f.º 3,

4 expediente físico), no dio cumplimiento a lo solicitado por esta Colegiatura en el proveído del 123 de (*idem*, f.º 12, 13). Y finalmente, se comprobará lo atinente a la condena en costas impuesta a Skandia S.A.

En primer lugar, es preciso indicar que al margen de que la Fundación Universitaria de América, hubiera elevado solicitudes a Colpensiones y a Porvenir S.A., incluyendo los ciclos comprendidos entre enero y junio de 1998, del 21 de julio al 21 de noviembre de 1998, entre el 18 de enero y el 29 de mayo de 1999, y del 19 de julio al 20 de noviembre de 1999, para efectos de que se realice el respectivo cálculo actuarial (archivo digital n.º 01, págs. 44-46, 298-334), considera la Sala, que ello no puede ser traducido en un allanamiento a las pretensiones, como equivocadamente parece entenderlo el *a quo*.

Lo anterior, porque basta con remitirnos a lo contestado por dicha institución educativa, frente a los hechos n.º 46 y 53 y las pretensiones declarativas y condenatorias n.º 1 de la demanda, en donde adujo que suscribió contratos de prestación de servicios docentes en aquellas épocas «*sin connotación laboral*», y que por tanto, era la demandante, en calidad de contratista, quien tenía la responsabilidad de cumplir con el pago de los aportes a seguridad social, de ahí que sostuvo la fundación que en esas datas no omitió obligación alguna de su competencia en relación con dicho aspecto, y que «*de haber lugar a condena, la solicitud de cálculo actuarial debe corresponder a los días efectivamente trabajados en cada uno de los contratos en que se omitió la cotización*» (archivo digital n.º 01, pág. 9 y ss, 88-91).

De esta manera, el *a quo* ha debido desatar en primer lugar, este problema jurídico, de acuerdo con la proposición de las pretensiones de la demandante, con el fin de establecer si en los años 1998 y 1999, la Fundación Universidad de América, se encontraba obligada o no,

en calidad de empleador de la demandante, a pagar el cálculo actuarial por tales períodos.

Con base en ello, tenemos que, para determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre las partes debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

A su vez, el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, determina la vigencia del vínculo laboral con un profesor de un establecimiento particular de enseñanza, hasta la terminación del ciclo de enseñanza o año lectivo, salvo estipulación distinta (CSJ SL593-2013).

Por ‘año escolar’, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido el *«equivalente al periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario»* (CSJ SL, 17 may. 2011 rad. 38182).

Ahora bien, el hecho de que para la época que fustiga la empleadora demandada (1998-1999), se encontraran vigentes la totalidad de las disposiciones del artículo 106 de la Ley 30 de 1992¹, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-517 del 22 de julio de 1999, que declaró exequible dicho artículo, salvo las expresiones "bien sea", "o mediante contratos de servicios" y "en cuanto a honorarios se refiere", que se declararon inexecutable, no excluye en modo alguno que se pueda auscultar, si en la prestación real del servicio se dan los elementos esenciales que permitan calificarla como contrato de trabajo, porque los citados artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política, continúan operantes (CSJ SL441-2013).

Así las cosas, descendiendo al caso en concreto, se tienen como medios probatorios allegados respecto del período en cuestión (años 1998-1999), los siguientes:

En las páginas 34 a 40, y 43 del archivo n.º 01 del expediente digital, obra certificación y respuesta a un derecho de petición, del Coordinador de Nómina y Seguridad Social de la Fundación Universidad de América, suscritos el 31 de mayo y el 12 de octubre de 2016, en donde consta entre otras vinculaciones, que la demandante tuvo vigentes **5** «contratos de prestación de servicios docentes» para el año 1998: del 19 de enero y el 30 de mayo, 26 de enero a 6 de junio, del 21 de julio al 21 de noviembre; y para el año 1999, así: entre el 18 de enero y el 29 de mayo de 1999, y del 19 de julio al 20 de noviembre, último suscrito el 19 de julio de esa anualidad (archivo n.º 01 pág. 279).

¹ «**ARTÍCULO 106.** <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Las instituciones privadas de Educación Superior podrán vincular profesores por horas cuando su carga docente sea inferior a la de un profesor de medio tiempo en la misma universidad, **bien sea** mediante contratos de trabajo ~~o mediante contratos de servicios~~, según los periodos del calendario académico y su remuneración **en cuanto a honorarios se refiere**, corresponderá a lo pactado por las partes; pero que en ningún caso podrá ser inferior al valor de cómputo hora resultante del valor total de ocho (8) salarios mínimos dividido por el número de horas laborables mes.» Cfr. CC sentencias C-784-1999 y C-073-2003; CSJ sentencia SL, 15 may. 2011 rad. 38182).

Cabe anotar, que conforme la reseñada certificación, la demandante estuvo vinculada laboralmente como monitora del laboratorio de química entre marzo a julio del año 1981, como **docente de cátedra por hora de clase dictada**, de manera interrumpida entre el 30 de julio de 1984 y el 15 de junio de 1988, como **profesora de tiempo completo** con solución de continuidad desde el 1.º de julio de 1988 hasta el 30 de junio de 1992, nuevamente, como **docente hora cátedra** en forma interrumpida del 3 de agosto de 1992 al 15 de noviembre de 1997, y del 17 de enero de 2000 al 26 de mayo de 2001. Estas vinculaciones se constatan además no solo con sendos contratos de trabajo allegados por la fundación demandada, que reposan entre las páginas 105 y 264 y 280 a 297 del archivo digital n.º 01, suscritos por las partes expresamente de conformidad con los artículos 101 y 102 del Código Sustantivo del Trabajo, sino con los comprobantes de egreso que dan cuenta de las respectivas liquidaciones de prestaciones laborales.

Por ende, los 5 contratos de prestación de servicios docentes, obran en las páginas 265 a 279 del mencionado archivo digital, y fueron suscritos en los términos del artículo 106 de la Ley 30 de 1992; sin embargo, su clausulado aun cuando es menor que en los contratos de trabajo anteriores y posteriores, no dista mucho de las condiciones pactadas en estos últimos, en la medida en que por una parte, fueron suscritos uno por cada período académico de los años 1998 y 1999, salvo en el primer período académico de 1998, pues se suscribió entre las partes 2 contratos de prestación de servicios docentes a saber: uno firmado el 30 de enero de 1998, con vigencia entre el 26 de enero y el 6 de junio de 1998, para desempeñarse como **docente catedrática** en la sede de La Candelaria – Sistema de Tutorías, para la asignatura Balance de Masa y Energía del departamento de **Química**, durante 70 horas, y otro celebrado el 19 de febrero de 1998, con duración entre el 19 de enero y el 30 de mayo

de dicha anualidad, con el objeto de ser **docente catedrática** durante 192 horas en la misma asignatura, pero para el departamento de **Petróleos** de la Facultad de Ingeniería.

Por otra parte, nótese que no era una labor nueva, pues tanto para los períodos académicos anteriores al mencionado año y desde 1992, como para los posteriores al año 1999 y hasta el 2001, según la reseñada certificación, la demandante suscribió contratos de trabajo para ser docente catedrática en la misma asignatura, con similar carga académica semanal y para los mismos departamentos y dependencias; incluso continuaba con la misma obligación de estar supeditada al cumplimiento de los estatutos, y reglamentos generales y especiales de la universidad, cumplir el programa institucional de la asignatura a su cargo, participar en las reuniones convocadas e informar oportunamente si no podía concurrir a desempeñar sus labores, y así como la fundación con el deber de proporcionar elementos para el servicio docente.

Tan es evidente lo anterior, que si se observan las cláusulas 2.^a y 3.^a de los 5 contratos de prestación de servicios docentes reseñados y de los contratos denominados ‘a término fijo por hora cátedra - referencia’ de los períodos académicos que van entre los años 2000 y 2001, se constata que las obligaciones de la docente y los compromisos de la universidad frente a esta, son exactamente los mismos, pues son una fiel copia sin cambio alguno en su redacción de los contratos suscritos en 1998 y 1999, y lo único en que difiere en relación con los compromisos de la universidad, es que se modificó la palabra ‘honorarios’ por ‘salario’ para referirse al deber de pago de la remuneración dentro del término estipulado, y se adicionó la obligación de atender los aportes parafiscales que generara la docente; además, se convino que el pago de la remuneración pactada en cada contrato, se diera en 4 contados distribuidos según el

calendario del período académico correspondiente y de acuerdo con la relación de horas efectivamente dictadas, esto es, tal cual como ocurre con los mentados contratos de prestación de servicios.

De manera que, tras analizar la copiosa prueba documental allegada por las partes, no cabe duda, de que las condiciones pactadas en uno y otro tipo de vinculación, no fueron modificadas, por tanto, la demandante nunca gozó de plena autonomía en el ejercicio de sus labores, sino que siempre estuvo sometida a la continuada subordinación y dependencia de la demandada, sin que se limitara solamente al ejercicio de la cátedra, en la medida en que unas de las obligaciones que se observan indistintamente en aquellos contratos además de las enunciadas, son la de *«cooperar con los miembros del cuerpo Directivo, académico y docente de la Universidad en la evaluación, estructuración y desarrollo de los planes y programas académicos. (...) participar en las reuniones a que sea convocado por las autoridades directivas y académicas de la universidad»*; lo que denota que era la fundación demandada, quien disponía en calidad y cantidad del trabajo de aquella al imponerle obligaciones de manera general o especial en el desarrollo de su labor, sin que para ello fuera una limitante la forma de pago por horas, dado que según lo pactado se pagaba el salario o los honorarios con relación a las horas efectivamente dictadas, sin que la fundación demandada hubiera desacreditado en modo alguno tales aspectos, teniendo la carga probatoria de hacerlo al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 166 del Código General del Proceso aplicables en materia laboral por expresa remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así las cosas, se concluye que, en efecto, en aplicación de la normativa citada al inicio de las consideraciones, la realidad de lo acontecido es que la demandante siempre fue una trabajadora subordinada de la fundación demandada en los interregnos en los cuales se suscribieron los diferentes contratos aquí reseñados, los

cuales en verdad, se desarrollaron al tenor de lo dispuesto en el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo norma supletiva del acuerdo entre los contratantes en una relación laboral docente, que requiere forma escrita (CSJ SL, 15 mar. 2000 rad. 12919, SL593-2013, SL17830-2016), independientemente de la denominación que aquí se hubiere impuesto en cada documento.

Solo con base en lo hasta aquí expuesto, se **confirma** la obligación impuesta por el *a quo*, en cabeza de la fundación demandada relacionada con el cálculo actuarial que debe pagar con destino a Skandia S.A., en favor de la demandante por los períodos académicos laborados, según los 5 contratos de prestación de servicios ya enunciados celebrados en los años 1998 y 1999, y con base en lo establecido en el artículo 284 de la Ley 100 de 1993, con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, a satisfacción de la entidad que recibe; de modo que, no le asiste razón a la fundación demandada en cuanto a sus estrictos argumentos expuestos en la apelación.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la imposición de costas en cabeza de Skandia S.A., ha de indicar la Sala por una parte, que no le asiste razón al *a quo* al manifestar que existen varias solicitudes radicadas a dicho fondo por parte de la fundación demandada con el fin de que procediera a realizar el correspondiente cálculo actuarial, por cuanto las que obran en el expediente y que fueron aportadas tanto por la demandante como por la empleadora, son las visibles en las páginas 298 a 334 del archivo digital n.º 1, que son solamente dirigidas a Colpensiones y a Porvenir S.A., con el ánimo de obtener la realización del cálculo actuarial por parte de dichas entidades.

Por otra parte, se debe recordar que la integración a la litis de Skandia S.A., se hizo de manera oficiosa conforme lo ordenado dentro

de audiencia celebrada el 16 de mayo de 2019, (archivo n.º 1, pág. 408 y archivo n.º 2) y con base en lo informado por Colpensiones en una de las respuestas elevadas a las solicitudes de la fundación demandada, en donde se indicó que la demandante se encontraba afiliada a un fondo distinto al de Colpensiones o Porvenir (Skandia).

Por lo anterior, revisado minuciosamente el expediente digital, ninguna de las partes que para la época se encontraban vinculadas al proceso, allegó constancia de alguna petición radicada ante Skandia S.A., para los efectos aquí pretendidos, y luego de haber sido notificada, esta última allegó junto con su contestación una respuesta brindada el 13 de septiembre de 2016 a la demandante, respecto de una petición del 24 de agosto de 2016, es decir, mucho antes de impetrarse la presente demanda (el 16 de marzo de 2018 – *ídem*, pág. 62), pero en la que solicitó la proyección pensional (*ídem*, pág. 451 – 453) y en nada se hizo referencia a un posible cálculo actuarial o requerimiento en mora o cobro coactivo, que hubiera sido requerido a dicha entidad.

Las peticiones que fueron solicitadas por el *a quo* en audiencia del 25 de enero de 2021 (archivos n.º 7, 8), se allegaron por la Fundación Universidad de América, elevadas ante Old Mutual – Skandia S.A., pero el 10 de julio de 2019 y el 4 de septiembre de 2020 (archivo n.º 9), esto es, en cumplimiento de la orden que impartió el juzgador de instancia para vincular a dicha administradora de fondos de pensiones y para que *«la demandada pueda adelantar los trámites pertinentes a efecto de que sea elaborado el cálculo actuarial y de esta forma sea realizado el pago»*, mientras el proceso se suspendió por 3 meses (*ídem*, pág. 408 y archivo n.º 2), frente a lo cual, Skandia S.A. respondió en dos oportunidades por correo electrónico: la primera al correo miguelc@uamerica.edu.co del Coordinador de Nómina y Seguridad Social sin fecha visible, y la segunda al correo institucional del juzgado el 17 de febrero de 2021 (archivo n.º 10).

Así las cosas, lo que se colige es que en este caso, frente a Skandia S.A., no es viable aplicar lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, porque no fue por su culpa que inició este proceso, pues antes de su vinculación ninguno de los interesados buscó la forma de obtener por parte de dicha administradora el cálculo actuarial del que aquí se reclama su pago, a pesar de que sabían a ciencia cierta que el último fondo al que se encuentra actualmente vinculada la demandante es Skandia S.A.; por tanto, considera la Sala que las costas de primera instancia, han debido imponerse exclusivamente a la Fundación Universidad de América, y en ese sentido se **modificará** el numeral 5.º de la sentencia apelada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales **segundo** y **tercero** de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021 por el Juzgado 32.º Laboral del Circuito de esta ciudad, **pero** conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **quinto** de la sentencia apelada, en el sentido de condenar en costas de primera instancia única y exclusivamente a la Fundación Universidad de América, en el monto señalado por el *a quo*, como agencias en derecho.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15slsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eop6gpFIWNxMoRsJljutlFcBEsroK77piqPU6MI6ypA1qg?e=-9Qyzf4](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15slsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eop6gpFIWNxMoRsJljutlFcBEsroK77piqPU6MI6ypA1qg?e=-9Qyzf4)



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ STELLA RUÍZ GALLEGO** contra **PROMACOM PAK LTDA.**

EXP. 11001 31 05 018 2018 00484 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que entre ella y la demandada, existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 10 de noviembre de 2015 y el 4 de febrero de 2016.

En consecuencia, que se condenara al pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales causadas en ese lapso; al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; de la indemnización por despido sin justa causa, y de la sanción por el no pago de las cesantías.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 10 de noviembre de 2015, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada para desempeñar la labor de auxiliar de empaque en las instalaciones de la empresa ubicadas en la ciudad de Bogotá; que para el año 2015, devengó un salario de \$644.350; que para el año 2016, devengó un salario de \$689.454, y que ejecutó la labor que le fue encomendada de forma personal, y en cumplimiento de las instrucciones de su jefe inmediato y de un horario de trabajo.

Sostuvo, que la empresa alegó como causal para despedirla la liquidación o clausura definitiva de la empresa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 61 en el Código Sustantivo del Trabajo, pero que a la fecha no se ha iniciado un trámite de liquidación voluntaria, y que a la fecha no le han realizado el pago de su liquidación, pese a los requerimientos verbales y escritos que ha presentado ante la empresa.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de octubre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 14).

PROMACOM PAK LTDA., no se opuso a la pretensión de que se declarara la existencia del contrato de trabajo con la actora entre el 10 de noviembre de 2015 y el 4 de febrero de 2016. No obstante, se opuso a las pretensiones restantes, tras alegar que le pagó la totalidad de acreencias laborales y prestaciones sociales que solicitó en el escrito de demanda.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, cosa juzgada, transacción, buena fe, mala fe de la demandante y prescripción (f.º 42 – 47).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 29 de octubre de 2020, declaró que entre la demandante y **PROMACOM PAK LTDA.**, en calidad de empleador existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de noviembre de 2015, hasta el 4 de febrero de 2016; la condenó al pago de las siguientes sumas: **a)** \$16.546.320, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y **b)** \$21.006, por concepto de intereses moratorios; declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a la demandada.

Aclaró, que en el proceso no fue objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 10 de noviembre de 2015 y el 4 de febrero de 2016, y que como la actora, mediante su apoderado judicial, en audiencia celebrada el 24 de agosto de 2020, desistió de las pretensiones consistentes en el pago de las cesantías,

intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, e indemnización por despido sin justa causa, como quiera que dichos conceptos ya le habían sido cancelados, se centraría en determinar si procedía el pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Esgrimió, que la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que para que proceda tal indemnización debe analizarse si la conducta de la demandada estuvo precedida de buena o mala fe, debido a que su operación no es de plano.

Dijo, que el contrato de trabajo que unió a las partes finalizó el día 4 de febrero de 2016, pero que solo hasta el día 7 de febrero de 2018, la demandada realizó la liquidación definitiva del contrato de trabajo, y que esta alegó que siempre había cumplido con el pago de salarios, pero que no cumplió con el pago de las prestaciones debido a problemas económicos.

Expuso, que la crisis económica alegada por la parte demandada no era una causal que justificara el pago inoportuno de las prestaciones sociales a la actora, máxime cuando dentro del plenario no se acreditó que la empresa hubiere estado en proceso de liquidación por cesación de pagos o crisis económica al momento de la terminación del contrato de trabajo de la demandante.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación.

Arguyó, que el *a quo* no tuvo en cuenta la excepción de cosa juzgada, como quiera que con la demandada se suscribió un contrato

de transacción en el que se consignó que en la liquidación se había incorporado la totalidad de los valores correspondientes a salarios, descansos remunerados, primas, y en general todo concepto relacionado con salarios, prestaciones o indemnizaciones.

Solicitó, que en caso de que se confirmara la condena, se tuviera en cuenta que la actora interpuso la demanda el día 25 de septiembre de 2018, esto es, 24 meses después de terminado el contrato de trabajo (4 de febrero de 2016), por lo que únicamente debía ser condenada al pago de los intereses moratorios conforme a lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y que como el día 7 de septiembre de 2018, había pagado los salarios y la liquidación a la actora, los intereses moratorios se habían causado entre el 4 de febrero de 2016 y el 7 de febrero de 2018.

V. ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA

Una vez sustentado el recurso de apelación por la parte demandada, el *a quo* realizó una aclaración a la parte motiva de la sentencia, en el sentido de indicar que la demandada efectuó la liquidación de la actora el día 7 de septiembre de 2018, y no el día 7 de febrero de 2018, como erradamente lo indicó al momento de dictar la sentencia.

En este orden, señaló que la indemnización moratoria debía liquidarse desde el día 4 de febrero de 2016 hasta el 3 de febrero de 2018, por \$22.981 pesos diarios, y que desde el día 4 de febrero de 2018 hasta el 7 de septiembre de 2018, se liquidarían únicamente los intereses moratorios.

Al respecto, la parte demandada señaló que la indemnización moratoria debía liquidarse desde el 4 de febrero de 2016, hasta el día

7 de febrero de 2018, únicamente teniendo en cuenta los intereses moratorios, y no un día de salario por la mora.

VI. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandada, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes. La sala tendrá como problemas jurídicos, los siguientes: **i)** si debió declararse probada la excepción de cosa juzgada en virtud del acuerdo de transacción suscrito entre las partes, **ii)** y de no ser así, si la demandada debió ser condenada únicamente al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

DEL ACUERDO DE TRANSACCIÓN.

El artículo 303 del Código General del Proceso, establece que para que se configure la cosa juzgada, el nuevo conflicto debe versar sobre el mismo objeto, tener la misma causa y debe existir identidad de partes; sea el caso advertir que las decisiones finales que haya resuelto el primer litigio, adquieren el carácter de definitivas e inmutables, lo que confiere a las partes en contienda seguridad jurídica respecto de lo resuelto, pues justamente uno de los propósitos de la figura estudiada es evitar que sobre los mismos hechos se dicten decisiones contrarias, o que un mismo conflicto se resuelva en tiempos diferentes y en formas inversas.

En este asunto, se advierte que la excepción de cosa juzgada se propone con fundamento en la liquidación del contrato de trabajo efectuada por la demandada a la actora (f.º 8, 48), en la que se consignó lo siguiente:

“CONSTANCIA 1. Que el patrono ha incorporado en la liquidación anterior, en lo pertinente, la totalidad de los valores correspondientes a salarios, descansos remunerados, cesantías, vacaciones, primas y en general todo concepto relacionado con salarios, prestaciones o indemnizaciones. 2. Que no obstante lo anterior, se hará constatar por las partes, que con el pago de la suma de dinero a que hace referencia la presente liquidación, queda transada cualquier diferencia relativa al contrato de trabajo que ha quedado terminado, pues ha sido su común minino transar definitivamente, como en objeto transa todo reclamo pasado, presente o futuro que tenga por causa el mencionado contrato. Por consiguiente, esta transacción tiene como efecto la extinción de las obligaciones provenientes de la relación laboral que existe entre el patrono y el trabajador, quienes recíprocamente se declaran a paz y salvo por los conceptos expresados.”

Vale la pena señalar en este punto, que según el artículo 2469 del Código Civil, este documento es un contrato que suscriben las partes con el fin de terminar un litigio surgido entre ellas o para precaver un litigio eventual, y a diferencia de la conciliación, la transacción no se realiza con la intervención de alguna autoridad, sino que basta la manifestación escrita de las partes de que llegaron a un acuerdo sobre el punto litigioso o eventualmente litigio, para que esta tenga plena validez, así que se encuentra acreditado que en el caso de autos existe identidad de partes.

De otra parte, el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que en los asuntos del trabajo la transacción es válida salvo que se trate de derechos ciertos e indiscutibles; y según la jurisprudencia ordinaria laboral estos corresponden a aquellos cuya previsión normativa resulta inequívoca, concurriendo además los supuestos de hecho exigidos a favor de quien los reclama, de suerte que, cuando no existe norma que expresamente los contemple, o una imprecisión, oscuridad, ambigüedad, confusión o vacío en estas, o

simplemente no haya medio de prueba, o con suficiente entidad que acredite sus supuestos de hecho, o precepto alguno que exima de aportarlos al proceso, o cuando no obstante aparecer como acreditadas sus exigencias su reconocimiento pueda verse afectado por hechos que impidan su nacimiento, o lo modifiquen, o incluso, lo extingan (CSJ SL., 4 jul. 2012 rad. 48101).

Es decir, el carácter de cierto e indiscutible de un derecho que impide que sea materia de transacción o de conciliación, no surge automáticamente porque esté contemplado en una norma jurídica, sino que el interesado o beneficiario cumpla los supuestos de hecho o las condiciones establecidas en esa norma que lo consagra, por lo que, en ese sentido, un derecho se considera cierto, real, o innegable, cuando no exista duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen, y se establezca con certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad (CSJ SL., 14 dic. 2007 rad. 29332).

La transacción, estructura sus límites sobre la base de los principios de irrenunciabilidad e indisponibilidad, los cuales básicamente hacen referencia a la imposibilidad de renunciar, sin recibir nada a cambio, a los derechos y prerrogativas que conceden las normas legales (artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo), y la imposibilidad de negociar los derechos laborales que consagra el orden público, pero en el entendido de que ese derecho se tenga, porque es obvio que un trabajador no puede disponer, ni renunciar a lo que no tiene, o de lo que no posee certeza de que ineludiblemente debe ingresar a su patrimonio.

Al revisar la referida liquidación, se observa que la parte demandada no incluyó el valor correspondiente a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del

Trabajo, pese a ser evidente que a la terminación del contrato de trabajo no le pagó a la actora la totalidad de las prestaciones sociales que le adeudaba, y que transcurrieron 2 años, 7 meses, y 3 días para que lo hiciera, y aun así incluyó una clausula en la que indicó que en la liquidación se había incorporado todo concepto relacionado con indemnizaciones.

Sobre este punto, debe decirse que la imposición de la referida indemnización, no es de aplicación automática, y procede cuando quiera que, en el curso del proceso el empleador demandado no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta, por lo que le corresponde al juez adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador, y si este estuvo asistido de mala o buena fe (SL1054-2018).

Al revisar las pruebas obrantes en el expediente, no encontró esta sala que la parte demandada aportara razones satisfactorias y justificativas respecto de la conducta omisiva que adoptó frente al pago de la liquidación de la actora, pues pese a que efectuó el pago de la misma, lo cierto es que lo hizo 2 años, 7 meses, y 3 días después de la finalización del contrato de trabajo, y pese a ser consciente de que le adeudaba dichos rubros a la demandante por tan largo periodo, incluyó en la liquidación final una constancia de que la misma incluía el valor correspondiente a las indemnizaciones, pese a no ser cierto.

Ahora bien, aun cuando la recurrente alega que el acuerdo de transacción fue firmado de forma voluntaria por la actora, lo cierto es que la sola aquiescencia de esta no impide al empleador de ser condenado del pago de la sanción moratoria, máxime cuando no demostró que su obrar fuera de buena fe.

Aunado a ello, es una realidad que los trabajadores en muchas ocasiones, por ser la parte débil de la relación laboral, se ven compelidos a aceptar cualquier cantidad de dinero para obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, hecho este que conlleva a los empleadores a sustraerse de sus obligaciones para con sus trabajadores.

También, pese a que la parte demandada alegó que atravesaba una difícil situación económica al momento de la terminación del contrato, lo cierto es que no aportó prueba alguna que diera cuenta de que así fuera, o de que se encontrara en un proceso de liquidación por cesación de pagos como bien lo determinó el *a quo*, sumado a que en reiterada jurisprudencia nuestro órgano de cierre ha sentado que dichas circunstancias, por sí solas, no exoneran al empleador de la indemnización moratoria.

Así las cosas, considera esta sala que no incurrió en yerro alguno el *a quo* al condenar a la demandada por este concepto, por lo que sobre este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

DEL LÍMITE DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

Sobre la interpretación que debe dársele al texto del artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo, en sentencia SL9708 de 2017, la Corte precisó lo siguiente:

“Frente a las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte tiene asentado que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. De tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico, el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando

el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses siguientes a la finalización del vínculo.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente. Los intereses se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.”

Es claro entonces que cuando el trabajador no presentó su demanda dentro de los 24 meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) de salario por cada día de mora en la solución de salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

Así, la presentación oportuna de la demanda, esto es, dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, le da derecho al trabajador a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por 24 meses, calculados desde la finalización del contrato de trabajo, y, a partir del mes 25, tiene derecho a los intereses moratorios.

No obstante, el parágrafo segundo del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que modificó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es claro en establecer que lo dispuesto en el inciso 1.º de la última disposición mencionada solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente, mientras que para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 *ídem* en los términos explicados con antelación

Aclarado lo anterior, se tiene que en el presente caso no fue objeto de discusión que el contrato de trabajo de la actora finalizó el día 4 de febrero de 2016, como se desprende de la carta de renuncia suscrita por ella, obrante a f.º 49 del expediente; que solo hasta el día 7 de septiembre de 2018, la demanda efectuó el pago de la liquidación de las prestaciones sociales a la actora (f.º 50); que esta entabló su demanda ordinaria laboral el día 17 de agosto de 2018, como se evidencia en el acta individual de reparto que puede ser consultada a f.º 13, y que durante la ejecución del contrato de trabajo devengó un salario de \$689.454, esto es, el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2016, conforme a la liquidación de prestaciones sociales (f.º 8 - 48).

Ahora bien, la parte recurrente alega que como la actora interpuso su demanda 24 meses después de terminado el contrato de trabajo, debe ser condenada únicamente al pago de los intereses moratorios, apreciación esta que no comparte el juez colegiado, pues se itera que según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, lo consagrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, únicamente aplica respecto de trabajadores que devenguen más de un salario mínimo, lo que no sucede en el presente caso.

Aclarado lo anterior, se tiene que la parte demandada solicita que sea revisado el valor de la indemnización moratoria a la que fue condenada. Así, al efectuar las operaciones aritméticas de rigor que pueden ser consultadas en la tabla anexa, se tiene que la parte demandada le corresponde reconocerle a la actora el siguiente valor:

INDEMNIZACIÓN ART. 65 C.S.T.					
Desde	Hasta	Días	72453	Salarios Diario	Valor de la indemnización
5/02/16	4/02/18	720	\$ 686.454,00	\$ 22.881,80	\$ 16.474.896,00
Valor de la indemnización del Art 65 C.S.T.					\$ 16.474.896,00

INTERESES MORATORIOS - ARTÍCULO 65 C.S.T.						
Fecha inicial	Fecha Final	Días en mora	Tasa Efectiva anual	Tasa nominal diaria	Salarios y prestaciones sociales adeudados	Valor de los intereses por periodo
5/02/18	28/02/18	24	21,01%	0,0523%	\$ 264.693,00	\$ 3.319,95
1/03/18	31/03/18	31	20,68%	0,0515%	\$ 264.693,00	\$ 4.226,85
1/04/18	30/04/18	30	20,48%	0,0511%	\$ 264.693,00	\$ 4.054,40
1/05/18	31/05/18	31	20,44%	0,0510%	\$ 264.693,00	\$ 4.182,07
1/06/18	30/06/18	30	20,28%	0,0506%	\$ 264.693,00	\$ 4.018,23
1/07/18	31/07/18	31	20,03%	0,0500%	\$ 264.693,00	\$ 4.105,38
1/08/18	31/08/18	31	19,94%	0,0498%	\$ 264.693,00	\$ 4.088,51
1/09/18	7/09/18	7	19,81%	0,0495%	\$ 264.693,00	\$ 917,70
Valor de los intereses moratorios desde el 24/ 02/ 2019 al 08/ 08/ 2020						\$ 28.913,09

Finalmente, se observa que existe una diferencia entre el valor al que fue condenada la demandada por el *a quo*, correspondiente a la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y el que obtuvo esta sala, pues el valor al que arribó el juez de primera instancia fue mayor en \$71.424 M/CTE, por lo que sobre este punto habrá de **modificarse** la sentencia apelada.

Lo mismo ocurre con los intereses moratorios, pues sobre este rubro hay una ínfima diferencia de \$7.907 M/CTE, entre el valor que obtuvo el *a quo*, y esta sala, siendo mayor el último, como quiera que corresponde a la suma de \$28.913.09 M/CTE, y el valor al que condenó el *a quo* fue de \$21.006; no obstante, como quien apeló fue la parte demandada, sobre este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada, en virtud de la *nom reformatio in pejus*.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el literal **a.** del numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **MODIFICAR** el

valor de la indemnización moratoria al que fue condenada la parte actora al valor \$16.474.896 M/CTE, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

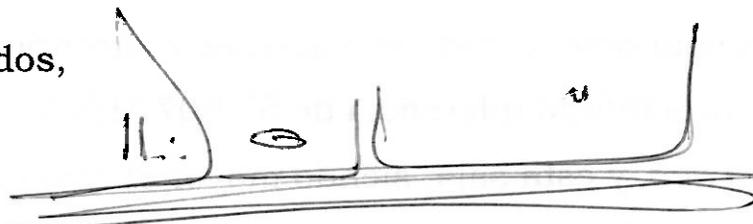
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

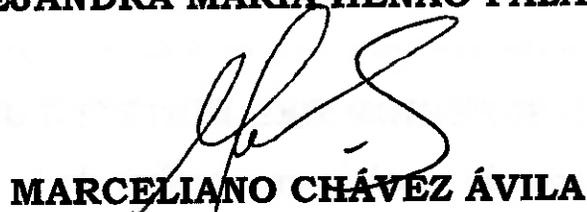
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA