



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: BELINDA CARO FLORIAN

DEMANDADO: SANDRA BIBIANA GOMEZ PINEDA y FREDY ERNESTO TAMAYO CASTELLANOS

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2019 00802 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2021 por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con Sandra Bibiana Gómez Pineda desde el 26 de enero de 2006 hasta el 28 de diciembre de 2018, a través del cual se desempeñó como empleada de servicio doméstico y que el señor Fredy Ernesto Tamayo Castellanos es solidariamente responsable, para que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada y solidariamente al señor Tamayo a pagar salarios, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías ni sus intereses, indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, indemnización moratoria, la pensión prevista en el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. (f.º 10-12)

Como sustentó sus pretensiones, relató que: el 26 de enero de 2006 celebró un contrato verbal a término indefinido para desempeñar el cargo de trabajadora de servicio doméstico, cumpliendo un horario de trabajo de lunes a domingo de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., devengando como salario el mínimo legal mensual vigente, sin embargo, la demandada le canceló un salario inferior al pactado, agregó que la encartada no le reconoció el auxilio de transporte, ni realizó el pago de prestaciones sociales, vacaciones, ni aportes a seguridad; relató que el 28 de diciembre de 2018 la demandada le manifestó que la familia se encontraba fuera de Bogotá y que no requerían más de sus servicios, finalmente, indicó que a la fecha no le han cancelado la liquidación de prestaciones sociales. (f.º 6-9)

Frente a estas pretensiones, la parte demandada presentó oposición en el escrito de contestación de la demanda, argumentando para ese efecto que entre las partes existieron varias relaciones laborales, en las cuales hubo solución de continuidad, aunado a que la demandante inicialmente laboró un día a la semana y además le fueron pagadas las acreencias reclamadas, agregó que la señora Caro Florian fue quien decidió no volver a laborar.

Formuló como excepciones las que denominó como buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, inexistencia del contrato de trabajo, prescripción, genérica, falta de legitimación en la causa por pasiva y pago (f.º56-68).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de julio de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido que inició el 26 de enero de 2006 y finalizó el 28 de diciembre de 2018 y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción. Condenó a la demandada Sandra Bibiana Gómez Pineda a pagar la indemnización por no consignación de las cesantías, ni sus intereses, a la indemnización moratoria y pago de los aportes a la seguridad social. Absolvió de lo demás.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación sobre los siguientes aspectos: i) la debida valoración de la prueba acredita que la demandante prestó servicios para la encartada de manera “diaria” durante toda la vigencia de la relación laboral; ii) la absolución de la indemnización por despido sin justa causa y iii) la liquidación de la indemnización por no consignación de las cesantías.

Al paso que la parte demandada recurre la decisión, en punto de la condena por concepto de indemnización moratoria y por no consignación de cesantías al sostener que su representada actuó bajo los postulados de la buena fe y las costas del proceso.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar las circunstancias de tiempo en que la demandante prestó sus servicios a la convocada a juicio y si procede la indemnización por despido sin justa causa.

Examinar si es procedente la condena de la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo, así como la indemnización moratoria por no consignación de acreencias laborales al finiquito de la relación de trabajo, al igual que su forma de liquidación, y si la actuación del empleador estuvo revestida de buena fe.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 36-39, respuesta a derecho de petición.
- A folio 69-70, comprobante consignación depósito judicial.
- Interrogatorio de parte demandada y demandante.
- Testimonios de Daniela Ramírez, Angie Paola Murcia Caro, Karen Tamayo, Giovanni Moncada, Julieth Tamayo Castellanos y Sandra Milena Montenegro.

Caso concreto

El juez de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido que inició el 26 de enero de 2006 y finalizó el 28 de diciembre de 2018, condenó al pago de la sanción por no consignación de cesantías e intereses, la indemnización por no pago de acreencias, y pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, decisión respecto de la cual la parte actora presentó recurso de apelación con sustento en que del material probatorio es posible concluir que la demandante prestó sus servicios de manera diaria durante el tiempo que se declaró la existencia de la relación laboral, que procede la indemnización por despido unilateral y se debe revisar la liquidación de la sanción moratoria por no consignación

de las cesantías; y la parte demandada presentó recurso de apelación respecto de la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria.

Bajo ese panorama, procede a la Sala a estudiar las pruebas recaudadas con miras a dilucidar la controversia planteada:

En el hecho 5 de la demanda se asegura que la señora Belinda Caro Florián cumplía un horario de trabajo de lunes a domingo de 8:00 a 5:00 pm, al paso que en la contestación se afirma que la prestación del servicio no se realizaba todos los días.

A folio 36-39, reposa respuesta emitida por los encartados al derecho de petición elevado por la actora donde se confiesa que la señora Florián laboró para aquellos desde el 26 de enero de 2006, dos días por semana durante esa anualidad, en el año 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, tres días a la semana, en el año 2016 cuatro días a la semana, en el 2017 cinco días y en el 2018 trabajó jornada completa.

La *demandante* en su interrogatorio de parte confesó que inicialmente y durante 2 años prestó sus servicios 2 días a la semana, los días miércoles y sábados, y posteriormente trabajó casi todos los días.

La *demandada* en su interrogatorio indicó que Belinda laboró con ella desde el año 2006, dos días a la semana y que solo hasta el año 2017 o 2018 empezaron a trabajar 4 días por semana.

Danelia Ramirez relató que conoce a la demandante desde hace 8 años, que Belinda le contó que trabajaba en una casa de familia de domingo a domingo, además la veía pasar todos los días cuando salía al trabajo, pero no sabe dónde quedaba el lugar donde trabajaba.

Angie Paola Murcia Caro – hija de la actora-, señaló que su mamá trabajaba en la casa de los demandados aproximadamente desde el año 2005, inicialmente laboró 2 veces a la semana y luego todos los días, en el año 2017 y 2018 pasó algunas veces a recoger el salario de la demandante.

Karen Tamayo Gómez -hija de los demandados- informó que conoció a Belinda porque trabajó en su casa realizando el aseo, no recuerda desde cuándo empezó a trabajar, lo que sí conoce es que inicialmente iba los miércoles y los sábados, pero si su mamá tenía mucho trabajo iba a trabajar martes o viernes.

Giovanni Moncada, Julieth Tamayo Castellanos y Sandra Milena Montenegro no ofrecieron ninguna información relevante en la medida que aseguraron no conocer a la demandante.

Finalmente, *Erika Jaqueline Combita Camacho* indicó que conoce a la familia desde hace 24 años que a Belinda la vio en la casa de Sandra donde trabajaba haciendo las cosas de la casa, pero no sabe cuándo comenzó, ni cuando dejó de trabajar.

Así las cosas y de las pruebas ya referidas, no posible concluir que la demandante prestara sus servicios para la demandada de forma diaria durante el interregno que se declaró la existencia de la relación laboral en la primera instancia, nótese por ejemplo, que la actora confesó que inicialmente laboró 2 días a la semana, y, posteriormente, trabajó *casi* todos los días, siendo importante precisar que dicha aseveración contradice abiertamente lo plasmado en el libelo genitor donde se aseguró que prestaba sus servicios para la demandada de *lunes a domingo*.

Como se dijera líneas arriba los encartados al dar respuesta al derecho de petición confesaron la prestación de servicios de la demandante al igual que los días en que aquella trabajó para ellos, así: desde el 26 de enero de 2006 hasta diciembre de ese año dos días por semana, en el año 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, tres días a la semana, en el año 2016 cuatro días a la semana, en el 2017 cinco días y en el 2018 trabajó jornada completa.

La prueba testimonial decretada a favor de la parte actora nada aporta al esclarecimiento de los hechos como quiera que la señora *Danelia Ramirez* resulta ser un testigo de oídas, en la medida que su dicho proviene de lo narrado por la demandante, a quien por demás ni siquiera le consta el lugar donde la señora Belinda prestaba sus servicios.

Al paso que *Angie Paola Murcia Caro*, – hija de la actora-, si bien se señaló que la demandante inicialmente laboró dos días a la semana y luego todos los días, tampoco ofreció mayor ilustración a la Sala, nótese que ni siquiera precisó los días en que su mamá comenzó a trabajar al servicio de la señora Sandra Gómez o si esa prestación posteriormente se dio de lunes a domingo, tal y como se sostiene en la demanda, además, se considera que no es un testigo presencial como quiera que aseguró que de vez en cuando frecuentaba el lugar donde la señora Belinda laboraba, de tal manera que ese testimonio no tiene la suficiente fuerza probatoria para derruir la confesión de los demandados en la respuesta al derecho de petición.

Karen Tamayo Gómez-hija de los demandados- informó que conoció a Belinda porque trabajó en su casa realizando el aseo, no recuerda desde cuándo empezó a trabajar, lo que si conoce es que inicialmente iba los miércoles y los sábados, pero cuando su mamá tenía mucho trabajo iba a trabajar martes o viernes.

La restante prueba testimonial tampoco permite dilucidar la controversia planteada, en tanto los deponentes manifestaron al unísono no conocer a la promotora de esta demanda.

De lo expuesto en precedencia, se avizora la improsperidad del recurso de apelación, como quiera que no existe medio probatorio alguno que acredite la prestación del servicio de la demandante todos los días a favor de la convocada en los términos indicados en el recurso, debiéndose confirmar la decisión primigenia en este punto.

Ahora, frente al argumento relacionado con que se aplique el *principio de favorabilidad*, de anotar que el mismo no tiene cabida en el caso bajo análisis, en razón a que el mismo supone la existencia de un conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, pero no sobre la interpretación de los medios probatorios, máxime cuando de lo expuesto por las partes se deduce que coinciden que la prestación de servicios que origina la relación laboral no siempre fue durante todos los días de la semana.

Respecto de la *indemnización por despido* sin justa causa pretendida en la demanda, de vieja data se ha sostenido coherentemente que le corresponde a la parte demandante demostrar la existencia del supuesto fáctico del despido, para que el mismo pueda ser calificado en su justeza o no, y luego valorar la procedencia o no del pago de indemnización.

En cuanto a las cargas probatorias, se ha sostenido también de manera uniforme que le corresponde al trabajador la demostración de la existencia del despido y una vez logrado ello, corresponde al empleador demostrar todas aquellas situaciones que lo justifiquen a la luz de las justas causas establecidas por el C.S.T. (Sentencia SL562-2018 -Radicación n.º 64074 del 7 de marzo de 2018, SL2954-2018 -Radicación n.º 65872 del 25 de julio de 2018, SL2949-2018 - Radicación n.º 56181 del 25 de julio de 2018 y Radicación 29.213 del 14 de agosto de 2007)

Así las cosas, se escuchó a la demandada en *interrogatorio* de parte quien en síntesis dijo que la señora Belinda trabajó hasta diciembre y decidió no volver, además, no presentó ninguna carta y tampoco fue requerida para que volviera, al paso que el encartado *Freddy Tamayo* precisó que la

demandante se fue en diciembre y no la volvieron a ver, mientras que la *actora* aseguró que laboró hasta el 28 de diciembre porque los demandados se iban de viaje y que la llamaban cuando regresaran, pero nunca se dio esa situación.

Sobre este aspecto la testigo *Danelia Ramirez* nada refirió al respecto y la señora *Angie Paola Murcia* afirmó que la demandante trabajó hasta diciembre de 2018 porque los demandados no la volvieron a contactar, el resto de deponentes no ofrecieron ninguna información sobre el particular.

Finalmente, al revisar la contestación al derecho de petición sobre este punto se indicó “ (...) **HECHO CUARTO:** *es falso que se haya terminado la relación laboral por parte del empleador unilateralmente, usted no volvió a nuestra casa a trabajar al año siguiente como lo venía haciendo en febrero, porque le disgustó que hubiéramos comprado una mascota y fue por voluntad propia suya que no quiso seguir trabajando con nosotros.*(...) (f.º 36-39)

En esa dirección, del material probatorio recaudado no se halla acreditada la causa de terminación del contrato, esto es, si fue por voluntad del trabajador o voluntad del empleador; y al no encontrarse demostrado quien tuvo la iniciativa de terminar el contrato de trabajo, ni si hubo o no justa causa de terminación, no queda más camino que confirmar la decisión de la juez de primera instancia.

En lo que tiene que ver con el recurso de apelación presentado por el apoderado de la señora demandada y que va direccionado a obtener la *revocatoria de las indemnizaciones moratorias de que tratan los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 99 de la Ley 50 de 1990*, se advierte que jurisprudencialmente la condena por estas sanciones está supeditada al estudio de la buena o mala fe del empleador en sentencia CSJ SL, 20 de sep. 2017, rad. 55280 reiteró:

“se ha de precisar que esta Corporación reiteradamente ha puntualizado que la indemnización moratoria, no opera de manera automática, sino que en cada caso concreto debe valorarse la conducta asumida por el empleador, a fin de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su actuar y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. Para esto, se ha establecido que el juez debe adelantar un examen del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la totalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo. También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, sino que solo basta con

que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley.”

Así las cosas, encuentra la Sala que en este caso particular no puede concluirse que de la conducta asumida por la demandada, surjan razones serias y atendibles que puedan demostrar actuó de buena fe, pues en el juicio se acreditó i) que entre las partes existió una auténtica relación laboral, ii) que ese hecho era conocido de atañe por la empleadora, tal como se acepta en la respuesta al derecho de petición donde se aceptó que el contrato celebrado entre las partes fue verbal a término indefinido y además inició el 26 de enero de 2006, iii) que la encartada a sabiendas que entre las partes existía una contratación laboral no canceló la totalidad de prestaciones sociales a la demandante y solo hasta el 20 de enero de 2020, en curso la presente demanda, procedió a consignar en el Banco Agrario el monto que desde el 24 de mayo de 2019 aceptó adeudarle, sin que sea válido sostener que el desconocimiento de estos temas pueda exculpar a la encartada de sus obligaciones como empleadora, por lo que no hay elementos de prueba que permitan exonerar a la convocada a juicio del pago de las mencionadas indemnizaciones, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia.

En otro giro, en lo que tiene que ver con el recurso de apelación de la parte demandante, relacionado con la forma de liquidar la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es de recordar que el límite de esta sanción es hasta cuando se efectúe la consignación de cesantías de los períodos adeudados al fondo al que se encuentre afiliado o seleccione el trabajador o, en su defecto, hasta la fecha de la finalización del vínculo laboral, cuando surge el pago de la indemnización por falta de pago, conforme lo ordena el artículo 65 del C.S.T.

Así las cosas, la sanción ahora analizada establece el pago de un día de salario por cada día de retraso en la consignación al fondo correspondiente, la cual debe hacerse a más tardar el 14 de febrero del año inmediatamente siguiente al de su causación, por lo que resulta ajustada la condena irrogada por el A-quo quien calculó la misma de la siguiente manera: por las cesantías causadas del año 2016, la indemnización corre desde el 15 de febrero del año 2017 hasta el 14 de febrero de 2018, y por las cesantías del año 2017, la indemnización corre desde el 15 de febrero 2018 hasta el 28 de diciembre de ese mismo año que se terminó el contrato de trabajo, de manera que el recurso de apelación en este aspecto tampoco está llamado a prosperar.

Por último, con relación al argumento de disenso del recurrente respecto de las *costas* a las que debe ser condenada la parte actora porque el señor Freddy Ernesto Tamayo Castellanos fue absuelto, la Sala debe recordar que estas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, y comprende las expensas y las agencias en derecho, presupuesto que no es el que acontece en el caso de marras, como quiera que varias de las pretensiones formuladas en el libelo genitor salieron avantes, sumado a que en todo caso el señor Tamayo Castellanos no fue llamado a este proceso como demandado principal, sino en solidaridad.

Bajo las anteriores consideraciones, deberá confirmarse la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

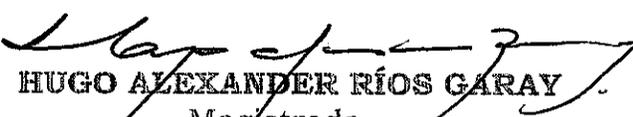
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de julio de 2021 por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

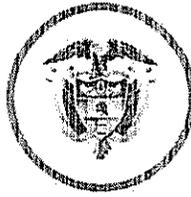
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JORGE ELIECER DONOSO CASTRO

DEMANDADO: AVIANCA S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00496 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a estudiar el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2021, por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* la nulidad de la cláusula incluida en el contrato suscrito por DONOSO CASTRO con AVIANCA y los otro si al contrato de trabajo y, en consecuencia, condenar en forma principal a dejar sin efectos todas y cada uno de los numerales de la cláusula adicional incluida en el contrato, condenar a la demandada a aplicar la convención colectiva suscrita y actualmente vigente con la organización sindical Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación A.C.M.A. al momento de suscribir el contrato de trabajo, al reintegro a las labores, teniendo como base la cláusula séptima (estabilidad) de la convención de trabajo o en su defecto la cláusula sexta del contrato de trabajo, a reconocer la retroactividad de todos los derechos convencionales relacionados con los salarios pagados durante la relación laboral, la indexación de los salarios dejados de percibir, la bonificación denominada “compensación de beneficios” desde el 9 de julio de 1996 hasta la fecha de despido, el reajuste y faltante de las prestaciones por todo el tiempo laborado, vacaciones,

horario adicional, ubicación en la categoría instituida en la Convención Colectiva, reajuste de cotizaciones a COLPENSIONES, reajuste de la liquidación, la indexación de los valores anteriores, lo ultra y extra petita y al pago de las costas.

Las anteriores pretensiones, las fundamenta en que el 2 de mayo de 1996 el sindicato A.C.M.A. realizó denuncia parcial de la convención vigente y presentación del pliego, Avianca como respuesta llamó individualmente a los técnicos afiliados y les propuso revisar el contrato de trabajo suscrito, la mayoría de los técnicos suscribieron el documento denominado revisión de Contrato de Trabajo. Desde la existencia de dicho documento la demandada trasladó las cláusulas convencionales a los contratos de trabajo como se observa en el contrato suscrito por el demandante.

AVIANCA contestó la demanda, se opuso a las pretensiones porque el actor suscribió el contrato de manera libre y con total cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para la validez de este tipo de actos jurídicos y, en consecuencia, es un acto que tiene total eficacia jurídica, el actor no es beneficiario de la convención, no procede el reintegro porque el contrato finalizó por una justa causa, ni tampoco las consecuenciales, ni las reliquidaciones de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás, aunado a que la demandada siempre pago el salario al actor según el tiempo laborado y con base en tal acuerdo.

Presentó las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago y la genérica o innominada.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de julio de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas y condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación indicando que los contratos son ley para las partes y en consecuencia en el proceso disciplinario se debe aplicar las cláusulas seis, siete y ocho de la convención colectiva, existió acoso laboral, la cláusula es ineficaz y se debe aplicar el principio de integralidad.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandada presentó escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la cláusula adicional del contrato de trabajo, y, en consecuencia, aplicar al demandante la convención colectiva suscrita con la organización sindical Asociación Colombiana de Mecánicos de Asociación, de manera integral.

Determinar si se configuran conductas de acoso laboral.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 52-55, Contrato de trabajo.
- A folio 56-58, otro si al contrato de trabajo.
- A folio 69, citación para descargos 15 de mayo de 2018.
- A folio 70, informe investigación 15 de mayo de 2018.
- A folio 73, comunicación suspensión por dos días de 30 de mayo de 2018.
- A folio 75, 521, cargos 20 de junio de 2018, informe de investigación.
- A folio 82, 531, acta de audiencia de 21 de junio de 2018.
- A folio 86, 535, cierre de proceso disciplinario 26 de junio de 2018, sanción terminación del contrato de trabajo.
- A folio 97, 546, comunicación terminación del contrato de trabajo.
- A folio 98-357, desprendibles de pago.
- A folio 358-359, solicitud nivelación salarial personal técnico presentada el 17 de marzo de 1997.
- A folios 360-363, solicitud del sindicato para que se reconozca carácter salarial a la bonificación compensatoria y respuesta de la entidad.
- A folios 364-453, convención colectiva
- A folio 518, adición contrato
- A folio 520, Certificación laboral
- Interrogatorio a las partes, testimonios de JOSE ZAMBRANO, CESAR ADOLFO GONZALEZ RODRIGUEZ, LUISA FERNANDA VALENCIA CEPEDA.

Caso concreto:

En este asunto no existe discusión sobre la existencia del contrato de trabajo entre las partes, ni sobre los extremos temporales, la discusión se centra sobre la validez o no de la cláusula adicional del contrato de trabajo, la aplicación de manera integral la convención colectiva de trabajo y sobre la existencia de conductas de acoso laboral por las investigaciones disciplinarias.

El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; y tiene capacidad para contratar las personas mayores de edad, según el artículo 29 del CST; y el artículo 43 del CST establece que no producen ningún efecto las cláusulas del contrato que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezca la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto.

Alega la parte demandante que la cláusula adicional en el contrato es ineficaz y, en consecuencia, se debe aplicar la convención colectiva al demandante.

La Cláusula Adicional reza: *“el trabajador deja expresa constancia de su voluntad libre y espontanea (sic) de renunciar a los beneficios derivados de la Convención Colectiva de Trabajo, toda vez que se acoge (sic) a las condiciones que ha (sic) continuación se indican que empezarán a regir a partir del 10 de julio de 1996 la relación laboral vigente entre las partes así:*

- 1º. El trabajador recibirá como contraprestación por sus servicios la suma de \$516.340 ... mensuales, suma que comprende lo siguiente: la cantidad de \$340.772 ... por concepto de remuneración básica u ordinaria y la suma de \$175.568 ... mediante la cual se compensan los beneficios de origen convencional o extralegal que a continuación se indican, así como todos aquellos que se deriven de la aplicación de las disposiciones ahora indicadas:*
- a) capítulo V de la Convención Colectiva vigente: cláusulas 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 63 y 67.*
 - b) capítulo VI de la misma codificación. Cláusulas 69 y 70.*
 - c) capítulo VII del estatuto mencionado: Cláusulas 80, 81, 82, 85, 89, 90, 91, 93, y 94.*
 - d) en general todos aquellos derivados de normas convencionales o contractuales vigentes, salvo lo que en este texto se acuerde en contrario,*

2°. Como consecuencia de lo anterior el trabajador acepta que los beneficios anteriores se paguen mensualmente, así el periodo de causación y pago que tenían en la Convención sea mayor o diferente.

3°. La suma global, que comprende los dos conceptos antes mencionados, tendrá reajustes cada año y será igual al total del aumento anual de los trabajadores convencionales de AVIANCA.

4°. La suma mensual pactada como compensación de los beneficios convencionales extralegales mencionados, los sustituye íntegramente, de tal manera que al ser compensados por la suma mensual dejan de tener aplicación en la forma y cuantía como aparecen pactados convencional o contractualmente, razón por la cual el disfrute simultáneo es incompatible.

5°. Las partes acuerdan expresamente que a partir de la fecha de vigencia de la presente revisión se dejarán de aplicar al trabajador las disposiciones contenidas en los capítulos I, III, IV y XIII de la Convención Colectiva de Trabajo vigente.

6°. Pactan igualmente las partes que al trabajador se le continuaran aplicando los beneficios y prerrogativas señalados en los capítulos II, VII, X, XI, XII (salvo lo expresado en la cláusula primera de la presente revisión) y XIV de la Convención, no como consecuencia de la aplicación de ésta, sino derivada de la vigencia del presente acuerdo.

7°. Como mecanismo de garantía al respeto del conocimiento, experiencia y eficiencia de su recurso humano, la Empresa ha elaborado un escalafón para su técnicos y mecánicos, en uno de cuyos niveles se encuentra el trabajador, y que el permitirá aumentos o mejoras salariales proporcional a su mejora en los aspectos salariales.

Tal escalafón se anexa a la presente revisión y su obligatoriedad integral es aceptada por ambas partes.

8°. La labor del trabajador se desarrollará en turnos diarios de ocho (8) horas efectivas laboradas y un descanso de 15 minutos.

9°. Los beneficios en especie suministrados por la Empresa al trabajador, tales como transporte, alimentación o alojamiento, se ratifica por las partes que no son factores salariales

10. los términos del presente acuerdo se han celebrado de buena fe y de manera voluntaria y por tal razón de obligatorio y bilateral cumplimiento por las partes.

En consecuencia cualquier acto unilateral del trabajador tendiente a desconocerlo se acepta como inexistente" (sic).

Para resolver el problema jurídico, lo primero que se observa es que el demandante contaba con más de dieciocho años cuando suscribió el contrato con Avianca, esto es, tenía capacidad legal para contratar, aunado las pruebas recaudadas no acreditan vicios del consentimiento, tales como dolo, fuerza o error, ni el convenio se refiere a objeto o causa ilícitos.

De los interrogatorios y testimonios recibidos se encuentra que antes de suscribir las partes el contrato, se dio en la empresa una etapa de revisión de los contratos suscritos con los técnicos ya vinculados con el objeto de mejorar el flujo de caja respecto de las cláusulas convencionales que no tenían incidencia salarial, en la medida en que una vez calculado el monto de dichas cláusulas y la periodicidad en que se generaba se decidió pagar ese monto de manera mensual.

Posterior a lo anterior, se suscribió el contrato entre las partes hoy en contienda, en el que se pactó la cláusula adicional en la que se advierte que el trabajador manifestó su voluntad de no afiliarse a uno de los sindicatos existentes en la empresa, lo cual dio lugar a la aplicación de la cláusula que se refiere a la revisión de contratos de los técnicos ya vinculados.

Es de anotar que en la convención colectiva que se allega al expediente se encuentra que la empresa estaba obligada a respetar el derecho de libre asociación a cualquiera de las organizaciones sindicales que suscriben el acuerdo, (literal (b) de la cláusula primera de la convención), la cual implica el respeto al derecho del trabajador de no afiliarse a alguna de las varias organizaciones sindicales que se encuentran al interior de la organización.

Pese a ello, se observa que el actor indicó en la exposición del interrogatorio de parte que se afilió al sindicato durante los tres (3) primeros meses de vigencia del contrato, pero que posteriormente fue llamado por su jefe quien le dijo que si quería seguir trabajando no tenía que afiliarse al sindicato; respecto de esta última aseveración no se cuenta en el proceso con soporte probatorio ya que no pasa de ser un argumento en la exposición al punto que no se mencionó en los hechos de la demanda.

Ahora el requisito señalado en el artículo 43 del CST para que una cláusula sea ineficaz es que se desmejore la situación del trabajador en relación con lo que se establezca en la legislación del trabajo, los fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, y así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como se puede constatar en las sentencias SL5523-2016, SL 986-2019 y SL703-2021, radicación 80356, en las que se expone que las “cláusulas que se opongan directamente a la regulación laboral, serán ineficaces”.

En el presente caso se alega por la parte recurrente que se debe aplicar la convención lo que permite interpretar que la desmejora es respecto de la convención colectiva.

Al revisarse el testimonio del señor JOSE ZAMBRANO se encuentra que al preguntársele si la cláusula adicional da lugar a una desmejora respecto de la convención, que indicó en síntesis que la empresa realizó una cuantificación monetaria de unas cláusulas convencionales como la de la entregar un litro de leche a determinados trabajadores, y la denominó bonificación y empezó la diferencia entre técnico revisado, no revisado y de cooperativa. Afirmó que para los que no firmaron surgió una desmejora respecto de los revisados y que la empresa le incumplió a los revisados dando lugar a una desmejora, pero que para determinar si existe o no desmejora se debe hacer un estudio.

De tal manera que no se advierte que la cláusula adicional ocasionare una desmejora para el actor, máxime si se tiene en cuenta que de las pruebas recaudadas se puede advertir que la demandada cuantificó las cláusulas convencionales que contenían beneficios extralegales no salariales y modificó su periodicidad de pago a mensual, lo cual mejoró el flujo de caja del demandante, esto es, porque un beneficio que se iba a pagar de manera semestral o anual se pagaría proporcionalmente de manera mensual y otros que se recibían en especie los recibiría en dinero, manteniendo la naturaleza de su origen esto es extralegal y no constitutiva de factor salarial.

Aunado el actor aceptó que recibió durante la vigencia del contrato los beneficios pactados, de tal manera que tampoco se observa la desmejora alegada.

En ese orden de ideas, no se observa que la cláusula adicional pactada por las partes hubiere desmejorado la situación del demandante frente a las normas contenidas en la convención colectiva 1994-1996, que eran las existentes para la época de la suscripción del contrato entre las partes, y, en consecuencia, no hay lugar a declarar su ineficacia al tenor del artículo 43 del CST.

Ahora respecto de la aplicación de la convención colectiva de manera integral al trabajador, lo primero que se observa es que la convención colectiva se declaró vigente para la Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación "ACMA", a través de sentencia judicial; lo segundo, es que fue una convención suscrita por varias organizaciones sindicales, y lo tercero, es que de conformidad a la cláusula primera de la convención dicha Asociación solo representa a los técnicos y/o mecánicos de aviación a ella afiliados; de tal manera que se requería la afiliación del actor a dicha Asociación para lograr la aplicación de la convención colectiva a su favor, situación que no aconteció.

Si bien no se desconoce que el actor señaló que estuvo afiliado al sindicato los tres primeros meses de vigencia del contrato, pero que luego se retiró, es de anotar que el señor JOSE ZAMBRANO señaló en el testimonio que el actor no se afilio a la organización ACMA que solo se acercó a dicha organización sindical cuando fue despedido para ver en que le podían ayudar, esto es, su acercamiento al sindicato fue al finalizar el vínculo pero no durante la vigencia del contrato, lo que impide que se aplique la convención al actor.

En relación con las conductas de acoso laboral porque se realizaron varias investigaciones disciplinarias en menos de tres meses, se debe tener en cuenta la Ley 1010 de 2006, mediante la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, la cual consagra las conductas constitutivas de acoso laboral como las que no lo son.

En el presente caso señala la parte demandante que se configura por las varias investigaciones disciplinarias en un periodo de tres meses; respecto de tal conducta señala la Ley 1010 de 2006 artículo 7 que se constituye conducta de acoso laboral en el literal e) “las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios”.

Revisado el expediente se encuentra que las quejas no fueron temerarias porque las investigaciones terminaron con sanción disciplinaria por la naturaleza de las conductas realizadas por el demandante; lo cual da lugar a aplicar el artículo 8 que se señala que no es conducta constitutiva de acoso laboral en el literal b) “los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos” y en el literal f) “las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo con base en una causa legal o en una justa causa ...”

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto del acoso laboral ha reiterado que se debe determinar la configuración efectiva de la conducta, el carácter persistente y demostrable, los efectos de dicha conducta, como se deduce de lo expuesto en la sentencia SL3075-2019, reiterada en la sentencia SL 3826-2020, radicación 74282.

“Así pues, para determinar si, en efecto, se está en presencia de un caso de acoso laboral, es necesario determinar la configuración efectiva

de la conducta, conforme lo establecido por el artículo 2º antes señalado, de manera que debe,

- acreditarse una conducta, por acción o por omisión;
- con carácter persistente y demostrable;
- presentarse en el contexto de una relación laboral; y
- existir la intención de generar miedo, intimidación, terror o angustia, causar un perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir a la renuncia del afectado.

Además, habrá de tenerse presente que, de conformidad con lo establecido por el artículo 11 de la Ley 1010, los efectos jurídicos previstos tienen lugar en la medida en que la autoridad competente -en este caso el comité de convivencia de la entonces demandada, o el Ministerio del Trabajo- hubiesen establecido la ocurrencia de los hechos constitutivos del acoso. Sobre el particular, en sentencia CSJ SL17063-2017, se dispuso que,

[...] esas conductas objeto de la denuncia o queja instaurada por la supuesta víctima, deben necesariamente enmarcarse dentro de aquellas que constituyen acoso en los términos del artículo 7 de la Ley 1010 de 200 (sic), y además como lo dispone la parte final del numeral 1 del artículo 11 ibídem, la autoridad administrativa, judicial o de control competente ha de verificar «la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento», requisitos indispensables para poder dar aplicación a las prerrogativas por retaliación, entre ellas dejar sin efecto la ruptura del nexo contractual laboral.

Así pues, se tienen dos aspectos puntuales que son relevantes en la discusión: a) la configuración del acoso laboral y b) el efecto de este respecto de la terminación del vínculo laboral, máxime cuando es actividad de los juzgadores realizar un razonable estudio de las normas aplicables y las pruebas existentes en el caso particular, de acuerdo con la sana crítica que debe orientar su autonomía de decisión de acuerdo con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL3776-2013).

De la misma manera que se han establecido causales o circunstancias bajo las cuales se entiende la existencia de una situación de acoso, hay otras en las que este se descarta. Tal es el caso de exigencias o el establecimiento de órdenes en ejercicio de la potestad de dirección con la que cuenta el empleador; el desarrollo de su facultad disciplinaria o la presencia de conflictos menores que pueden presentarse en el desarrollo de relaciones humanas”.

De tal manera que siguiendo ese derrotero normativo, jurisprudencial y probatorio se colige que no se acreditan las conductas de acoso laboral señaladas por el actor en la demanda, y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

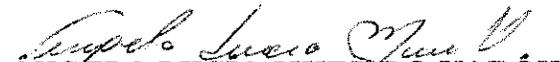
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

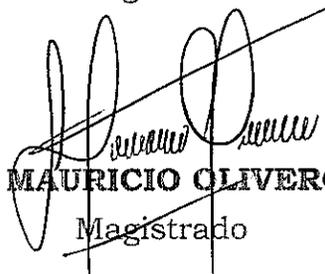
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio de 2021, por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

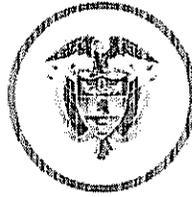
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: OLGA LUZ LOPEZ PERDOMO

DEMANDADO: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2019 00448 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 2021 por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante en su condición de ascendiente del señor Nelson David Rojas Lopez q.e.p.d. pretende se condene a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS a pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 20 de diciembre de 2016, fecha del fallecimiento de su hijo, y, como consecuencia, el pago de mesadas pensionales, los reajustes, el valor de las mesadas adicionales, los intereses moratorios, los derechos ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Sustenta las pretensiones en que es madre del señor Nelson David Rojas, quien laboró para la empresa Aerosucre desde el año 1992 hasta el 20 de diciembre de 2016 y falleció como consecuencia de un accidente de trabajo. El trabajador estaba afiliado a POSITIVA por riesgos profesionales. Falleció el 20 de diciembre de 2016. Al momento del fallecimiento era soltero, no hacía vida marital con persona alguna y no dejó hijos legítimos ni

extramatrimoniales. Veía por su madre la señora Olga Luz Perdomo y le prodigaba lo necesario para su subsistencia por cuanto su único ingreso era la pensión de sobrevivientes por la muerte de su esposo que asciende al salario mínimo legal mensual vigente. La demandante dependía de manera parcial de su hijo, presentó la solicitud de pensión a la demandada, la cual fue negada el 15 de enero de 2018.

Frente a esas pretensiones, POSITIVA contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque la investigación administrativa determinó que la ayuda que prestaba el hijo correspondía a la asunción de sus propios gastos de manutención y la demandante informó que devenga una pensión no inferior al salario mínimo.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe y la excepción genérica o innominada.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 27 de noviembre de 2020, absolvió a la demandada, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, condenó en costas a la parte demandante y fijó como agencias en derecho la suma de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia con sustento en que no se requiere la dependencia total y absoluta del padre respecto del hijo fallecido, y de acuerdo a las pruebas se acreditó que el hijo siempre se dedicó a ver por la madre absteniéndose de formar una familia propia; que si bien no se determinaron las sumas con que ayudaba al hijo no se acredita que la demandante fuera independiente económicamente del hijo; aunado a que no existe incompatibilidad para acceder a dos pensiones de sobrevivientes y el hecho de que la demandante al momento del fallecimiento de su hijo tuviera 65 años es indicativo de que estaba marginada de la actividad laboral.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las partes.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del señor Nelson David Rojas Lopez q.e.p.d.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

- A folio 4, Registro civil de defunción del señor Anselmo León Rojas Castaño con fecha de defunción el 17 de diciembre de 2004.
- A folio 5, registro civil de nacimiento de Nelson David Rojas López.
- A folios 8-10, Resolución de la Caja Nacional de Previsión Social por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante.
- A folio 11, registro civil de defunción del señor Nelson David Rojas Lopez con fecha de defunción el 20 de diciembre de 2016.
- A folios 12-15, determinación de origen profesional el accidente en que falleció el afiliado Nelson David Rojas López el 20 de diciembre de 2016, emitido por Positiva.
- A folios 16-18, declaraciones extraproceso de ARMYN GUERRERO MAYORGA y MANUEL ANIBAL MARTINEZ RODRIGUEZ.
- A folios 19-20, comunicación de 15 de enero de 2018 mediante la cual no se accede al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia.
- A folios 21-25, solicitud de revocatoria directa de la decisión de 15 de enero de 2018.
- A folios 26-27, respuesta de POSITIVA emitida el 8 de octubre de 2018.
- A folios 28-34, reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES.
- A folio 58, cd aportado por POSITIVA.
- Interrogatorio de parte y testimonios de ARMYN GUERRERO MAYORGA, MANUEL ANIBAL MARTÍNEZ RODRIGUEZ, MARIELA CARRANZA RAMIREZ y AMANDA TELLEZ.

Caso concreto

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen el afiliado falleció el 20 de diciembre de 2016, la disposición aplicable es la Ley 776 de 2002, artículo 11 y artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

En el presente caso no es objeto de discusión que el señor Nelson David Rojas López falleció el 20 de diciembre de 2016, que la causa de la muerte fue un accidente de trabajo, que se encontraba afiliado para cubrir los riesgos profesionales a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS.

La discusión se centra en que la demandante en su condición de madre del señor Nelson David Rojas López considera que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por depender económicamente de manera parcial de su hijo fallecido.

La Corte Constitucional respecto de la dependencia económica de los padres respecto de los hijos para acceder a la pensión de sobrevivientes indicó en la sentencia C-111 de 2006 “un conjunto de reglas que permiten identificar si una persona es o no dependiente a partir de la valoración del denominado mínimo vital cualitativo”¹, y la Corte Suprema Sala de Casación Laboral ha señalado unos requisitos que permiten acreditar la dependencia económica²

¹ (...)En este contexto, se han identificado por la jurisprudencia un conjunto de reglas que permiten determinar si una persona es o no dependiente, a partir de la valoración del denominado mínimo vital cualitativo, o lo que es lo mismo, del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular. Estos criterios se pueden resumir en los siguientes términos:

1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.
2. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica .
3. No constituye independencia económica recibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993
4. La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional
5. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes
6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica (...).

² SL14923-2014 con radicado 47676 del 29 de octubre 2014 MP. Rigoberto Echeverri Bueno, reiterada en las providencias dicha Corporación SL15116-2014, SL14539-2016 y SL11155-2017.

“(…) De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia.

Así, la dependencia económica tiene como rasgo fundamental el hecho de que, una vez fallecido el causante y, por lo mismo, extinguida la relación de contribución económica hacia el presunto beneficiario, la solvencia de éste último se ve amenazada en importante nivel, de

Teniendo en cuenta los criterios señalados por la jurisprudencia, se encuentra que la dependencia económica del padre o madre respecto del hijo puede ser parcial, pero esta debe ser cierta y no presunta, la participación económica debe ser regular o periódica, significativa respecto del total de los ingresos, y se analiza al momento del fallecimiento del causante.

Los elementos de prueba que obran en el expediente indican que la actora cuenta con la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del esposo desde el 17 de diciembre de 2004, por el monto de un salario mínimo, lo cual no es determinante de la independencia económica como lo señala la Corte Constitucional, por lo que se deben revisar los elementos de prueba que obran en el proceso.

La demandante en el interrogatorio de parte expuso que tuvo tres hijos, dos se encuentran vivos de estado civil casados, actualmente vive sola, paga arriendo, el tercer hijo falleció y era con quien vivía, que vivían en arriendo y pagaban \$600.000=, el hijo aportaba para otros gastos, le ayudaba con la alimentación, al momento de fallecer dejó dos motos y no tenía hijos; actualmente depende de lo que le dejó el esposo que ya falleció, recibe de pensión de sobrevivientes, un poquito más del mínimo, y al fallecimiento del hijo ya se encontraba pensionada.

Las declaraciones extraproceso presentadas por los señores ARMYN GUERRERO MAYORGA y MANUEL ANIBAL MARTÍNEZ RODRIGUEZ informan que la actora dependía de su hijo porque “al fallecer su esposo quedó desamparada económicamente”, lo cual es contrario al hecho de que la actora es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del esposo.

El señor MANUEL ANIBAL MARTÍNEZ RODRIGUEZ en la exposición ante el juzgado señaló que conoció al señor Nelson David Rojas López porque es amigo de la familia hace 40 años, la demandante tuvo tres hijos y el mayor era Nelson David, quien trabajaba en Aerosucre hace más de 20 años, prácticamente vivía con la mamá y le ayudaba con los servicios y gastos de la casa y arreglaba la casa, y cuando murió la mamá quedó desamparada.

manera que pone en riesgo sus condiciones dignas de vida. Esto es, una persona es dependiente cuando no cuenta con grados suficientes de autonomía económica y su nivel de vida digna y decorosa está subordinada a los recursos provenientes del que fallece. Tales condiciones, como también lo ha sostenido la Corte, deben ser analizadas en los momentos previos al fallecimiento y no después de tal suceso (CSJ SL886-2013) y en cada situación en concreto, a partir de la condición económica del presunto beneficiario y de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente practicadas en el trámite del proceso. (CSJ SL816-2013 y CSJ SL3630-2014) (...)."

No tiene conocimiento sobre la pensión. No sabe de quien es la casa, no sabe cuanto pagaban de arriendo. La demandante hacía masajes para contribuir al hogar. Sabe que Nelson David tenía novia, pero pensaba mucho en la mamá temía irse de la casa y la persona que tenía de novia no pensaba igual. Cuando falleció Nelson David ya se había ido del barrio unos años atrás. Sabe que los otros hijos trabajan y tiene sus hogares, pero no sabe si apoyan a la mamá.

El testigo ARMYN GUERRERO MAYORGA indicó que conoce a la demandante porque es su cuñada, que vive de la pensión que recibió cuando murió el esposo que ya recibía para la fecha de la muerte del hijo en el año 2016. Que la demandante para el año 2016 vivía con Nelson David, no sabe cuanto era el salario de él, sabe que vivían en arriendo, no sabe cuanto pagaban de arriendo, servicios, alimentación. El hijo ayudaba con los gastos de la comida, medicamentos y otros gastos, y lo sabe porque es cercano a la casa y lo vio varias veces cuando llevaba mercado o la daba para los medicamentos. No sabe con cuanto contribuía la demandante, pero sabe que de lo que le quedaba de la pensión ayudaba en la casa, no cubría totalmente porque el hijo ayudaba, los gastos eran compartidos, no sabe cual era el porcentaje con que contribuía exactamente el hijo. Sabe que tenía novia, pero no quería formalizar la relación por estar pendiente y apoyar a la mamá. Los gastos después del fallecimiento los asume con la pensión, la ayuda de la familia y los otros hijos.

La testigo MARIELA CARRANZA señala que es vecina de la demandante, la conoce hace 12 años, sabe que era casada, el esposo ya falleció, que tuvo tres hijos: Nelson, Alejandro y Cesar. Sabe que Nelson le colaboraba para la casa, gastos de comida, servicios y vivió siempre con ella. Sobre los recursos de la demandante, ella le comentó sobre la pensión y que compartían con el hijo; sobre los gastos expuso que lo normal: comida, servicios, medicamentos que la EPS no le daba y pagaban arriendo. No sabe cuanto pagaban de arriendo, pero le comentaba que tenía que pagarlo; respecto de la contribución expuso que lo máximo que el podía dejar, pero colaboraba lo que más podía, la cantidad es muy difícil decirlo, no sabe el porcentaje de la ayuda; actualmente sufraga los gastos con la pensión, vive a la raya con el poquito, no sabe cuanto paga de pensión; los otros hijos no le ayudan porque tienen su hogar y ella no los molesta y trata de defenderse con lo que tiene. No sabe cuanto paga de arriendo. Nelson David no era casado y hasta el final de sus días vivió con la mamá, no se casó porque siempre apoyaba a la mamá y eso lo detenía en casa, no tenía un sueldo para decir que la ayudaba y se defendía. El arriendo siempre lo pagaron ambos, y actualmente solo ella paga el arriendo.

AMANDA TELLEZ expuso que es vecina de la demandante hace 47 años, que la conoce y conoció a sus hijos, Nelson siempre vivió con la demandante y era su mano derecha, siempre vivía pendiente de ella, ayudándola. Tiene entendido que los gastos los sufragaba con la pensión del esposo, siempre se ha valido y ayudado con la pensión, pero quien estaba pendiente de ella era Nelson. Los gastos, arriendo, comida y gastos que siempre hay en una casa, servicios; lo sabe porque vive enfrente de donde ella vive y hablaba con ella; contribuía y se ha logrado mantener con la pensión, el causante aportaba su parte; la demandante hacía domicilios, se desempeñó en belleza, cortes, para el año 2016. En el 2016 ella le comentaba que no le aportaban los otros hijos, el único que estaba pendiente era Nelson porque los otros estaban jóvenes y ahora tienen sus obligaciones y vive solita y sobreviviendo del mínimo. Ahora está un poco enferma y ha dejado de hacer domicilios, no sabe para el 2016 cuanto podía recibir por los domicilios. No le conoció novia a Nelson, siempre lo conoció con los papás, la demandante vive sola. No sabe si los otros hijos la apoyan.

De la investigación administrativa se deduce que la demandante informó que no pagaban arriendo, vivían en una casa familiar, que el hijo ayudaba en lo que no alcanzaba a cubrir con la pensión, porque ayudaba a los hermanos y otros parientes mayores, que no pagaba arriendo, contrario a lo expuesto en el interrogatorio de parte y por los testigos que indican que pagaban arriendo, y con la declaración de vecinos se confirma que el hijo vivía en la misma casa de la madre y contribuía en los gastos del hogar.

Del análisis de las diferentes pruebas obrantes en el proceso se puede colegir que el señor Nelson David q.e.p.d. era hijo de la demandante, vivía en la misma casa con la señora madre, contribuía para los gastos del hogar, no pagaban arriendo, pero no se puede deducir que la demandante dependiera económicamente del hijo ni siquiera parcialmente por las siguientes razones: primera porque la demandante para su sostenimiento cuenta con la pensión de sobrevivientes a la que accedió por el fallecimiento de su esposo, segunda porque la contribución del hijo hoy fallecido al cubrimiento de los gastos familiares era su contribución al hogar por la participación en dichos gastos más no porque la demandante dependiera de su aporte para sufragarlos, recuérdese que ella informó en la investigación administrativa que el hijo le ayudaba con lo que no alcanzaba a cubrir con la pensión y por obvias razones debía ayudar primero por la obligación legal y moral de ayudar a los padres y segundo porque con su presencia en la casa materna coadyudaba a generar esos gastos que se debían pagar, tales como alimentación y servicios. Lo anterior se corrobora con los testimonios: del

señor ARMYN GUERRERO MAYORGA cuando expuso que el hijo ayudaba con los gastos de la comida, medicamentos y otros gastos, de la señora MARIELA CARRANZA cuando señaló que la demandante le comentó sobre la pensión y que compartían con el hijo y de la señora AMANDA TELLEZ cuando dijo que tenía entendido que la demandante sufragaba los gastos con la pensión del esposo, y que el causante aportaba su parte.

La tercera razón por la que no se acredita la dependencia económica es por la actividad económica de la demandante cuando hacía sus domicilios, recuérdese que los testigos MANUEL ANIBAL MARTÍNEZ RODRIGUEZ y AMANDA TELLEZ expusieron que la demandante hacía masajes y domicilios para contribuir al hogar en el año 2016, y la cuarta porque de los dichos de los testigos y de las pruebas obrantes en el expediente no se logra cuantificar el aporte económico con el que contribuía el hijo hoy fallecido al hogar. Nótese que los testigos manifestaron desconocer dicho monto, aunado a que al compararse los gastos del núcleo familiar con el hijo y sin el hijo informados por la demandante en la investigación administrativa se logra observar que los ingresos de la demandante cubren el monto de los gastos propios, esto es, sin los gastos que generaba el hijo, con sus propios ingresos.

En ese orden de ideas, se arriba a la misma conclusión de la juez de primera instancia, esto es, que no se acredita en el expediente que la demandante dependiera económicamente de su hijo fallecido ni siquiera parcialmente.

Respecto de los argumentos del recurso de apelación, es de anotar que en el presente caso no se acredita la dependencia económica de la madre respecto del hijo fallecido por las razones antes expuestas, circunstancias que se verifican al momento del fallecimiento del hijo y aun cuando se señala en el recurso que la demandante por su edad estaba marginada de la actividad laboral es de anotar que son los mismos testigos de la demandante los que informaron en el proceso sobre su actividad económica realizando masajes y domicilios sobre actividades de belleza lo cual deja sin sustento el argumento de apelación.

Por las anteriores razones no se acredita por la demandante el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes, recordando que la carga de la prueba de la dependencia económica corresponde a la demandante tal como lo ha señalado la jurisprudencia entre otras en las sentencias rad. 36026 de 24 de noviembre de 2009 y SL6390-2016 radicación 48064 del 13 de abril de 2016 proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no haberse causado.

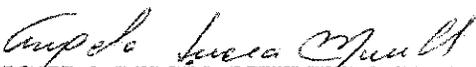
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

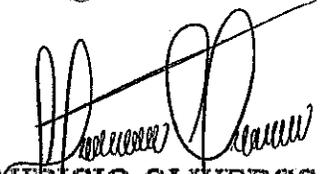
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de mayo de 2021 por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: sin costas en la presente instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LIGIA MARÍA DUQUE DE BAQUERO

DEMANDADO: COLPENSIONES y MIRIAN CRISTINA GABILANES JIMÉNEZ
COMO LITISCONSORTE NECESARIA.

RADICACIÓN: 11001 31 05 013 2019 00884 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Colpensiones y Miriam Cristina Gabilanes Jiménez contra la sentencia proferida el 04 de junio de 2021 por el Juzgado Primero (01) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá. Además, surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en su calidad de cónyuge supérstite del pensionado Carlos Alberto Baquero Herrera (Q.E.P.D.), en un porcentaje del 71,96% o en el que se determine, teniendo en cuenta que ya le había sido reconocido el 06 de diciembre de 2017 mediante la Resolución SUB-280488 y, posteriormente, revocada por la Resolución SUB-147310 de 11 de junio de 2019 y confirmada por las resoluciones SUB-213136 de 08 de agosto de 2019 y DPE-11601 de 18 de octubre de 2019. Solicita, igualmente, que el derecho pensional sea reconocido desde el 08 de octubre de 2017, fecha en la que falleció el señor Carlos Alberto Baquero Herrera, debidamente indexado o ajustado al IPC, junto con sus respectivos intereses

moratorios, así como el pago del retroactivo pensional y cualquier otro derecho que resultare probado, junto con las costas y gastos del proceso (Fl. 4).

Como sustento de sus pretensiones, indicó que contrajo matrimonio católico con el causante el 17 de enero de 1975, momento desde el cual mantuvieron una convivencia, singular y permanente, compartiendo lecho, techo y mesa con el señor Carlos Alberto Baquero Herrera, hasta el año 1998, cuando por razones laborales el causante se trasladó a la ciudad de Palmira (Cali) para crear una fundación, sin embargo, esta situación nunca los distanció, pues siempre se mantuvo el vínculo matrimonial, el socorro y ayuda mutua hasta el día de su muerte; que en dicha relación no se procrearon hijos; agregó que mediante la resolución GNR-132516 del 04 de mayo de 2016, Colpensiones le reconoció a su esposo una pensión de vejez; que el 02 de junio de 2017 mediante escritura pública y de común acuerdo, disolvieron y liquidaron su sociedad conyugal; que el 08 de octubre de 2017, el señor Baquero Herrera falleció en la ciudad de Pasto; que el 17 de noviembre de 2017 tramitó ante Colpensiones la sustitución pensional de su esposo, trámite al que también se presentó la señora Miriam Cristina Gabilanes Jiménez en su condición de compañera permanente del señor Baquero Herrera; que mediante resolución GNR 280488 del 06 de diciembre de 2017, Colpensiones reconoció la sustitución pensional a favor de las dos reclamantes así: 71,96% a favor de la señora Duque de Baquero y 28,04% para la señora Gabilanes Jiménez; que posteriormente mediante la resolución 147310 del 11 de junio de 2019, Colpensiones negó el reconocimiento pensional de la demandante; que contra esa decisión se interpuso los recursos de reposición y apelación, mismos que fueron despachados de manera desfavorable. (Fl. 8-11)

COLPENSIONES a través de su apoderada judicial contestó la demanda con oposición a las pretensiones, al considerar que en el expediente obra prueba veraz y eficiente que determina que el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la demandante en calidad de cónyuge se basó en un fraude, pues la demandante ocultó el hecho de que la sociedad conyugal con el pensionado se encontraba disuelta y liquidada; además de que no acreditó la condición de beneficiaria, al no haber existido vida marital con el causante dentro de los cinco años anteriores a su fallecimiento.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó “prescripción y caducidad”, “inexistencia del derecho y de la obligación”, “cobro de lo no debido”, “no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria” y “buena fe”. (Fls. 369- 382)

Al dar respuesta a la demanda, MIRIAN CRISTINA GABILANES JIMÉNEZ, a través de su apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En su defensa, sostuvo que entre la demandante y el causante hubo una separación de hecho desde 1985, sumado a que previo al deceso del pensionado, la mencionada pareja liquidó y disolvió la sociedad conyugal. En este sentido, solicitó negar las pretensiones de la demanda y reconocer en su calidad de compañera permanente del señor Carlos Alberto Baquero Herrera la prestación en un 100%.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó “inexistencia del derecho – falta de legitimación en la causa” y “cobro de lo no debido”. (Expediente digital, Carpeta Contestación de la demanda, documento contestación de la demanda No. 2019 00884).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (01) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 04 de junio de 2021, declaró que la señora Ligia María Duque de Baquero mantuvo el vínculo matrimonial con el pensionado hasta su fallecimiento y si bien descarta que la demandante haya convivido con el causante hasta el día de su muerte, señala que acreditó haber convivido con él durante más de cinco años entre 1975 y 1998, por lo que tiene derecho al reconocimiento de la pensión en un porcentaje igual al 71,96%. Asimismo, indicó que no es posible acceder a las pretensiones de la litis consorte necesaria Mirian Cristina Gabilanes Jiménez, toda vez que a la cónyuge del asegurado también le asiste el derecho de reconocimiento a la sustitución pensional en un tiempo igual al de su convivencia matrimonial, por lo que seguirá percibiendo la prestación en un 28.04%. Condenó a Colpensiones a pagar a favor de la demandante la pensión reconocida a partir del 08 de octubre de 2017, autorizando a Colpensiones a descontar lo pagado desde el 08 de octubre de 2017 y el 30 de junio de 2019; autorizó, igualmente, a la demandada descontar los aportes al sistema general en salud. Absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones. Declaró no probadas las excepciones de la pasiva y fija como agencias en derecho a favor de la demandante una suma de \$1.200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la litis consorte necesaria interpone recurso de apelación haciendo alusión a que el reconocimiento pensional realizado por Colpensiones en el año 2017 se basó en un fraude realizado por la señora Ligia María Duque ante la entidad al no mencionar la liquidación de la sociedad conyugal con el pensionado. Señala que el juez de conocimiento

desconoce el precedente judicial sentado en sentencias como las C-515 de 2019, C-1145 del 2000, C-1176 de 2001, C-336 de 2014, SU428 de 2016 y la SU149 de 2021. Aduce que la Corte Constitucional ordenó a la Corte Suprema de Justicia cambiar su posición en el sentido de admitir la convivencia de los cónyuges durante cinco años en cualquier tiempo. Adicionalmente, menciona que el despacho desconoce las pruebas aportadas al proceso y tendientes a demostrar el abandono del hogar por parte de la demandante y, por lo tanto, no se vio desamparada y perjudicada con el deceso del causante, como si lo hizo la señora Mirian Cristina Gabilanes Jiménez.

La parte demandada presentó recurso, señalando que no puede ser desconocido el fallo de la Corte Constitucional C-515 de 2019, el cual resalta la liquidación de la sociedad conyugal habilita la pérdida de la calidad del beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sin importar el término de la convivencia y que esta consideración fue, precisamente, uno de los motivos para que Colpensiones revocara el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia a la demandante. En el mismo sentido hace referencia a las sentencias SL12442 de 2015, SL16949 de 2016 y SL11536 de 2017, en las que la Corte Suprema de Justicia ha reseñado que frente al tema de la pensión de sobrevivientes, todo aquel que pretenda ser reconocido como acreedor deberá demostrar, no solo que hace parte de la familia del asegurado, sino además la carencia económica, moral o afectiva que es la que busca satisfacer la seguridad social en protección de la familia. Aduce que la demandante no logró acreditar los lazos de familiaridad, apoyo y socorro mutuo, como tampoco la existencia de una relación afectiva con el causante después de la separación en 1998.

ALEGACIONES

Tanto el apoderado de Colpensiones, como la apoderada de la demandante presentaron alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante con sociedad conyugal disuelta y liquidada, y la litis consorte necesaria acreditan el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Elementos de prueba relevantes

- A folio 49, registro civil de matrimonio.
- A folios 51 a 53, copia de documentos de identificación del causante.
- A folios 54 a 59, Resolución GNR132516 del 06 de mayo del 2016, por medio de la cual Colpensiones concede una pensión de vejez al señor Baquero Herrera.
- A folio 60, registro civil de defunción del pensionado.
- A folio 69, copia del documento de identidad de la demandante.
- A folios 70 a 72; 99 a 107, declaraciones extra juicio.
- A folios 73 a 77, Resolución SUB280488 del 06 de diciembre de 2017.
- A folios 78 a 79, Resolución APSUB 392 del 01 de febrero de 2018.
- A folios 81 a 85, Resolución SUB73898 del 20 de marzo de 2018.
- A folios 87 a 98, Documentos investigación administrativa.
- A folios 118 a 127, informe técnico de investigación.
- A folios 137 a 145, Resolución SUB147310 del 11 de junio de 2019.
- A folios 146 a 170, Recurso de reposición contra la Resolución SUB147310.
- A folios 171 a 183, historial conversaciones de WhatsApp.
- A folios 186 a 189, registro fotográfico.
- A folios 190 a 205, Escritura pública de liquidación de la sociedad conyugal.
- A folios 207 a 217, Resolución SUB213136 del 08 de agosto de 2018.
- A folios 221 a 229, Resolución DPE11601 del 18 de octubre de 2019.
- A folios 231 a 240, Resolución SUB183423 del 12 de julio de 2019.
- Interrogatorios de parte de Ligia María Duque de Baquero y Mirian Cristina Gabilanes Jiménez.
- Testimonios de Ana Celia Duque, Jairo Humberto Duque Roa, José Domingo Parra, María del Rosario Serrano Acevedo, Juan Alejandro Chicaiza López y Alicia Reina.
- Expediente administrativo.

Caso concreto:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen el pensionado falleció el 08 de octubre de 2017, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

En el presente caso no es objeto de discusión que el señor Carlos Alberto Baquero Herrera (Q.E.P.D.) ostentó la calidad de pensionado de la entidad demandada como se constata en la Resolución GNR-132516 del 04 de mayo de 2016 (Fls. 54-59). Tampoco se discute la fecha, ni el lugar de su deceso 08 de octubre de 2017, en Pasto (Nariño) (Fl. 60). Así como tampoco se pone en duda la calidad de cónyuge supérstite de la señora Duque de Baquero, pues, en el plenario milita registro civil de matrimonio (Fl. 49) y no se observa prueba alguna que permita establecer la cesación de los efectos civiles de esa unión.

De otro lado, se encuentra que la juez de primera instancia resolvió reconocer la pensión de sobrevivientes a la demandante atendiendo al precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que admite que la convivencia entre cónyuges por un periodo igual o superior a cinco años en cualquier tiempo, si el vínculo matrimonial se mantiene vigente, aunque éstos no se encuentren cohabitando al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, así se haya realizado la liquidación de sociedad conyugal. (Sentencia CSJ SL, 13, mar. 2012, Rad. 45038)

Inconformes con la decisión, los apoderados tanto de la demandada, como de la Litis consorte necesaria interpusieron recursos de apelación, aduciendo omisión al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, al otorgarle a la demandante la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, aun cuando la sociedad conyugal fue disuelta y liquidada.

Sobre la materia, es preciso señalar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente serán la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.”

De la lectura del aparte transcrito se pueden colegir dos situaciones que no pueden compararse, la primera de ellas relacionada con el vínculo matrimonial o “unión conyugal” y la otra con la “sociedad conyugal vigente”. Frente a la primera situación, el artículo 113 del Código Civil, define el matrimonio como un “*contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.*” En consecuencia, en virtud del matrimonio, surgen para los contrayentes obligaciones personales, como el socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, los cuales subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso; mientras que la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico de la unión. Es decir, que los efectos patrimoniales y de bienes dependen del vínculo matrimonial y no al contrario.

Al compás de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral (Sentencia SL1399 de 2018) ha señalado que:

“(…) no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivas a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar.”

Para el órgano colegiado, la finalidad de esta decisión es proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social y que es propio del vínculo matrimonial (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41673, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-

2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019, CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020 y CSJ 2746-2020).

Así las cosas, en el presente caso se analizarán los criterios de convivencia, apoyo y socorro mutuo durante la última etapa de vida del causante que de acuerdo con la Corte Constitucional son los elementos a ser analizados en cada caso concreto, para determinar si la cónyuge tiene derecho a percibir el beneficio al que se ha venido haciendo referencia.

Bajo este entendido se procede a analizar todo el material probatorio encontrando lo siguiente:

Del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se puede extraer que contrajo nupcias con el causante el 17 de enero de 1975 en la ciudad de Bogotá; aseguró que desde ese momento iniciaron una vida juntos que se prolongó hasta el día de su muerte; que en el año 1998 el señor Baquero Herrera tuvo que trasladarse a la ciudad de Palmira debido a temas relacionados con su trabajo y, posteriormente, se mudó a la ciudad de Pasto, lugar en el que falleció el 08 de octubre de 2017; que jamás supo de la existencia de la señora Gabilanes Jiménez, pues aunque nunca viajó al lugar de residencia de su esposo, ellos mantenían comunicación diaria por WhatsApp y vía telefónica; que éste la visitaba 3 o 4 veces al año; que para el fallecimiento de su madre el causante la acompañó, así como ella lo acompañó cuando fallecieron los padres de él y uno de sus hermanos; que siempre que el señor Baquero Herrera venía a Bogotá se quedaba en el apartamento matrimonial; señaló que no tuvieron hijos porque su esposo no podía tenerlos; que disolvieron la sociedad conyugal por error; que económicamente se apoyaban mutuamente; y también indicó que no asistió al funeral de su esposo porque cuando por fin obtuvo respuesta al celular de éste, le informaron que él había fallecido y que ya había sido inhumado.

Como apoyo a su dicho se recibieron los testimonios de la señora Ana Celia Duque, hermana de la demandante, quien en síntesis manifestó que la pareja convivió de forma permanente e ininterrumpida los 365 días del año desde 1975 hasta 1998, momento en el cual el señor Baquero Herrera se tuvo que ir a otra ciudad por cuestiones laborales; señaló que los contrayentes siempre estuvieron pendientes el uno del otro, que incluso la señora Ligia María hacía préstamos bancarios para ayudarlo cuando el *de cujus* tenía dificultades económicas; que se acompañaron incluso en los momentos más difíciles cuando fallecieron sus familiares; manifiesta que fueron a Tenjo a una finca con la pareja en abril de 2017; finalmente, señala

haber sido muy cercana al causante y constarle todas y cada una de las afirmaciones hechas en su declaración.

También compareció el señor Jairo Humberto Duque Roa, hermano de la demandante; aseguró conocer al causante por ser el esposo de su hermana mayor; señala que ellos eran muy allegados; que a pesar de la distancia ellos nunca dejaron de tener relación sentimental, compartían cada vez que había la oportunidad y se comunicaban diariamente; que su cuñado falleció de cáncer de páncreas; que entre 2016 y 2017 mientras estuvo enfermo el señor Baquero Herrera vivió en Pasto, pero las ocasiones que vino a Bogotá se quedó en la casa de su hermana Ligia, excepto la última vez que estaba muy enfermo y por comodidad se quedaba donde su hermano Pablo; asegura que el señor Baquero Herrera nunca les contó de la existencia de la compañera permanente, pues siempre manifestó que se trataba de una “viejita” que le ayudaba con los oficios del hogar; resalta que jamás los vio discutir.

Se escuchó también el testimonio del señor José Domingo Parra, quien manifestó conocer a la demandante desde 1993, aproximadamente, porque le presta servicio de transporte y, debido a esto, conoció al señor Carlos Baquero como el esposo de la demandante; señala que desde 1997 él recogía en el aeropuerto al causante y lo llevaba a la casa de su esposa a quien se refería como “mi chinita”; indica que el señor viajaba 4 o 5 veces en el año cuando vivía en Palmira, ya de 2016 a 2017 viajaba con menos frecuencia de Pasto a Bogotá, más o menos 2 veces por año; adujo que la última vez que supo de la pareja fue en 2017, cuando la señora Ligia le informó que su esposo se encontraba muy enfermo.

Al paso que María del Rosario Serrano Acevedo aseguró que conoce a la demandante hace 44 años, porque es amiga de Ana Celia Duque, hermana de la demandante; que conoció al señor Carlos Alberto Baquero como el esposo de la señora Ligia María; que cuando los conoció ellos ya estaban casados, vivían en la ciudad de Bogotá y que el vínculo perduró hasta el 2017 cuando el señor falleció; que a pesar de los viajes del causante, ellos nunca se separaron; que la pareja se apoyaba económicamente; que acompañó a la demandante a la clínica de SaludCoop para que ella visitara a su esposo; que si bien en marzo de 2017 el causante no pernoctó en el hogar matrimonial, lo hizo por recomendaciones médicas que le impedían subir y bajar escaleras debido a un procedimiento médico que le practicaron; asegura que la pareja compartió como esposos con posterioridad a la intervención quirúrgica, esto es, en mayo de 2017; manifiesta desconocer la liquidación de la sociedad conyugal; que la pareja se acompañó en momentos difíciles como los fallecimientos de familiares; que todo lo manifestado le consta porque ella era muy cercana a la familia

y visitaba con frecuencia su hogar, por lo que ella pudo escuchar a la pareja conversando telefónicamente.

A la par, se escuchó en interrogatorio a la señora Mirian Cristina Gabilanes Jiménez, quien señaló ser la compañera permanente del causante desde el año 2009, relación que se mantuvo hasta el final de sus días en 2017; que siempre convivieron en la ciudad de Pasto; que si bien escuchó hablar de la señora Ligia María, el señor Baquero siempre se refería a ella como la ex; que su compañero viajaba solo de forma ocasional a la ciudad de Bogotá y que lo hacía solo para atender situaciones en concreto, como es el caso de fallecimientos, entre ellos, el de uno de sus hermanos y el de su ex suegra, madre de la señora Ligia María Duque; que ella siempre estuvo pendiente de la salud y el bienestar del señor Baquero Herrera, incluso estuvo cuatro meses en la capital del país acompañándolo en su enfermedad; que ella no trabajaba, porque cuando su compañero se pensionó le pidió que dejara de hacerlo, por lo que vivían de esa pensión.

Para probar sus afirmaciones, solicitó la práctica de algunos testimonios, entre ellos el del señor Juan Alejandro Chicaiza López, quien manifiesta conocer a la señora Mirian Cristina Gabilanes desde hace 40 años porque es su cuñada; señala que conoció al causante en el año 2008, como una persona muy dedicada al trabajo, que dirigía una fundación en la ciudad de Pasto; indica que el señor Baquero Herrera y la señora Gabilanes Jiménez no solo vivían juntos, sino que además desarrollaban actividades laborales juntos; que convivieron ininterrumpidamente desde 2009 en la ciudad de Pasto hasta el 08 de octubre de 2017 cuando el señor fallece de cáncer de páncreas, situación que le consta porque frecuentemente la pareja visitaba su hogar y viceversa; que el pensionado vivía con la señora Gabilanes, las hijas de ésta y un nieto; que la señora Gabilanes Jiménez fue quien estuvo acompañando al *de cuius* hasta el momento de su muerte; asegura que las veces que el señor Baquero Herrera se refería a la señora Ligia María, lo hizo denominándola como “mi ex”; que la familia conformada por el causante y la compañera permanente se sostenía de la pensión de éste; señala que el señor Baquero viajó muy pocas veces a Bogotá, entre ellas hacia el final de sus días, por cuestiones médicas, momento en el que siempre estuvo acompañado de la señora Gabilanes.

En igual sentido, se escuchó a la señora Alicia Reina, quien señaló ser amiga de la señora Gabilanes desde el año 2007, porque comparten afinidad religiosa; que en el año 2008 conoció al señor Baquero Herrera cuando Mirian Cristina se lo presentó como su pareja; que la pareja convivió desde el año 2009 en la ciudad de Pasto hasta el 08 de octubre de 2017, cuando el señor Carlos falleció; que dicha situación le consta, porque en varias

oportunidades compartió con la pareja en el seno de su hogar, además de que asistían a la misma iglesia; menciona que la muerte del causante fue producida por cáncer de páncreas; que para el año 2017 el señor se trasladó a la ciudad de Bogotá durante cuatro meses y fue acompañado por su compañera; que la señora Mirian nunca se separó de su compañero; también señaló que en vida de su compañero, la señora Mirian dependía económicamente de la pensión que éste recibía; que solamente escuchó hablar de la señora Ligia María el 02 de junio de 2017, cuando la pareja le comunicó que la mencionada señora llevó al señor Carlos a firmar unos documentos.

Analizados los medios de convicción, la Sala concluye que la señora Ligia María Duque de Baquero en su calidad de cónyuge supérstite demostró haber compartido lecho, techo y mesa con el causante de forma ininterrumpida, por lo menos, desde el año 1975 hasta 1998, es decir por el lapso de 23 años.

Ahora, la apoderada de Colpensiones tanto en su recurso de apelación, como en sus alegatos señala que la demandante no puede ostentar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por no demostrar la convivencia dentro de los cinco años anteriores de la muerte del pensionado, aunado a que se liquidó la sociedad conyugal.

Al respecto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia que cuando se ventilen disputas entre cónyuge y compañero (a) permanente supérstite respecto de la sustitución pensional por convivencia simultánea o cuando, al momento del fallecimiento tenía un compañero (a) permanente y una unión conyugal vigente con separación de hecho, no es necesario al cónyuge supérstite demostrar una convivencia con el causante de cinco años inmediatamente anteriores a la muerte, sino que puede demostrarse que se convivió cinco años en cualquier tiempo (CSJ SL, 14 jun. 2011, Rad. 31605), situación que acredita la demandante en el presente caso con los testimonios recibidos con lo cual se supera el periodo de cinco años exigidos por la jurisprudencia.

Se tiene entonces, que si bien la señora Ligia María Duque de Baquero no compartía el mismo domicilio del causante, las pruebas recogidas en el proceso dan fe de la comunicación, ayuda, socorro y acompañamiento de la pareja conformada por Carlos Alberto Baquero Herrera y la demandante, pues entre otras cosas, tanto de las declaraciones de las interrogadas Ligia María Duque y Mirian Cristina Gabilanes como de los testimonios de Ana Celia Duque, Jairo Humberto Duque y María del Rosario Serrano, se puede

colegir que los contrayentes se acompañaron en situaciones dolorosas e íntimas de sus vidas, como lo es la muerte de sus familiares cercanos.

Esta Sala no puede ignorar los desacuerdos propios de la convivencia, los que incluso pueden conducir a los cónyuges a la no cohabitación, circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico y que no significan, necesariamente, que el vínculo matrimonial desapareció, pues como puede observarse, la pareja de esposos mantuvo comportamientos indicativos de afecto, apoyo, ayuda y socorro mutuo, aspectos esenciales y distintivos del matrimonio y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio. Tal y como se indicó antes, no obra en el expediente prueba alguna que permita inferir el deseo de los contrayentes por hacer cesar los efectos del vínculo matrimonial, pues, aunque efectivamente la sociedad conyugal fue disuelta y liquidada, no ocurrió lo mismo con la unión conyugal.

Al compás de lo anterior, no es conveniente encadenar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la continuidad de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que como ya se indicó corresponden a contenidos puramente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivas a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar, posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1399 de 2018.

Por las razones anteriores, esto es, que se haya acreditado que las obligaciones que genera el matrimonio como son las de apoyo y solidaridad se acreditan en el expediente, es que hay lugar a aplicar el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto al caso concreto y no el de la Corte Constitucional alegado por el apoderado recurrente.

Debe mencionarse también, que conforme lo demostrado en el proceso, el señor Carlos Alberto Baquero Herrera de forma simultánea a la vigencia del matrimonio convivió en unión marital de hecho con Mirian Cristina Gabilanes Jiménez en la ciudad de Pasto hasta el fallecimiento de él y por un lapso superior a 8 años, con lo cual se acredita por la compañera permanente el requisito de convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del pensionado, por lo que la litis consorte necesaria también acredita el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, aunado a que la decisión del juez de primera instancia no fue objeto de

reproche por la parte demandante en la medida en que no interpuso recurso alguno, sin que sea objeto de estudio los hechos presentados en el escrito de alegaciones, ni tampoco el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante porque la sentencia de primera instancia no le fue totalmente adversa conforme lo exige el artículo 69 del CPTySS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 que den lugar a modificar la sentencia en favor de la parte demandante.

En ese orden de ideas y aplicadas las reglas de la sana crítica al tenor del artículo 61 del CPTySS sobre todas las pruebas recaudadas, se concluye que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no haberse causado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de junio de 2021 por el Juzgado Primero (01) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

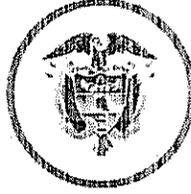
TERCERO: sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FLOR ANGELA BENITEZ DE ROMERO y LEIDY PAOLA ROMERO BENITEZ quienes reclaman derechos de LEOVIGILDO ROMERO MARTINEZ q.e.p.d.

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA CAR.

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2016 00707 03

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Se pretende en el proceso la reliquidación para aumento del monto de la mesada pensional que en su momento le fuera otorgada al señor LEOVIGILDO ROMERO MARTINEZ q.e.p.d. y que ha sido sustituida a la señora Flor Ángela Benítez de Romero, incluyendo para determinar el monto real, todos y cada uno de los devengos, retribuciones, y demás sumas causadas, insolutas o canceladas al entonces trabajador en el último año, o últimos años de la relación laboral; la indexación de la primera mesada pensional; el pago del auxilio funerario causado por el fallecimiento del pensionado de la CAR Y

COLPENSIONES; al pago del seguro por muerte y o compensación dineraria en suma de 78 o 47 meses del monto de la última mesada; la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones; indexación de todas las sumas; sanción por mora en el reconocimiento y pago de la pensión; pago de intereses corrientes y de mora, indemnización integral de perjuicios, actualización de sumas reclamadas, lo ultra y extra petita, gastos y agencias en derecho. (fls.37-48).

La CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR – contestó la demanda con oposición, respecto de la de reliquidación de la pensión e indexación de la primera mesada señaló que se configura la excepción de pleito pendiente como quiera que en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia cursa el proceso ordinario laboral 11001310500620130044001 que fue instaurado por el señor LEOVIGILDO ROMERO contra las entidades hoy demandadas y la de inepta demanda por no acreditarse la calidad de heredero. Respecto de las demás pretensiones se opuso porque se persigue una prestación convencional que no está vigente porque el causante no tenía la calidad de pensionado de la CAR sino del ISS y solo existe el pago del mayor valor por parte de la CAR, la demandante Leidy Paola Romero Benítez no se encuentra legitimada en la causa para demandar.

Presentó las excepciones previas de pleito pendiente entra las mismas partes y el mismo asunto, no haberse presentado prueba de la calidad de heredero, falta de competencia del juez para conocer y resolver las 14 pretensiones formuladas por la demandante Leidy Paola Romero Benítez, inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, y de fondo las de prescripción, carencia de prueba del acto solemne de la convención colectiva de trabajo, falta de legitimación en la causa por activa de la demandante Leidy Paola Romero Benítez para formular pretensiones relacionadas con la reliquidación de la pensión y con la indexación de la primera mesada pensional del señor Leovigildo Romero Martínez, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 106-136)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición al considerar que al demandante se le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución 3738 de 1993 y respecto del auxilio funerario señala que ni a instancias administrativas ni judiciales se aportó la documental necesaria para demostrar el pago de los gastos de entierro del afiliado causante y así proceder al pago del auxilio funerario en favor de la demandante conforme lo ordena la ley.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios, improcedencia del cobro de intereses e indexación, buena fe, prescripción e innominada o genérica. (fl. 142-152)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de marzo de 2021, condenó a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR a cancelar en proporción del 50% a las demandantes Flor Angela Benítez de Romero y Leidy Paola Romero Benítez la suma de \$43.784.824 por concepto de compensación dineraria por muerte del pensionado, cónyuge y padre de las demandantes. Condenó a COLPENSIONES a pagar a las demandantes la suma de \$3'360.744 por concepto de auxilio funerario por la muerte del pensionado Leovigildo Romero Martínez. Absolvió a la Corporación del auxilio funerario reclamado, declaró no probadas las excepciones propuestas, condenó en costas a la parte demandante en proporciones iguales. (fl. 265).

Respecto de la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante presentó solicitud de aclaración y adición, la que se negó en la audiencia celebrada el 27 de abril de 2021. (fl. 276)

RECURSO DE APELACION

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

DEMANDANTE: respecto de la reliquidación de la pensión porque la hija del demandante no presentó demanda y respecto de ella no procedía la excepción de pleito pendiente, del monto de la compensación dineraria y de las pretensiones consecuenciales porque se causó perjuicios a la actora por la mora en el reconocimiento.

CAR: pretende se revoque la sentencia porque no procede la prestación porque se causó el 16 de febrero de 2016 y para dicha fecha la convención colectiva del trabajo había perdido vigencia por los efectos del Acto Legislativo 1 de 2005, ya que las reglas pensionales no se prorrogaron después del 31 de julio de 2010, aunado a que el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969 no es aplicable a los pensionados sino a los trabajadores activos para efectos de determinar los beneficiarios.

COLPENSIONES: considera se debe revocar la condena sobre el auxilio funerario porque este emolumento se reconoce a la persona que demuestre haber sufragado el gasto, lo cual también se aplica en el caso de los contratos preexequiales, que se paga el auxilio a quien demuestre el pago de dicho seguro, y en el presente caso, las demandantes no acreditan su pago.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar a la dra. LUZ STHEPHANIE DIAZ TRUJILLO identificada con la C.C. 1.026.268.663 y T.P. 325.263 en los términos del poder de sustitución conferido por la apoderada de COLPENSIONES.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el presente caso procede la reliquidación de la pensión con sustento en que la señora LEIDY PAOLA BENITEZ ROMERO no participó en el proceso respecto del cual se declaró probada la excepción de pleito pendiente.

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la compensación dineraria por muerte del pensionado a cargo de la Corporación Autónoma Regional CAR, y, en caso afirmativo, si hay lugar a modificar el monto.

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago del auxilio funerario a cargo de COLPENSIONES.

Determinar si hay lugar a condenar a las demandadas al pago de los perjuicios pretendidos.

CONSIDERACIONES

En el presente caso no existe controversia que la Corporación Autónoma Regional CAR reconoció la pensión de jubilación al señor Leovigildo Romero Martínez, la cual actualmente es compartida con COLPENSIONES, ni de la calidad de cónyuge e hija del pensionado de las demandantes.

Tampoco hay controversia que respecto de la pretensión de reliquidación de la pensión se declaró probada la excepción de pleito pendiente en audiencia

celebrada el 17 de septiembre de 2018, decisión que fue confirmada por el Tribunal mediante decisión de 13 de marzo de 2019 (fl 91 y 99).

Considera la parte demandante que esa decisión no puede afectar a la demandante Leidy Paola Romero Benitez porque ella no participó en el proceso identificado con la radicación 11001310500620130044001, ya que dicho proceso lo inició el señor LEOVIGILDO ROMERO MARTINEZ, quien en el curso del proceso falleció y la pensión fue sustituida a la señora FLOR ÁNGELA BENITEZ DE ROMERO.

Respecto del argumento anterior, lo primero que se debe señalar es que una vez consultado el sistema de información de procesos judiciales de la Rama Judicial en la página web se puede observar que mediante sentencia SL 1807 – 2021 emitida el 4 de mayo de 2021 en el proceso identificado con la radicación 70989 en la Corte y 11001310500620130044001, notificada el 20 de mayo de 2021, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral NO CASO la sentencia proferida por el Tribunal mediante la cual absolvió a las demandadas respecto de las pretensiones de reliquidación de la pensión e indexación de la primera mesada; de tal manera que si inicialmente se había declarado probada la excepción de pleito pendiente, en este momento procesal procede de oficio declarar probada la excepción de cosa juzgada.

Es de recordar que frente a la institución de la Cosa Juzgada, la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que *“la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicán de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias.”*¹

Para que se estructure dicho fenómeno, el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud de la remisión contenida en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala los presupuestos o elementos que deben acreditarse para que se configure la cosa juzgada los que han sido estudiados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo

¹ CSJ. Cas. Laboral. Sent. 36910 del 7 de julio de 2009

objeto y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes” (...).

Elementos que para su procedencia tal como lo ha mencionado la H. Corte Suprema, tienen un límite objetivo y otro subjetivo desarrollado así:

“1) El objetivo. Referido a la cosa sobre la que versó el proceso anterior y, a la causa petendi. El primero constituido por el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias determinadas, o la relación jurídica declarada, pues sobre la misma cosa pueden existir diversos derechos y, tenerse el mismo derecho sobre diferentes cosas, de tal manera que si falta identidad del derecho o de la cosa, se estaría en presencia de distintos litigios y pretensiones. En torno al segundo límite, se refiere al fundamento alegado para conseguir el objeto de la pretensión contenida en la demanda, que al mismo tiempo equivale al soporte jurídico de su aceptación o negación por el juzgador en la sentencia y,

2) Límite subjetivo, relativo a las personas que han sido parte en ambos procesos.

De tal manera que si se presenta identidad de objeto, pero varía la causa petendi, no existe identidad objetiva en los dos procesos, mucho menos si no hay identidad de objeto y causa, lo cual, indiscutiblemente significa que tampoco se estará en presencia del fenómeno de la cosa juzgada...”²

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha señalado la importancia de la inmutabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos judiciales, so pena de resquebrajar el principio de seguridad jurídica, en la medida que se podría generar una situación de permanente incertidumbre respecto de la forma como se han de decidir los conflictos. “(...) el valor de cosa juzgada de que se rodean las sentencias judiciales y la inmutabilidad e intangibilidad inherentes a tales pronunciamientos, pues de no ser así, esto es, de generarse una situación de permanente incertidumbre en cuanto a la forma como se han de decidir las controversias, nadie sabría el alcance de sus derechos y de sus obligaciones correlativas y todos los conflictos serían susceptibles de dilatarse indefinidamente. Es decir, el cuestionamiento de la validez de cualquier sentencia judicial resquebrajaría el principio de seguridad jurídica y desnudaría la insuficiencia del derecho como instrumento de civilidad (...)” (sentencia T-614 de 2011).

² CSJ. Cas. Laboral. Sent. 20998 del 12 de noviembre de 2003

De tal manera que la razón de ser de la institución denominada cosa juzgada está en la necesidad de ponerle fin a los conflictos, impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida y evitar así la incertidumbre en la vida jurídica; por lo que el argumento de la parte actora de que la hija del pensionado Leovigildo Romero Martínez no presentó la demanda inicial ni participó en el proceso que estuvo en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral le permite iniciar una nueva discusión sobre el mismo derecho no es acertada ya que lo pretendido y la causa de la pretensión es la misma pensión de jubilación, y por ser una prestación que originalmente se concedió al pensionado, la señora Leidy Paola Romero Benítez cumpliría la misma posición del padre, esto es, se constituiría en el mismo sujeto, ya que es de anotar que la pensión que se pretende reliquidar se le concedió originalmente al padre y ella por virtud del derecho sucesoral podría entrar a reemplazarlo en el caso de la muerte, pero no porque surja un nuevo derecho a favor de la actora, sino por la sucesión.

En ese orden de ideas, se advierte que en el presente caso respecto de las pretensiones de reliquidación de la pensión e indexación de la primera mesada solicitadas en el presente proceso se configura el trípode de la cosa juzgada, esto es, las mismas partes, la misma causa, (la pensión otorgada a Leovigildo Romero Martínez) y el mismo objeto, (la reliquidación de la pensión e indexación de la primera mesada), por lo que así se declarara la excepción de oficio respecto de las pretensiones de reliquidación de la pensión e indexación de la primera mesada de la demanda del presente proceso.

En relación con la compensación dineraria por muerte del pensionado se tiene que se pretende esta obligación con sustento en el artículo 59 de la Convención Colectiva 1995-1996, respecto de la cual la parte demandada argumenta que la cláusula perdió vigencia por razón del Acto Legislativo 01 de 2005 en la medida en que el pensionado falleció el 19 de febrero de 2016, aunado a que las normas reseñadas por el juez de primera instancia para establecer los beneficiarios se refieren a los trabajadores y no pensionados.

El artículo 59 de la Convención Colectiva 1995-1996 reza: *“En caso de muerte de un trabajador al servicio de la CAR o de un pensionado, sus beneficiarios en el orden establecido en las normas legales vigentes, tendrán derecho a que la Corporación les pague una compensación equivalente a cuarenta y siete (47) meses del último salario básico o de la última mesada pensional correspondiente al causante. Si la muerte ocurriere por accidente, la compensación será de setenta y ocho (78) meses, liquidados con base en el último salario básico o mesada pensional correspondiente al causante. Además*

los beneficiarios del trabajador tendrán derecho al pago de las prestaciones sociales que le hubieren correspondido a éste, según las normas legales”.

Respecto de dicha cláusula, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha indicado que no se trata de una prestación pensional sino un beneficio convencional que se extendió a los pensionados, de tal manera que no puede verse afectada por el Acto Legislativo 1 de 2005 que consagró la limitación para negociar en las convenciones colectivas reglas pensionales. Lo anterior se deduce del contenido de la sentencia SL3169-2021, radicación 83447 de 21 de julio de 2021, cuando expone:

“... al tener como argumento adicional de su decisión lo previsto por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien esta reforma constitucional abolió la posibilidad de que empleadores y organizaciones sindicales acordaran, mediante pacto, convención o cualquier acto jurídico, reglas pensionales diferentes a las consignadas en el sistema general de pensiones, limitando su vigencia hasta el 31 de julio de 2010; lo cierto es que, el seguro por muerte del pensionado consagrado en el artículo 59 de la convención colectiva de trabajo 1995-1996, no es una regla pensional, sino un beneficio que se extendió a los pensionados, que era el estatus de que gozaba el causante desde el 10 de mayo de 1984.”

De tal manera que al ser un beneficio que se extendió a los pensionados la norma para establecer sus beneficiarios es la misma que se aplica a los trabajadores por cuanto este era un beneficio destinado por las normas para los trabajadores, por lo cual es aplicable el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública 1083 de 2015 *“que recogió las normas que son utilizadas por las entidades públicas para atender situaciones no previstas en otras disposiciones”,* entre ellas, *“los artículos 53, 56, 57 y 58 del Decreto 1848 de 1969”* por ser *“la legislación sobre prestaciones patronales únicamente en lo que a beneficiarios respecta”* como se indicó en la sentencia SL3278-2019, radicación 74601, reiterada en la sentencia SL3169-2021, radicación 83447.

De tal manera que los argumentos del recurso de apelación de la Corporación no están llamados a prosperar y, en consecuencia, hay lugar al reconocimiento de la compensación dineraria por muerte a cargo de la demandada y a las beneficiarias señaladas en la sentencia de primera instancia, en la medida en que acreditan la calidad de cónyuge y de hija como se constata a folios 10 y 199 del expediente, y así se exige en el artículo 53

numeral 1 del Decreto 1848 de 1969³.

Ahora en relación con el monto de la compensación, es de anotar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia CSJ SL12148-2014, mencionó: *“La suma de los dos valores arroja un total de \$460.666,00, que corresponde al valor de la última mesada pensional percibida por el causante. Se aclara que la liquidación de la compensación se hará sobre el valor total de la mesada pensional compartida, como quiera que, la disposición convencional no impone ningún condicionamiento al respecto, limitándose a señalar que se liquidará sobre «la última mesada pensional correspondiente al causante», aparte del cual es razonable entender que comprende tanto la porción a cargo del I.S.S., como la de la CAR, en la medida que ambas integran la mesada pensional. Argumento éste que a su vez se acompasa con la regulación legal del fenómeno de la compartibilidad, en el sentido que no se trata de dos pensiones, sino de una prestación, solo que «compartida».* Argumento reiterado en las sentencias SL922-2021, radicación 73017 y SL3169-2021, radicación 83447; de tal manera que hay lugar a modificar el valor señalado en la sentencia de primera instancia para indicar que el monto de la compensación dineraria por muerte es la suma de \$76.189.209= que es resultado de sumar el valor de las mesadas sustituidas a la demandante en el año 2016 por COLPENSIONES y la CAR y multiplicarlo por 47.

Ahora respecto del auxilio funerario objeto del recurso de apelación de COLPENSIONES consagra el artículo 51 de la Ley 100 de 1993 que:

“La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que este auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

Cuando los gastos funerarios por disposición legal o reglamentaria deban estar cubiertos por una póliza de seguros, el Instituto de Seguros Sociales, fondos o entidades del sector público podrán repetir contra la entidad aseguradora que lo haya amparado, por las sumas que se paguen por este concepto.”

³ ARTÍCULO 53. DERECHO AL SEGURO POR MUERTE. En caso de fallecimiento del empleado oficial en servicio, sus beneficiarios forzosos tienen derecho a percibir el valor del seguro por muerte a que se refiere el artículo anterior, de acuerdo con la siguiente forma de distribución:

1. La mitad para el cónyuge sobreviviente y la otra mitad para los hijos legítimos y naturales del empleado fallecido. Cada uno de los hijos naturales lleva la mitad de lo que corresponda a cada uno de los hijos legítimos.

Señala el recurrente que en el presente caso las demandantes no acreditan haber sufragado los gastos de entierro en la medida en que no se acredita tal supuesto en el proceso.

Frente a tal argumento, se encuentra que le asiste razón al recurrente por las siguientes razones: obra certificación de la Cooperativa de Trabajo Asociado de Pensionados de la CAR en calidad de contratante del plan integral No. 120000505233 en el que el señor Leovigildo Romero tenía la calidad de afiliado titular, y mediante el plan en mención se le otorgó el servicio funerario el 19 de febrero de 2016; la certificación del Gerente Financiero y Estratégico de la Central Cooperativa de Servicios Funerarios COOPSERFUN que indica que la certificación de gastos funerarios tiene validez para los diferentes trámites antes entidades de orden público o privado por parte de los deudos, agregando que la certificación de gastos hace referencia a los servicios funerarios adquiridos a través de un plan de previsión con un valor previamente cancelado. Por lo tanto, no se realiza una erogación al momento de la prestación y no es posible imprimir el sello de cancelado sobre la misma; y la certificación de gastos por servicios funerarios en la que se señala los datos del afiliado titular que para este caso se indica que es el pensionado fallecido.

En ese orden de ideas, no se acredita en el presente caso que las demandantes haya sufragados los gastos del sepelio del pensionado fallecido, siendo este el requisito exigible en el artículo 51 de la Ley 100 de 1993, al punto que no es relevante que la persona tenga parentesco o no con la persona fallecida porque lo importante es la demostración de que “el requisito de estimación favorable del derecho al auxilio funerario, esto es, que el interesado, hubiera *«[...] sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado»*” (sentencia SL2797-2019, radicación 63394), incumpliendo de esta manera la parte actora la carga de la prueba que le era atribuible.

Es de advertir que en el presente caso no es aplicable el inciso segundo de la norma en la medida que los gastos funerarios no se encuentran cubiertos por el plan exequial en virtud de una disposición legal o reglamentaria, sino que fue un contrato entre el pensionado y la cooperativa a la que se encontraba afiliado; aunado a que no necesariamente el auxilio funerario debe estar a cargo de la entidad de previsión de seguridad social, como se deduce del inciso segundo del artículo en mención.

Por consiguiente, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia sobre ese tópico.

Ahora respecto al punto de los perjuicios que reclama el recurrente es de anotar que los mismos deben ser acreditados en el proceso y prueba sobre los mismos no hay, ahora que por el paso del tiempo considere el recurrente se deban realizar liquidaciones por parte del grupo de apoyo para tal fin por el tribunal tampoco es procedente porque la liquidación debe partir de un supuesto probado que sería en el presente caso los perjuicios, lo cual se reitera no se probó en el presente proceso y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

En conclusión, se declarará probada la excepción de cosa juzgada frente a las pretensiones de reliquidación de la pensión e indexación de la primera mesada, se modificará el monto de la compensación que se condenó en primera instancia, se revocará la decisión respecto del auxilio funerario, y se confirmará en lo demás la sentencia, por las razones expuestas.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por no haberse causado

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada frente a las pretensiones de reliquidación de la pensión e indexación de la primera mesada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas el cual quedará así: **PRIMERO: CONDENAR** a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR a cancelar en proporción del 50% a las demandantes FLOR ANGELA BENITEZ DE ROMERO y LEIDY PAOLA ROMERO BENITEZ la suma de SETENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL DOCIENTOS NUEVE PESOS (\$ 76.189.209=) por concepto de compensación dineraria por muerte del pensionado, cónyuge y padre de las demandantes.

TERCERO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, y, en consecuencia, **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – de las pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: REVOCAR parcialmente el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, y, en su lugar, **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las costas del proceso. En lo demás se confirma el numeral.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEXTO: COSTAS. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada


HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LYDA HERMINIA MALAVER GÓMEZ

DEMANDADO: PAR ISS LIQUIDADO Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 014 2017 00193 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a decidir los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2021, en cuya acta se señaló como fecha 8 de junio de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y en grado jurisdiccional de consulta en favor del Ministerio de Salud y Protección Social.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* que tiene derecho al pago de la indemnización por despido injusto causado entre el 19 de mayo de 1986 al 12 de junio de 1990 y consecuencia de ello, se condene al pago de la reliquidación de la indemnización por despido injusto, pago de cesantías retroactivas e intereses a las cesantías, indemnización moratoria o en subsidio la indexación y costas del proceso. (fl.165)

Como sustento de sus pretensiones, indicó que laboró al servicio del ISS a través de un contrato de trabajo que se extendió entre el 19 de mayo de 1986 al 31 de marzo de 2015 desempeñando el cargo de secretaria grado 14. Fue desvinculada el 30 de marzo de 2015 en razón a la liquidación del ISS, durante el último año de servicios devengó un salario de \$1.458.420. la actora era

beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrito por el ISS con SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001.

A la actora se le reconoció indemnización por despido injusto, sin embargo, al momento de la liquidación no se tuvo en cuenta el periodo laborado entre el 19 de mayo de 1986 y 12 de junio de 1990.

Las cesantías definitivas de la demandante fueron liquidadas en la suma de \$23.574.475 de acuerdo a la resolución 10591 del 31 de marzo de 2015, pero para liquidar las mismas el ISS no tuvo en cuenta el régimen de retroactividad de las cesantías por todo el tiempo de servicios. (fl.159)

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que dicha cartera ministerial tiene obligaciones de carácter laboral únicamente con los funcionarios de su planta de personal de la cual no ha formado parte la demandante en razón de que no existe, ni existió vínculo jurídico, legal, reglamentario, contractual o laboral.

Propuso las siguientes excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral con el Ministerio de Hacienda, inexistencia de la solidaridad o de vínculo entre la demandante y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de la solidaridad o sustitución de obligaciones entre el ISS y la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la genérica. (fl.185)

PAR DEL ISS EN LIQUIDACIÓN administrado por la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que el vínculo de FIDUAGRARIA en relación con el ISS no había incluido la asunción de las obligaciones a cargo de la empresa en liquidación de manera indiscriminada.

Propuso las siguientes excepciones de fondo que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, pago total de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe del ISS y del PAR ISS, presunción de legalidad de los actos administrativos, cosa juzgada y la innominada. (fl.222)

LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que entre la demandante y el Ministerio no existió ningún vínculo de ninguna naturaleza y, a su vez, el ISS hoy liquidado no estaba bajo la subordinación del Ministerio.

Propuso las siguientes excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico de reconocer la retroactividad de las cesantías y reajuste e intereses a las mismas, inexistencia de la obligación de cancelar perjuicios, improcedencia del pago de la sanción moratoria, inexistencia de causa para demandar, solidaridad condicionada entre las codemandadas, prescripción y la innominada. (fl.243)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de junio de 2021, condenó al PAR ISS LIQUIDADO administrado por FIDUAGRARIA y a la Nación Ministerio de Salud y Protección Social a reconocer y pagar a la actora la suma de \$16'758.714,80 correspondiente a la diferencia entre la indemnización por despido sin justa causa reconocida por el ISS y la que convencionalmente le correspondía, suma que deberá pagarse debidamente indexada. Absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las accionadas. (fl.348)

RECURSO DE APELACION

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

DEMANDANTE: i) La demandante comenzó a trabajar el 19 de mayo de 1986, para esa fecha se encontraba vigente el art. 6° Decreto 1160 de 1947 por tanto tiene derecho a la reliquidación de cesantías retroactivas pues, además, las convenciones colectivas no pueden desmejorar los derechos mínimos. **ii)** la entidad debe ser condenada por concepto de indemnización moratoria.

MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL: i) el Ministerio únicamente debe responder por condenas siempre y cuando se verifique que no existe algún PAR o que se agotaron los recursos de este, aspecto que no se demostró, por lo que debe modificarse la sentencia en el sentido que el Ministerio solo deberá comparecer al pago en el caso que los recursos del PAR se hayan agotado el pago. **ii)** no hay lugar a condenar en costas al Ministerio.

PAR ISS LIQUIDADO: i) debe revocarse en su integridad el fallo, el PAR no se encuentra legitimado para responder por aquellas condenas que se profieran con posterioridad a la suscripción del acta final del cierre del proceso liquidatorio del ISS. **ii)** la fecha de ingreso de la demandante es 13 de junio de 1990 como se tuvo en la liquidación final de prestaciones y no la señalada por la juez a quo. **iii)** en caso de condenarse por indemnización por despido sin

justa causa, debe limitarse la suma hasta la fecha de liquidación de la entidad y no como quedó en la parte resolutive de la sentencia, hasta que se verifique su pago.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la fecha de ingreso a laborar de la demandante, para establecer si hay lugar o no a la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa. **ii)** analizar si procede la condena por cesantías retroactivas e indemnización moratoria. **iii)** estudiar si debe absolverse por concepto de costas al Ministerio accionado y en grado jurisdiccional de consulta se revisará además si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 9, resolución N° 8382 del 4 de marzo de 2015 a través de la cual se reconocen prestaciones sociales, cesantías e indemnización a la demandante.
- A folio 38, resolución N° 10591 del 31 de marzo de 2015.
- A folio 42, liquidación definitiva de prestaciones sociales.
- A folio 43, solicitud de la actora para corrección de fecha de ingreso.
- A folio 46, prestaciones sociales y bonificación de retiro.
- A folio 52 a 54, constancia expedida por el ISS.
- A folio 78 a 82, concepto congelamiento y retroactividad de cesantías de la convención colectiva suscrita entre el ISS en liquidación y sus trabajadores.
- A folio 88, memorando N° 00192522 del 7 de diciembre de 2012 Concepto Jurídico Ministerio del Trabajo Reconocimiento y pago de retroactivo de las cesantías, donde se pronuncia sobre la consulta del congelamiento y retroactividad de las cesantías en virtud de la convención colectiva suscrita entre el ISS en Liquidación y sus trabajadores.
- A folio 92, resolución N° 3473 del 24 de noviembre de 2014 por medio de la cual el ISS reanudó el ofrecimiento y ejecutó el plan de retiro consensuado.
- A folio 102, aclaración del ISS memorando 2670 del 27 de diciembre de 2012 sobre el concepto del Ministerio de trabajo, en el que

recomienda el reconocimiento y pago de las cesantías e intereses de estas de manera retroactiva por el periodo de 1° de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2011, con base en el pronunciamiento a la consulta efectuada al Ministerio de Trabajo.

- A folio 155, alcance aclaratorio concepto beneficios convencionales congelados.
- A folio 117, carta de terminación del contrato de trabajo.
- A folios 122 a 157, convención colectiva de trabajo 2001-2004.
- Interrogatorio.

Caso concreto:

Extremo inicial

Para resolver el primer problema jurídico, encuentra la Sala que mediante resolución N° 8382 del 4 de marzo de 2015 el ISS en liquidación resolvió reconocer en favor de la demandante la suma de \$81.574.127 por concepto de prestaciones sociales, cesantías e indemnización desde el 13 de junio de 1990 hasta el 31 de marzo de 2015; en dicho acto administrativo el Jefe de Departamento Nacional de Compensaciones y Beneficios de la Gerencia Nacional de Recursos Humanos del ISS señaló que la señora Lyda Herminia Malaver se vinculó laboralmente a esa entidad el 13 de junio de 1990 (fl.9), misma fecha que fue tomada para realizar la liquidación definitiva de prestaciones sociales N° 24 tal y como consta a folio 11 del plenario.

Al resolver el recurso de reposición presentado contra la resolución anterior, a través de acto administrativo N° 0591 del 31 de marzo de 2015 el ISS en liquidación indicó que:

“revisado el expediente de hoja de vida y el Sistema de Nómina de Personal (SINOPER), se encuentra que este registra como fecha de ingreso 13/06/1990, (fecha en que suscribió el contrato individual de trabajo) correspondiendo a la vinculación vigente, por lo que las demás vinculaciones anteriores al precitado contrato se entienden ya liquidadas, o el derecho a reclamación de las mismas, se encuentran prescritas de conformidad con el Art. 488 del Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969 en sus artículos 41 y 102 respectivamente y el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en su artículo 151, opera a los tres años contados a partir de la fecha en que surge la exigibilidad del derecho por parte del trabajador.”

Y en la misma resolución se modificó el artículo primero de la resolución 8388 del 4 de marzo de 2015 el cual quedó así:

“ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer a favor de la señora LYDA HERMINIA MALAVER GOMEZ... La suma de CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES DOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS DOCE POSES M/Cte. (\$132.265.612), por concepto de prestaciones sociales, cesantías e indemnización desde el 13 de junio de 1990 hasta el 31 de marzo de 2015”.

No obstante lo anterior, a folios 46 a 51 reposa comprobantes de bonificaciones de retiro expedidas por el ISS en liquidación, en los que consta como fecha de ingreso de la señora Lyda Herminia Malaver Gómez 19 de mayo de 1986 como trabajadora oficial.

Además de ello, a folios 52 y 53 militan certificaciones laborales expedidas los días 28 de septiembre de 2012 y 10 de octubre del mismo año, mediante las cuales el Jefe de Departamento de Recursos Humanos del Seguro Social Seccional Cundinamarca y DC hace constar lo siguiente:

“Que MALAVER GOMEZ LYDA H, identificado (a) con cédula de ciudadanía número 51,663,332, presta sus servicios al Instituto desde, MAY-19-1986, desempeñando el cargo de SECRETARIA... con vinculación laboral de TRABAJADOR OFICIAL”

Finalmente, a folio 54 obra otra certificación expedida el 30 de marzo de 2015, mediante la cual la Asesora con Funciones de la Gerencia Nacional de Recursos Humanos del ISS en liquidación señala que la actora estuvo vinculada al ISS desde el 31 de julio de 1987 en calidad de funcionario de la seguridad social.

Del anterior material probatorio se puede concluir que efectivamente conforme lo señaló la juez de primera instancia, la fecha de ingreso de la accionante en este juicio como trabajadora oficial data del 19 de mayo de 1986, fecha que fue certificada por el mismo Instituto de Seguro Social, documental que durante el trámite procesal y en la oportunidad pertinente no fue desconocida y tampoco tachada de falsa por lo que cuenta con pleno valor probatorio.

Ahora, no desconoce la Sala que en la última certificación enunciada, esto es la de folio 54 se hubiere certificado una fecha diferente, es decir año 1987, sin embargo, lo cierto es que esa fecha resulta incluso anterior a 1990 que fue la que tuvo en cuenta la accionada para efectuar la liquidación definitiva de prestaciones sociales, aunado a que la parte demandada no allegó elementos de prueba que desvirtúen tales documentos al punto que ni siquiera allegó la historia laboral de la demandante que permitiera definir con claridad si existió o no diferentes vínculos a la entidad, y es por ello que en este aspecto se confirmará la decisión primigenia.

Reliquidación indemnización por despido injusto

Frente a este punto, se tiene que la demandante al terminar el vínculo laboral era beneficiaria de la Convención Colectiva celebrada entre el ISS y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL 2001 – 2004, disposición extralegal que le es aplicable a la señora Lyda Malaver en su calidad de trabajadora oficial del extinto ISS, hecho que se acredita con la representatividad de la agremiación sindical al reconocerse en su artículo 1º la condición de sindicato mayoritario, por lo que las prebendas y condiciones allí consignadas afectan a la totalidad de trabajadores oficiales vinculados al servicio del extinto ISS de conformidad con lo dispuesto por el artículo 471 del C.S.T.

Ahora bien, se tiene que a folio 117 reposa carta de terminación de fecha 5 de febrero de 2015 mediante la cual el ISS en liquidación le señala a la accionante lo siguiente:

“En mi calidad de apoderado general de Fiduciaria La Previsora S.A. Liquidador del Instituto de Seguros Sociales, amablemente me permito informar que el Decreto 2714 de 2014 amplió el término para la liquidación de la entidad hasta el próximo 31 de marzo de 2015, razón por la cual, de conformidad con el inciso tercero del artículo 21 de Decreto 2013 de 2012, su relación laboral con el Instituto de Seguros Sociales terminará por causa legal ese día...”

En virtud a lo anterior, se realizó la liquidación definitiva de prestaciones sociales y en lo que tiene que ver con la indemnización convencional por despido contemplada en el art. 5º se le otorgó una suma de \$101.384.323 (fl.42), literal d) del artículo convencional que en lo pertinente dispone:

“d) Si el trabajador tuviere diez (10) años o más de servicio continuo, se le pagarán cincuenta y cinco (55) días adicionales de salario sobre los cincuenta (50) básicos del literal a) por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.”

Así las cosas y quedando establecido que la fecha de ingreso de la señora Malaver Gómez lo fue el 19 de mayo de 1986, además que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo y debido a que el entonces ISS tomó como fecha de inicio 13 de junio de 1990, pertinente resulta reliquidar la indemnización deprecada y en el monto señalado por la juez a quo, pues una vez efectuadas las operaciones matemáticas del caso arroja la misma suma que la dispuesta en la sentencia de primer grado.

Valga aclarar en cuanto a la apelación del apoderado del PAR ISS LIQUIDADO, que teniendo en cuenta que la indexación compensa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y como quiera que la suma por concepto de reliquidación de indemnización no ha sido cancelada, debe confirmarse la decisión primigenia en cuanto condenó a indexar dicha suma hasta el momento de su pago.

De la retroactividad de las cesantías

Teniendo claridad frente a que la actora es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, en dicha condición le es aplicable el artículo 62 de la C.C.T. el cual dispuso el congelamiento de la retroactividad de las cesantías a partir del 1º de enero de 2002 por 10 años, y a partir de dicha data se pagarían de manera anualizada con el reconocimiento de intereses moratorios en un monto superior al señalado en la norma legal.

El artículo 62 en mención dispone:

“A partir del primero de enero del año 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez años.

El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores, y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía del doce por ciento (12%) anual correspondiente al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002.

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

Dicha norma fue aplicada en forma íntegra a la liquidación de la demandante por el pacto convencional que le resultaba aplicable por quedar inmersa en las prebendas y condiciones convencionales y en este asunto se encuentra que no hay lugar a aplicar el sistema retroactivo contemplado en el Decreto 1160 de 1947 tal y como lo solicita el apoderado de la demandante, pues las partes Sindicato y empresa pactaron de manera transitoria y para dar viabilidad a un diseño estructural como se señala en el artículo 119 la suspensión de la retroactividad de las cesantías, y a cambio de ello recibieron un monto mayor de intereses por las cesantías, situación que también benefició a la actora y no puede ahora, después de beneficiarse de las

cláusulas convencionales reprochar la manera de liquidar las cesantías que las mismas partes en el Acuerdo Convencional estipularon.

Ya de antaño la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 324 de 2018, consideró que las prebendas que se dan a los trabajadores para la terminación de un contrato se pueden constituir en medios idóneos, legales y a veces convenientes de rescindir dichos contratos de trabajo, sin que por ello quienes no se acojan al mismo pueden considerar lesionados sus derechos.

Aunado a ello, la misma Corporación en sentencia SL 3823 de 2020 frente al tema de la retroactividad de las cesantías señaló:

“También es importante aclarar que la regla convencional analizada no es contraria a los principios y derechos fundamentales de los trabajadores. Ello, debido a que fue el producto de la libre autocomposición del sindicato y la empresa, lo que significa que las partes evaluaron y sopesaron la necesidad de permitirle al ISS amoldarse a las circunstancias económicas del momento.

En efecto, el derecho de negociación colectiva no solo es una herramienta eficaz para el logro de reivindicaciones y mejoras en las condiciones de trabajo; también es un instrumento que cumple otras funciones, entre las cuales se encuentra la regulación de la organización del trabajo y la adopción de medidas cooperadas para superar las situaciones críticas que afecten el funcionamiento de las empresas y, por tanto, que potencialmente puedan comprometer la continuidad de los puestos de trabajo.

De ahí que los acuerdos, como en este caso, relativos al cómputo de prestaciones sociales siempre que no desconozcan los mínimos fijados por el legislador, pueda ser objeto del contrato colectivo, pues, se repite, la negociación colectiva es un mecanismo de gobierno de las relaciones de trabajo y empleo, en su sentido más amplio. Abarca todo tipo de decisiones que procuren no solo la participación justa de los trabajadores en los beneficios de la productividad sino en la superación de las caídas o situaciones críticas que afecten la competitividad y solvencia empresarial.”

En ese orden de ideas se considera que no se vulneraron los derechos de la accionante, aunado al hecho que verificada la liquidación definitiva que reposa a folio 42 se realizó la liquidación tanto de cesantías retroactivas como de las cesantías congeladas en los periodos correspondientes, por lo que se confirmara la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

Indemnización moratoria

Respecto de la indemnización moratoria que recurre la parte actora es de anotar que se aplica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que señala entre otras en la sentencia SL-981 de 2019, que la indemnización moratoria respecto de las entidades liquidadas procede hasta la fecha de liquidación definitiva de la entidad, esto es hasta el 31 de marzo de 2015, y en este caso no hay razones que den lugar a emitir una decisión contraria a ese precedente jurisprudencial y, en consecuencia, se confirmara la decisión de primera instancia en ese aspecto.

De la responsabilidad de Fiduagraria y del Ministerio de Salud y la Protección Social

Sobre este punto, se tiene que las obligaciones que resultan en el presente proceso son a cargo de la entidad Fiduagraria en su calidad de vocera y administradora del PAR ISS, porque es la entidad con quien se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS cuyo objeto es efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo del ISS, y el artículo 1° del Decreto 541 de 2016 modificado por el Decreto 1051 del mismo año, dispuso sobre la subrogación de la obligaciones y derechos de la entidad suprimida y disuelta así:

“De la competencia para el pago de las sentencias derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales. Será competencia del Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de las obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguros Sociales Liquidado.”

Así mismo, el artículo 2° del mencionado Decreto establece:

“Recursos para el pago de las sentencias condenatorias. Las sentencias condenatorias derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del extinto Instituto de Seguros Sociales que sean susceptibles de pago en los términos del presente decreto, se honrarán con cargo a los activos transferidos por el Liquidador al momento de suscribir el Contrato de Fiducia Mercantil No. 015 de 2015, por medio del cual se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, en el que la posición de Fideicomitente fue cedida al Ministerio de Salud y Protección Social, y cuya vocera y administradora es FIDUAGRARIA S.A., o en su defecto por la Nación — Ministerio de Salud y Protección Social.”

De lo anterior se colige que el Ministerio de Salud y Protección Social debe responder por las condenas que se impongan a FIDUAGRARIA S.A como

vocera y administradora del PAR ISS, pero en virtud de la subrogación legal y no por ser el obligado principal, de tal manera que la condena debe ser dirigida al obligado principal.

Costas del proceso

Señala el apoderado del Ministerio de Salud y Protección Social que debe ser absuelto por concepto de costas procesales, situación que procede en la medida que la vinculación en esta clase de proceso es por virtud de la subrogación de las obligaciones del ISS liquidado en virtud del Decreto 541 de 6 de abril de 2016 y no por actividad propia, de tal manera que al ser ya condenado el patrimonio a las costas se constituiría en una doble condena por el mismo concepto, y en consecuencia hay lugar a su revocatoria.

Prescripción

En grado en consulta con relación a este aspecto se tiene que el vínculo laboral finalizó el 30 de marzo de 2015, la actora reclamó el pago de acreencias aquí pretendidas el 26 de enero de 2016 (fl.2), con lo que interrumpió el término prescriptivo por un lapso igual a 3 años y finalmente acudió a la jurisdicción el 4 de abril de 2017 (fl.177), es decir, no transcurrió el término trienal prescriptivo.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 8 de junio de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así: **CONDENAR al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO PAR ISS administrado por FIDUAGRARIA S.A.** a reconocer y pagar a la demandante **LIDA HERMINIA MALAVER GOMEZ** la suma de **DIECISEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CATORCE PESOS CON 80/100 (\$16.758.714,80)** correspondiente a la diferencia existente entre la indemnización por despido sin justa causa reconocida por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y la que convencionalmente le correspondía, suma

que deberá pagarse debidamente indexada desde que se hizo exigible y hasta cuando se verifique el pago.

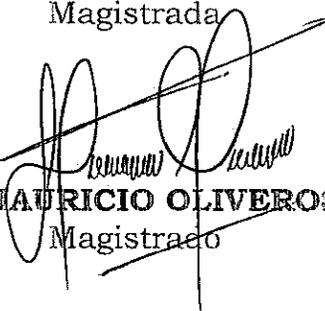
SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida el 8 de junio de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá respecto de las costas a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social, entidad a la que se absuelve de las mismas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

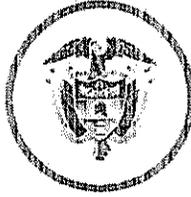
CUARTO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARIELA RUBIELA MACIAS MORENO

DEMANDADO: BIOLODOS S.A. E.S.P.

RADICADO: 11001 31 05 020 2019 00365 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que el mismo terminó por causal imputable al empleador y que la demandada desconoció que se encontraba amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada, para que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagar cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, salario del último mes laborado, auxilio de transporte, indemnización moratoria, indemnización por estar en estado de incapacidad, lo ultra y extra petita, la indexación y las costas del proceso. (f.º 245-246)

Como sustentó sus pretensiones, relató que: las partes el 1 de noviembre de 2011 celebraron un contrato de trabajo para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales, devengando la suma de \$600.000; agregó que la relación contractual finalizó el 16 de mayo de 2015 cuando fue despedida

de manera unilateral aduciendo justa causa, desconociendo que se encontraba en incapacidad, finalmente, aseguró que se encuentra en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral (f.º 243-245)

Frente a estas pretensiones, la parte demandada presentó oposición en el escrito de contestación de la demanda, a excepción de aquella que solicita la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo; explicó que el retiro de la ex trabajadora correspondió a los múltiples incumplimientos injustificados ausentándose de su lugar de trabajo, sin embargo, la sociedad la sociedad agobiada de suplir sus salarios sin obtener recíprocamente el cumplimiento del contrato, pagó la suma de \$6.454.065, por concepto de indemnizaciones tanto la del artículo 64 del C. S. de Trabajo, como la referida en el artículo 26 de la 361 de 1997, dinero que en su época se consignó junto con los demás emolumentos de su liquidación en el depósito judicial del Banco Agrario a través del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá- Cundinamarca, dinero que inmediatamente reclamó la hoy demandante y gozó en la época de su retiro, encontrándose BIOLODOS sin alguna obligación pendiente con la señora MARIA RUBIELA MACIAS MORENO.

Finalmente, precisó que la demandante no gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada, menos aun cuando había una causa justa para dar por terminado el contrato de trabajo en razón a su incumplimiento laboral, aun así, la sociedad BIOLODOS SA ESP indemnizó a la demandante conforme a los postulados del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Formuló como excepciones las que denominó como inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido (f.312-323).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 22 de febrero de 2020, declaró que entre María Rubiela Macías Moreno y la demandada Biolodos SA ESP existió un contrato de trabajo a término indefinido que dio inicio el 1º de noviembre de 2011 y se prorrogó hasta el 16 de mayo de 2016, fecha en que finalizó sin justa causa por parte del empleador, quien pagó la respectiva indemnización. Absolvió de todas las pretensiones.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante de conformidad

con el inciso 2 del artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandada adeuda algún valor por concepto de cesantías, vacaciones, prima de servicio, auxilio de transporte y último salario.

De otro lado, se establecerá si procede el pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria e indemnización por encontrarse incapacitada.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 5-7, comunicación adiada el 3 de junio de 2016.
- A folio 8, carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 16 de mayo de 2016.
- A folio 9, respuesta emitida por la ARL Sura en la que se informa que el caso de la demandante fue remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez.
- A folio 10-12 y 15-17, dictamen de pérdida de capacidad laboral, que da cuenta de porcentaje del 13.76% del PCL y fecha de estructuración 20 de junio de 2016.
- A folio 20, incapacidad médica del 19 de febrero de 2016 hasta el 28 de febrero de 2016.
- A folio 22 - 205, historia clínica.
- A folio 208-211, informe de enfermedad profesional, certificado de aptitud laboral, certificado ocupacional.
- A folio 211-225, análisis del puesto de trabajo.
- A folio 328- 329, acta de reintegro laboral teniendo en cuenta las recomendaciones enviadas por la Arl Sura el día 23 de marzo de 2016.
- A folio 330-345, planilla de pago cesantías y prima de servicios.
- A folio 351, liquidación final de prestaciones sociales.
- A folio 352, misiva calendada 4 de mayo de 2016, a través de la cual la demandada requiere a la actora para que se reintegre a sus labores, debido a que la incapacidad presentada se encuentra vencida.
- A folio 353, actualización de recomendaciones laborales.
- A folio 354, certificación que da cuenta que la demandante no se presentó a recibir la liquidación ni los documentos para el examen de retiro.
- A folio 355, comunicación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la que se informa que la actora cuenta con

la pérdida de la capacidad laboral de 13.76%, con fecha de estructuración 20 de junio de 2016 de origen laboral.

- A folio 357-359, consignación depósito judicial.
- Interrogatorio de parte a la demandante.

CONSIDERACIONES

En el caso bajo análisis quedó por fuera de debate i) la existencia de la relación laboral entre las partes desde el 1º de noviembre de 2011 hasta el hasta el 16 de mayo de 2016, ii) el cargo y el salario y iii) que la demandada dio por terminado el contrato sin justa causa.

La parte demandante pretende que se condene a la encartada a pagar cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, salario del último mes laborado, auxilio de transporte, indemnización por pago deficitario e indemnización por despido estando incapacitada.

Sobre el particular se tendrá por acreditado el pago de las *cesantías* y *prima de servicios* con las documentales que militan a folios 330, 336 a 345, al igual que con la confesión que emanara de la actora al momento de absolver el interrogatorio de parte cuando señaló que la demandada le había cancelado estas prestaciones.

En el mismo sentido, se acredita el pago del salario, vacaciones y auxilio de transporte con la liquidación de prestaciones sociales y su correspondiente pago, tal y como se observa a los folios 351 y 357-359 y fue confesado por la gestora que reclamó el dinero que le había consignado la encartada en el Banco Agrario, sumado a que el apoderado de la parte actora en sus alegatos manifestó que la accionante formuló demanda no porque considerara que se le adeudara suma de dinero alguna, sino porque la señora Macías Moreno fue desvinculada en estado de incapacidad, punto que se abordará más adelante.

De otro lado, también pretendió la parte demandante el pago de la indemnización por despido sin justa causa y al igual que la indemnización por encontrarse incapacitada.

De entrada, la Sala avizora la improsperidad de las indemnizaciones reclamadas, en razón a que, al observar la liquidación de prestaciones sociales, se aprecia que la encartada procedió a cancelar a la demandante no solo la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, sino la consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pago

que por demás fue recibido por aquella, conforme se confesó en el interrogatorio de parte.

Lo anterior no obsta para precisar, respecto de la protección establecida en la ley 361 de 1997 que, ya de antaño la jurisprudencia ha señalado que para que un trabajador acceda a esa protección se requiere que se encuentre en estado de situación de discapacidad relevante, que el empleador conozca de dicho estado y que la relación laboral termine por razón de la limitación y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo (sentencia 32532 de 2009, reiterada, entre otras, en las sentencias 39207 de 2012, 42451 de 2016, 46842 de 2017, y 72060 de 2020), ello porque no es *“cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante”* los que dan lugar a la protección.

La Ley 361 de 1997 establece una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a las personas en condición de discapacidad, dando desarrollo a través del artículo 26 a la estabilidad laboral reforzada de la que deben gozar los trabajadores en estado de discapacidad, y a través de la Ley 1618 de 2013 se garantiza y asegura el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad.

Así las cosas y conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, es necesario acreditar el grado de limitación en la capacidad laboral, junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión del estado de discapacidad que padece el trabajador y sin previo permiso de la autoridad administrativa.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 establece esa protección en el artículo 1°. para las personas en situación de discapacidad severas y profundas, a su vez la Ley 1618 de 2013 aplicable en el presente caso define en el artículo 2°. literal 1°. a las personas con y/o en situación discapacidad como *“aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

En las anteriores normas no se determina los extremos de la limitación severa o profunda, pero si se colige que no es cualquier deficiencia o

limitación la que da lugar a la protección, de tal manera que se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia SU-049 de 2017 cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado de salud sea de tal magnitud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en Sentencia SL1360-2018 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expuso:

“que dicho precepto no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que «lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio», por lo tanto, «la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador; en este sentido, «a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva».

Lo anterior, es relevante dado que ante el inspector del trabajo debe acudir el empleador cuando la terminación del vínculo sea por razón de la limitación y/o estado de discapacidad, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En ese orden de ideas, se debe acreditar en el proceso que el estado de salud de la trabajadora le impedía sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

En el presente caso no se encuentra en discusión que la demandante presenta dolencias relacionadas con síndrome del túnel del carpo, epicondilitis media bilateral, otras sinovitis y tenosinovitis bilateral, así se deduce de la historia clínica y del dictamen de pérdida de capacidad laboral que reposan en el expediente.

Al proceso se allegó una única incapacidad médica por 10 días, extendida para el periodo comprendido entre el 19 de febrero de 2016 hasta el 28 de febrero de 2016 (f.º 20), al igual que el acta de reintegro laboral, por medio de la cual se asignaron funciones a la demandante teniendo en cuenta las recomendaciones enviadas por la ARL Sura (f.º 328- 329) y la misiva calendada el 18 de enero de 2017 en la que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez comunicó a la demandada el resultado del dictamen 51837299,

que arrojó una pérdida de capacidad laboral de 13.76% de origen laboral con fecha de estructuración el 20 de junio de 2016.(f.º 355)

Analizado todo el material probatorio adosado al expediente, se determina que para la fecha en que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo de la demandante – 16 de mayo de 2016-, ella no contaba con una limitación que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares para cobijarla con una estabilidad laboral reforzada, al punto que para la fecha de terminación del vínculo laboral no solo, no se le había concedido licencia por incapacidad médica, sino que por el contrario se había emitida concepto para retomar sus labores, atendiendo, eso sí, las recomendaciones emitidas por la ARL, tal y como se plasmó en el acta de reintegro que corre a folios 328-329 de las diligencias, sumado a que no puede perderse de vista que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral determinada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es una data posterior a la calenda en la que se finalizó el contrato de trabajo.

En ese orden de ideas, no se cumple el primer requisito para ser beneficiaria de la protección señalada en la Ley 361 de 1997 en concordancia con la Ley 1618 de 2013.

Recuérdese que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que *“los destinatarios del principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no son los trabajadores con cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante, para lo cual se ha acudido a la misma ley, en el inciso 2º del artículo 5º, en cuanto al tipo de discapacidad a efectos de aplicar las medidas afirmativas allí previstas.*

De tal manera, que la mención en esa parte de la norma sobre el grado de discapacidad de moderada, severa o profunda, ha sido el parámetro que ha orientado la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de identificar a los beneficiarios del principio protector, ya que, para la Sala, no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida” (Sentencia SL711-2021, radicación 64605).

Bajo ese escenario, se debe anotar que la terminación del vínculo laboral por razón distinta a la situación de discapacidad de una persona que le impida el desarrollo de la actividad contratada no da lugar a la solicitud de autorización por parte del Ministerio, siendo precisamente esa la situación que se presentó en el caso bajo consideración de la Sala, en la medida que la terminación del vínculo laboral que existió entre las partes si bien fue por

una decisión unilateral del empleador, quien por demás canceló la correspondiente indemnización, como se aprecia en la liquidación de prestaciones sociales, no lo fue con ocasión del padecimiento que aquejaba a la actora dado que no se encontraba en estado de debilidad manifiesta, esto es, en una situación de salud que le impidiera o dificultara el desempeño de las labores en condiciones regulares al tenor de lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias T-041 de 2014, T-106, T-351, T-405 de 2015, T-141 de 2016 y sentencia de unificación SU-049 de 2017 y de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360-2018 proferida en el proceso identificado con la radicación 53394 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Amén de lo anterior, lo que sí está acreditado es que la demandante como no se encontraba en uso de una licencia por incapacidad médica, debía reincorporarse nuevamente a sus labores, como se plasmó en el acta de “reintegro laboral” y se certificó por parte de la ARL Sura (f.º 353), sin embargo, resolvió no presentarse a su lugar de trabajo, por lo menos desde el 4 de mayo de 2016, circunstancia que a juicio de la Sala podía configurar una justa causa para que la encartada diera por terminado el contrato de trabajo de la actora, no obstante, la empleadora decidió pasar por alto esa situación y canceló la indemnización por despido como se lee en la liquidación de prestaciones sociales, al igual que la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, aun cuando se considera que no tenía derecho a la misma.

En conclusión, hay lugar a despachar desfavorablemente las pretensiones, en primer lugar, porque las indemnizaciones reclamadas ya fueron canceladas a la demandante y, en segundo lugar, porque la actora no se encontraba en estado de debilidad manifiesta de manera que no tenía derecho a estos emolumentos.

Finalmente, en lo que respecta con la indemnización moratoria, como quiera que la pasiva no adeuda ninguna suma de dinero a la actora, no hay lugar a irrogar condena a la misma, máxime cuando se aprecia que la sociedad encartada ha actuado de buena fe y en cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Por consiguiente, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia porque se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

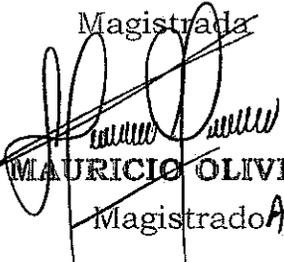
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá., por las razones expuestas

SEGUNDO: COSTAS. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada


HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

AELAAACION VOTO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



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

ACLARACIÓN DE VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2019 00365 01
DEMANDANTE: MARIELA RUBIELA MACÍAS MORENO.
DEMANDADO: BIOLODOS S.A. E.S.P.

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en el sentido de indicar que con fundamento en el criterio y concepto que sobre discapacidad ha desarrollado la H. Corte Constitucional y algunas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, la estabilidad laboral reforzada por estado de salud prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral (moderada, severa o profunda), sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores en condiciones regulares o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la “*discapacidad*” es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, la concibe como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con*

las demás». Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

“Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a

tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.”

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

También se verifica la sentencia de constitucionalidad C-200 2019, que respecto a la postura de la Corte Suprema de Justicia, sobre la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la Corte Constitucional en su función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución Nacional, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, señaló:

“IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos

más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.”

Igualmente, en sentencia SU-049 de 2017, a través de la cual unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta que merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, indicó¹:

“Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...”

Lo anterior tiene sustento, refiere la Alta Corporación Constitucional en que²:

“...una interpretación de la Ley 361 de 1997 conforme a la Constitución tiene al menos las siguientes implicaciones. Primero, dicha Ley aplica a

¹ Corte Constitucional. Sentencia Unificadora 049 de 2017

² Sentencia SU-049 de 2017.

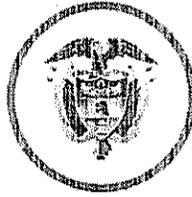
todas las personas en situación de discapacidad, sin que esto implique agravar las condiciones de acceso a sus beneficios que traía la Ley en su versión original, que hablaba de personas con “limitación” o “limitadas” (Sentencia C-458 de 2015). Segundo, sus previsiones interpretadas conforme a la Constitución, y de manera sistemática, se extienden a todas las personas en situación de discapacidad, así entendida, “sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación” (sentencia C-824 de 2011). Tercero, para exigir la extensión de los beneficios contemplados en la Ley es útil pero no necesario contar con un carné de seguridad social que indique el grado de pérdida de capacidad laboral (sentencia C-606 de 2012). Cuarto, en todo caso no es la Ley expedida en democracia la que determina cuándo una pérdida de capacidad es moderada, severa o profunda, pues esta es una regulación reglamentaria.”

Por tanto, esa protección especial se predica de todos los derechos, por consiguiente, también de la “estabilidad en el empleo”, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta fundamental. Asimismo, tal garantía la podemos encontrar en la Ley 361 de 1997, Ley 1346 de 2009 y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, las cuales establecieron una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminada.

Hasta acá el planteamiento de la aclaración de mi voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ELSA BLANDON SCHILLER

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 023 2020 00261 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de abril de 2021 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que condene a Colpensiones a reconocer y pagar el retroactivo pensional desde el 3 de noviembre de 2018 y hasta el 28 de febrero de 2019, los intereses moratorios, las costas del proceso y lo ultra y extra petita. De manera subsidiaria, solicitó la indexación de las condenas.

Como sustentó de sus pretensiones, relató que: el 3 de noviembre de 2018 satisfizo los requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez, por lo que el 26 de noviembre de ese mismo año solicitó el reconocimiento pensional; agregó que Colpensiones mediante Resolución SUB 48587 del 5 de febrero de 2019 reconoció la pensión a partir del 1 de marzo de 2019 por no evidenciarse el retiro del sistema general de pensiones para el ciclo de noviembre de 2018 con el empleador Dicermex SAS; contra esa decisión

interpuso recurso de reposición, mismo que fue rechazado por extemporáneo, por ello, el 10 de mayo interpuso recurso de queja, sin que a la fecha se haya resuelto.

Frente a estas pretensiones, la parte demandada presentó oposición en el escrito de contestación, argumentando para ese efecto que, como quiera que el empleador DICERMEX S.A.S reportó hasta el 27 de febrero de 2019 la novedad de retiro, esto es, posterior al reconocimiento de la pensión de vejez de la actora, la cual fue mediante resolución SUB 48587 del 25 de febrero de 2019, el reconocimiento de la prestación se encuentra ajustada a derecho, es decir, al día siguiente de la fecha de presentación de novedad de retiro.

Formuló como excepciones las que denominó carencia para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de abril de 2021, condenó a Colpensiones a pagar la suma de \$37.786.769 por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 1 de diciembre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, junto con los intereses moratorios a partir del 1 de julio de 2019 y las costas del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada presentó recurso de apelación respecto de la condena por concepto de intereses moratorios.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, y a los intereses moratorios.

Elementos probatorios relevantes

- Expediente administrativo

Caso concreto

La Sala debe recordar que la causación del derecho nace cuando el afiliado reúne los requisitos de semanas cotizadas y la edad, mientras que el disfrute de la pensión solo se hará efectivo, es decir, se comenzarán a percibir las mesadas pensionales una vez se acredite la desafiliación del sistema, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En el presente caso no es objeto de controversia que Colpensiones mediante resolución SUB 48587 del 25 de febrero de 2019, reconoció a la demandante una pensión de vejez a partir del 1 de marzo de 2019, en cuantía de \$12.730.533.

La sentencia de primera instancia ordenó reconocer las mesadas causadas desde el 1 de diciembre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, junto con los intereses moratorios causados desde el 1 de julio de 2019 y hasta cuando se efectúe el pago.

En el proceso que se estudia, la controversia gira en torno al momento del disfrute de la pensión, por lo que al revisar el acto administrativo de reconocimiento se puede deducir que la entidad reconoció el derecho pensional a corte de nómina, en razón a que el empleador Dicermex S.A. no presentó la novedad de retiro al Sistema de Pensiones de la aquí demandante.

En esa dirección, luego de revisado el expediente administrativo, en especial, la resolución de reconocimiento, la liquidación de la pensión y la documental allegada por el empleador, se logra constatar i) que la última cotización efectuada por la demandante lo fue para el mes de noviembre de 2018 en calidad de trabajador dependiente de Dicermex S.A., ii) que dicho empleador registró de manera tardía el retiro de la actora del sistema general de pensiones cómo se comprueba con la documental radicada ante Colpensiones el 27 de febrero de 2019, tendiente a subsanar ese yerro, y iii) que la señora demandante arribó a los 57 años de edad el 23 de noviembre de 2018.

En ese orden de ideas, acudiendo a las reglas de la desafiliación tácita, la Sala puede deducir la intención de la gestora de desafiliarse del sistema como lo señala la jurisprudencia para estos casos, como quiera que arribó a los 57 años de edad, el 23 de noviembre de 2018, efectuó su última

cotización para el ciclo de noviembre de 2018, y presentó la solicitud de pensión el 26 de noviembre de 2018, razón por la cual resulta acertado condenar a la encartada al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas entre el 1 de diciembre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, sobre trece mesadas anuales.

En consecuencia, respecto de la cuantía del retroactivo, efectuadas las operaciones del caso, la Sala obtiene un guarismo ligeramente superior al calculado por el juez A-Quo, sin embargo, como ese tópico no fue objeto de apelación por la parte actora, no queda más remedio que confirmar la decisión en este punto.

Liquidación del retroactivo pensional.

Año	Periodo Liquidado		Días	Total Días	Mesada a cargo Dda.	Retroactivo,
2018	01-dic-18	31-dic-18	30	30	12.338.179	12.338.179
2019	01-ene-19	28-febrero-19	60	60	12.730.533	25.461.066
TOTAL					37.799.245	

Así mismo, se autoriza a la entidad a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 204 y 157 de la Ley 100 de 1993 y por ello, la sentencia de primer grado será adicionada en ese sentido.

De los intereses moratorios

De conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral sobre la morigeración de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, contenida en las sentencias proferidas en los procesos identificados con las radicaciones 43602, 44526 y 45312, cuando la actividad de la administración se debe a la aplicación estricta de la ley, o la decisión se deriva de la aplicación de la jurisprudencia, es dable señalar que en el presente caso la entidad demandada no se constituyó en mora.

Como ya se expuso, el reconocimiento de retroactivo se logra por la aplicación de la jurisprudencia sobre la desafiliación tácita de manera excepcional, ya que la norma exige que dicha desafiliación sea de manera expresa, para que no exista duda sobre la voluntad real del afiliado de desvincularse del sistema de seguridad social en pensiones, de conformidad con el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, el cual es aplicable en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, que establece este requisito para recibir

las mesadas pensionales; y en el presente caso se dio aplicación a ella en virtud de que el empleador solo registró la novedad de retiro al sistema de manera retroactiva el 27 de febrero de 2019, esto es, posterior a la fecha de emisión de la Resolución de reconocimiento de la pensión.

En ese orden de ideas y dado que para el reconocimiento del retroactivo es menester la aplicación de la jurisprudencia hay lugar a aplicar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que han morigerado la aplicación de los intereses moratorios cuando la decisión deriva de la aplicación de la jurisprudencia, en consecuencia, como no procede el pago de intereses moratorios, resulta viable la indexación de las condenas impuesta y así se dispondrá en la parte resolutive de la sentencia.

Por lo anterior, se **revocará** el numeral segundo de la sentencia recurrida, por las razones expuestas.

COSTAS: No se impondrán por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 28 de abril de 2021 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas, y en consecuencia **ABSUELVE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de los intereses moratorios.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 28 de abril de 2021 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas, y en consecuencia, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a indexar las condenas impuestas al momento del pago.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de autorizar a COLPENSIONES a descontar del retroactivo el porcentaje correspondiente al aporte para el sistema de seguridad social en salud, por las razones expuestas.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 28 de abril de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

QUINTO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

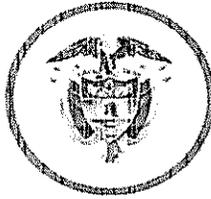

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



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

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 23 2020 00261 01
DEMANDANTE: ELSA BLANDÓN SCHILLER
DEMANDADO: COLPENSIONES

Con el acostumbrado respeto, disiento de la decisión adoptada por la mayoría en lo concerniente a la absolución del pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al no enmarcarse en las excepciones de procedencia que tiene sentada la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, como pasa a explicarse.

En efecto, la Sala Laboral de la citada Corporación tiene adoctrinado que la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales. Por tal motivo, los jueces no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para determinar si se enmarca en los postulados de la buena fe al negar la pensión. Además, el alto Tribunal ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas: **i)** El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; **ii)** y el segundo, cuando la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (sentencia CSJ SL508-2020).

Así lo puntualizó cuando dijo textualmente:

“De entrada, advierte la Corte que no le asiste razón a la censura puesto que de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales (CSJ SL4601-2019).

Lo anterior significa que para establecer la viabilidad de los intereses moratorios, los jueces laborales no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para determinar si se enmarcó dentro de los postulados de la buena fe al negar una prestación.

Además, conviene recordar que esta Sala ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas, las cuales no corresponden a la del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014); y el segundo, cuando la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial.”

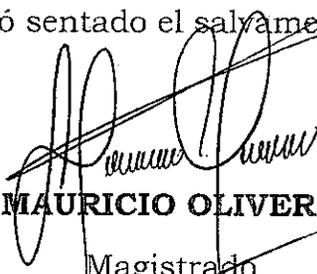
Al amparo de las reglas descritas, se advierte que en el presente asunto ninguna de las hipótesis planteadas por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral se configura, dado que Colpensiones a partir del análisis probatorio a fin de constatar el derecho al disfrute y retroactivo de la pensión debió tener en cuenta que antes de la reclamación de la prestación por parte del actor, ya existían abundantes pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia que refieren que por vía excepcional existen situaciones especiales que ameritan reflexiones particulares, en los que se puede colegir la desafiliación efectiva del sistema, como se sucede en este caso.

Por ejemplo, en casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen pensiones, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-

2017). En el anterior precedente, es reiterado en sentencias CSJ SL756-2018 y SL2061-2021.

Con todo, no es admisible tolerar una desobediencia del precedente judicial por parte de la administradora de pensiones con fundamento en que estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, pues las subreglas establecidas por la jurisprudencia hace bastante tiempo se incorporan a ese mismo universo jurídico al que debe acudir Colpensiones para hallar la solución del caso puesto bajo estudio. En consecuencia, en mi sentir si son procedente los pluricitados intereses moratorios, tal como lo ordenó el juez de instancia.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARIA DEL ROSARIO SOTO MOLINA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 025 2017 00228 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, y, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar el retroactivo a partir del 19 de octubre de 2015, junto con los intereses moratorios, indexación y las costas del proceso (f.º 2-3)

Como sustentó de sus pretensiones relató que: es madre de Angélica María Soto Molina quien nació el 24 de agosto de 1979 con una discapacidad denominada retraso mental profundo con alteración de la agudeza visual, a quien le fue dictaminada una pérdida de capacidad laboral del 73.65%; que el 19 de enero de 2015, radicó ante la demandada solicitud pensional, y Colpensiones mediante Resolución n.º GNR 3738 del 6 de enero de 2016 negó la prestación, decisión que fue confirmada a través de la resolución VPB 22298 del 18 de mayo de 2016 (f.º 3-4)

Frente a estas pretensiones, la parte demandada presentó oposición en el escrito de contestación de la demanda, argumentando para ese efecto que la actora no cumple con las semanas de cotización exigidas por la ley 797 de 2003, de manera que el reconocimiento pensional es improcedente.

Formuló como excepciones las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (f.º 63-66).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de julio de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con sustento en que la señora Soto Molina tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, dado que debe exigirsele un total de 1000 semanas, conforme al verdadero “espíritu” establecido por el legislador al momento de expedir el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 797 de 2002.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte actora presentó alegaciones finales.

Fundamentos fácticos relevantes

- A folio 20-23, resolución GNR 3738 del 6 de enero de 2016, por medio de la cual Colpensiones niega el reconocimiento de la pensión
- A folio 24-28, resolución VPB 22298 del 18 de mayo de 2016, a través de la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma la negativa pensional.
- A folio 29, declaración extra juicio rendida por la actora en la que deja constancia que vela por el cuidado de su hija inválida.
- A folio 30-31, dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez que da cuenta que la señora Ángela María

Soto Molina tiene una pérdida de la capacidad laboral del 73.65% con fecha de estructuración el 29 de agosto de 1979.

- A folio 33, milita registro civil de nacimiento de Ángela María Soto Molina.
- A folio 72-77, reporte de semanas donde se acredita que la demandante cuenta con un total de 1.231,02 semanas de cotización.
- A folio 93, expediente administrativo, contentivo de la historia laboral actualizada y la resolución SUB 177234 del 9 de julio de 2019, por medio de la cual se reconoce una pensión de vejez a la demandante.

Caso concreto

En el presente asunto se tiene que la accionante solicita la pensión especial de vejez por hijo inválido, pretensión a la que no accedió el juez de primera instancia bajo el argumento que, si bien se acreditó la discapacidad de Ángela María Soto Molina y la dependencia económica de esta última hacia su madre, no ocurrió lo mismo frente al número de semanas requerido, pues según se desprende de la historia laboral, la gestora contaba con 1231.02 semanas, cuando las requeridas ascendían a 1300, decisión respecto de la cual la parte actora señala que el requisito exigido son 1.000 semanas.

Para resolver lo anterior se tiene que el párrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, contempla dos situaciones a saber:

La primera descrita en el inciso primero del párrafo citado y es cuando quien solicita la prestación directamente para sí misma cumple las siguientes condiciones “*Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.*”

Y la segunda situación, es la contemplada para la madre trabajadora que solicite la prestación por tener un hijo que padezca alguna invalidez y es la descrita en el inciso segundo del párrafo 4° reseñado que indica: “*La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de*

Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”

En el presente caso, la señora María del Rosario Soto Molina solicita la pensión en su calidad de madre trabajadora y por tener a cargo una hija que padece de una invalidez, esto es, que este caso encaja en la segunda situación descrita en el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que establece los siguientes requisitos:

- i)** Que la madre haya cotizado al sistema General de pensiones el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez
- ii)** Que el hijo sufra una invalidez física o mental debidamente calificada.
- iii)** Que el hijo dependa económicamente de su madre.

Los anteriores requisitos son los que de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha indicado, entre otras, en la sentencia SL739-2021 proferida en el proceso identificado con la radicación 69642 del 10 de marzo de 2021.

En ese orden de ideas, no es posible acoger los argumentos de la parte apelante respecto del requisito de semanas cotizadas en número de 1000, debido a que la norma exige para el reconocimiento de esta clase de pensión la cotización de las semanas mínimas exigidas en el régimen de prima media, que para el caso de la demandante serían 1300 en la medida que la prestación se solicitó en el año 2015 y además porque la misma siguió realizando cotizaciones al sistema con posterioridad a dicha calenda.

De otro lado, considera la Sala que el verdadero “espíritu” de la norma no es el alegado por el recurrente y que se contrae exclusivamente al número de semanas que se deben acreditar para la causación de esta pensión, sino el de (...) *facilitarles a las madres el tiempo y el dinero necesarios para atender a aquellos hijos que están afectados por una invalidez física o mental, que no les permita valerse por sí mismos, y que dependen económicamente de ellas. Con el beneficio creado por la norma se espera que las madres puedan compensar con su cuidado personal las*

insuficiencias de sus hijos, para impulsarlos en su proceso de rehabilitación o para ayudarlos a sobrevivir en una forma digna. (...)¹

Decantado lo anterior, y revisado el expediente se constata al aplicar los anteriores conceptos normativos y jurisprudenciales, que la actora es la madre de Ángela María Soto quien nació el 24 de agosto de 1979 (f.º 32-33) y padece una pérdida de la capacidad laboral del 73.65% con fecha de estructuración 29 de agosto de 1979 (f.º 30-31), es decir los requisitos de ostentar la calidad de madre y tener un hijo que padezca una invalidez se encuentran acreditados.

No ocurre lo mismo con el requisito de semanas cotizadas, que, como se explicó al inicio de estas consideraciones son las mínimas exigidas por el Sistema General de Pensiones conforme al art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003 que para el caso sería 1300 semanas cotizadas.

Lo anterior, se fundamenta en el reporte de semanas actualizado al 4 de abril de 2019, en el que se aprecia que para el momento en que la actora solicitó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo inválido-año 2015-, no contaba con las semanas mínimas exigidas para esa calenda.

Ahora, en cuanto a la *dependencia económica* que exige la norma analizada, conforme lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es aquella “preponderantemente monetaria”², es decir, (...) *que quien pretenda esta prestación debe acreditar ser responsable de la manutención de la persona inválida:*

[...], la Corte también concluye que la dependencia del niño inválido con respecto a la madre debe ser de tipo económico. Es decir, el requisito de la dependencia con respecto a la madre no se satisface con la simple necesidad afectiva o psicológica del niño de contar con la presencia, el cariño y el acompañamiento de su madre. No le cabe ninguna duda a esta Corporación que el apoyo de la madre es fundamental para los niños afectados por una discapacidad, pero para efectos de obtener el derecho a acceder a la pensión especial de vejez esta dependencia no es suficiente. En la misma exposición de motivos transcrita en algunos apartes se expresa que el objetivo de la

¹ C-227 de 2004

² SL3617-2020- Radicación n.º 84357 del nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020).

norma era concederle el beneficio a las madres trabajadoras que eran responsables de la manutención del hijo afectado por una invalidez física o mental, lo que indica que de lo que se trata es de facilitarle a la madre que acompañe a su hijo, para lo cual se la releva del esfuerzo diario por obtener medios para la subsistencia. Y, ciertamente, la garantía de la pensión especial de vejez que confiere la norma le permite a la madre asegurar unos ingresos económicos que le posibilitan dejar su trabajo para poder dedicarse a su hijo, con el objeto de acompañarlo en su proceso de rehabilitación o de suplir sus insuficiencias.

De la precisión anterior se deriva también que el beneficio de la pensión especial de vejez no podrá ser reclamado por las madres trabajadoras, cuando sus niños afectados por una invalidez física o mental tengan bienes o rentas propios para mantenerse. En este caso, estos niños no dependerían económicamente de la madre, requisito que debe cumplirse para poder acceder a la pensión especial de vejez. Tampoco sería aplicable la norma cuando estos niños reciban un beneficio del Sistema de Seguridad Social que los provea de los medios para subsistir.

Por lo tanto, este aparte de la norma será declarado constitucional, en el entendido de que la dependencia de la madre debe ser de carácter económico. (...)

Bajo ese escenario, para la Sala resulta claro que la demandante no logró acreditar este presupuesto, como quiera que la única prueba incorporada a las diligencias se contrae a una declaración extra juicio rendida por la misma actora en la que se limitó a indicar que “(...)manifiesto que velo por el cuidado de mi hija inválida ANGELA MARIA SOTO MOLINA (...)”, sin que de dicha aseveración pueda derivarse una dependencia económica real, que además fuera constante o regular, menos aún que revistiera la característica de ser representativa.

De manera que, al no existir otro medio de convicción, como un testimonio o declaración extra juicio de un tercero, con el que se pudiera acreditar que la manutención de Ángela María dependía respecto de su madre hoy demandante, es dado concluir que las pretensiones formuladas no tienen vocación de prosperidad.

En este punto importa anotar que al revisar el expediente administrativo se logró constatar que Colpensiones le reconoció una pensión de vejez a la demandante mediante resolución SUB 177234 del 9 de julio de 2019 a

MF

partir del 1 de marzo de 2019, data para la cual cumplía con el mínimo de semanas exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 para acceder o a la prestación de vejez o a la prestación especial de madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez debidamente calificada, ya que acreditó un total de 1.316 semanas, de tal manera que el objetivo de la norma de relevar a la progenitora del esfuerzo diario tendiente a proveer el sustento del núcleo familiar para dedicarse al cuidado de su hija, en principio se encuentra satisfecho.

Así las cosas y como no se logró probar la totalidad de los supuestos analizados para acceder a la pensión especial reclamada, se impone la confirmación de la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

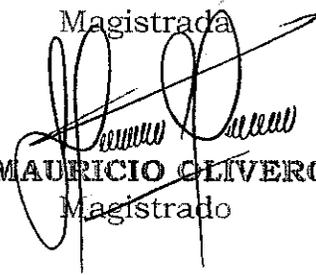
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

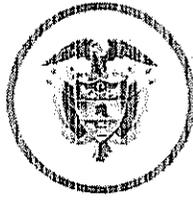
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GAPAY
Magistrado





República de Colombia.
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS FERNANDO MALAGON CASTILLO

DEMANDADO: PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 025 2019 00405 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 9 de julio de 2021 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que tiene derecho a la pensión de invalidez y que la fecha de estructuración corresponde al 19 de marzo de 2005, para que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al reconocer el retroactivo de la pensión a partir del 19 de marzo de 2005, la indexación, los intereses y las costas y agencias en derecho. (f.º 25)

Como sustentó de sus pretensiones, relató que: el 17 de julio de 2018 radicó ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá recurso de reposición y en subsidio apelación contra la calificación de fecha 27 de junio de 2008 mediante la cual se determinó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral; que el 28 de julio de 2009, Seguros de Vida Alfa S.A. le notificó una pérdida de la capacidad laboral del 51.43%, sin que se hiciera mención a la fecha de estructuración; Porvenir el 31 de agosto de 2009 fue notificada de la ratificación del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación

de Invalidez que arrojó una pérdida de capacidad laboral del 51.43% con fecha de estructuración 23 de junio de 2018, finalmente indicó que el 19 de marzo de 2005, el grupo interdisciplinario de calificación de pérdida de la capacidad de Seguros de Vida Alfa realizó la junta médica, por lo que debe tenerse en cuenta dicha calenda para acceder a la prestación. (f.º 24-25)

Frente a estas pretensiones, la parte demandada presentó oposición en el escrito de contestación de la demanda, señalando que si bien es cierto al demandante para la fecha de la calificación de la invalidez le fue determinado un porcentaje del 51.43%, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ratificado posteriormente por Seguros de Vida Alfa S.A., a solicitud del demandante, también es cierto que no cumple con el requisito de las 50 semanas dentro de los 3 últimos años anteriores a la fecha de estructuración.

Formuló como excepciones las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica, prescripción y compensación. (f.º 50-60).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 9 de julio de 2020, absolvió de todas las pretensiones a la sociedad convocada a juicio.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

La parte demandada presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez incoada en el escrito de demanda.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 7, escrito adiado el 31 de agosto de 2009, por medio del cual Seguros de Vida Alfa S.A., comunica al demandante que ratifica el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- A folio 8-11, dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que da cuenta que el demandante cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 51.43%, con fecha de estructuración el 10 de noviembre de 2008.
- A folio 13-18, recurso de reposición y en subsidio apelación.
- A folio 61, cd contentivo del expediente administrativo.

Caso concreto

En el curso de la primera instancia se logró acreditar: i) que el demandante tiene una pérdida de la capacidad laboral de 51.43% (f.º 10), ii) que la fecha de estructuración lo fue para el 10 de noviembre de 2008 (f.º 11) y iii) la demandada negó la prestación solicitada. (exp administrativo).

Ahora bien, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de que acaecido el riesgo es aplicable las normas vigentes en dicho momento, es de señalar que el dictamen que obra en el expediente da cuenta que la pérdida de capacidad laboral del actor se estructuró el 23 de junio de 2008, y, en consecuencia, la norma aplicable al presente caso es la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en consonancia con el artículo 69 ibídem (por tratarse de una AFP del RAIS), precepto normativo que remite a las disposiciones del régimen de prima media con prestación definida, que señala como requisitos en tratándose de invalidez de origen común haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Bajo ese escenario, tenemos que la parte actora pretende el reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que la fecha de estructuración lo fue el 19 de marzo de 2005, día en el que el grupo interdisciplinario de calificación de pérdida de la capacidad de Seguros de Vida Alfa realizó la junta médica.

Sin embargo, advierte desde ya la Sala que no tienen vocación de prosperidad los argumentos de disenso expuestos por la recurrente por las siguientes razones:

1. La parte actora no allegó la denominada *“junta médica realizada por el grupo interdisciplinario de calificación de pérdida de la capacidad de Seguros de Vida Alfa”* sustento de sus pretensiones, de manera que ninguna valoración ni pronunciamiento podrá realizarse al respecto.

2. El dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez da cuenta que el demandante tiene una pérdida de la capacidad laboral del 51.43%, con fecha de estructuración el 23 de junio de 2008. (f.º 8-11), dictamen que a la fecha se encuentra en firme, máxime cuando no se tiene constancia que el mismo haya sido demandado ante esta especialidad.
3. No se solicitó ni allegó nueva experticia con miras a acreditar la tesis de la parte accionante, por lo que no hay elementos de prueba que permitan a la Sala apartarse del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, dada la especialidad del mismo, aunado a que se corrobora que dicha Junta aplicó una calificación integral, por lo que se concluye que el dictamen incorporado ofrece suficiente motivo de credibilidad.
4. La Aseguradora Seguros de Vida Alfa, a través de su grupo interdisciplinario avaló en su totalidad el dictamen 19291555 proferido por la mencionada Junta, tal y como se aprecia en la comunicación adiada el 31 de agosto de 2009 y que corre a folio 7 del expediente.
5. La orfandad probatoria es tal, que la Sala no puede tener en cuenta una fecha de estructuración diferente a la plasmada en el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que corresponde 10 de noviembre de 2008.
6. El resumen de semanas o relación de movimientos que obra a folio 12, al igual que la arrimada por la pasiva y que milita en el expediente administrativo dan cuenta que el demandante no alcanzó a cotizar 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración de su invalidez.

De tal manera que al no encontrarse acreditado en el expediente una fecha de estructuración diferente a la señalada en el dictamen, ni circunstancias que den lugar a modificar la misma, se puede concluir que tampoco hay lugar a ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez, dado que no se cumple los requisitos signados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, en consonancia con el artículo 69 ibídem, y, por consiguiente, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia porque se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2021 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá., por las razones expuestas

SEGUNDO: COSTAS. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NAPOLEON CRUZ BURGOS

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-

RADICADO: 11001 31 05 031 2021 00059 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a partir del 18 de julio de 2019, bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001; teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 100% del promedio de los últimos 4 años de servicio incluyendo todos los factores de remuneración, los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, costas y agencias en derecho; a lo ultra y a lo extra petita. (f.º 1-2).

Como sustentó sus pretensiones, relató que: prestó sus servicios al Instituto de los Seguros Sociales desde el 16 de mayo de 1983 hasta el 25 de junio de 2003, en el cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos, ostentando la

calidad de trabajador oficial; que mediante Resolución n.º 00814 del 21 de mayo de 2003 el ISS le reconoció la suma de \$905.264 pesos por concepto de recompensa por servicios con ocasión a los 20 años de servicios al ISS; que el gobierno nacional mediante el Decreto 1750 de 2003 escindió el Instituto de Seguros Sociales y creó unas Empresas Sociales del Estado, entre ellas la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por lo que continuó prestando sus servicios sin solución de continuidad a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento desde el 26 de junio de 2003 hasta el 12 de mayo de 2008; informó que sumadas únicamente las semanas cotizadas al ISS (empleador), arroja un total de 1.049 semanas cotizadas equivalentes a 20 años, 04 meses y 26 días; agregó que entre la Organización Sindical – SINTRASEGURIDADSOCIAL- y el Instituto de los Seguros Sociales, se suscribió una Convención Colectiva de Trabajo el 31 de octubre de 2001 y que los requisitos para acceder a la Pensión Convencional se encuentran señalados en el artículo 98 de dicho compendio; finalmente anotó que se encuentra afiliado a la Organización Sindical Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, que nació el 18 de julio de 1964 y cumplió los 55 años el 18 de julio de 2019 (f.º 2-4)

Frente a estas pretensiones, la parte demandada presentó oposición en el escrito de contestación de la demanda, argumentando que el demandante no tiene derecho a ese reconocimiento por no acreditar el requisito de la edad establecido en el artículo 98 de la convención colectiva.

Formuló como excepciones las que denominó como inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas. (archivo contestación UGPP).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 18 de junio de 2020, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación solicitando el reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 98 de la convención colectiva, al igual que el pago de la bonificación prevista en el artículo 103 de dicho compendio.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegatos de conclusión

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si al actor le asiste el derecho a la pensión consagrada en la convención colectiva 2001-2004.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 1 del documento 003, reposa certificación expedida por el PAR ISS que da cuenta que el actor laboró para la extinta entidad desde el 16 de mayo de 1983 hasta el 25 de junio de 2003, como trabajador oficial.
- A folio 41 del documento 003, milita la resolución n.º 00814 del 21 de mayo de 2003, por medio de la cual se reconoce y paga al actor la suma de \$905.264 por concepto de recompensa por servicios.
- A folio 65 del documento 003, obra certificación expedida por Sintraseguridad Social en la que se informa que el demandante está afiliado a esa organización sindical y es beneficiario de las convenciones colectivas suscritas.
- A folio 67 del documento 003, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 18 de julio de 1964.
- Documento 004, Convención Colectiva.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no les mereció reproche alguno a las partes la conclusión a la que arribó el *A quo* que el demandante prestó sus servicios al otrora Instituto de Seguro Social, por más de 20 años; y que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, suscrita el 27 de diciembre de 2001 entre el ISS y el Sindicato de los Trabajadores del ISS-Sintraseguridad Social.

Dilucidado lo anterior y descendiendo al caso de autos, lo primero que se debe señalar es que dado el carácter autónomo del derecho a la Seguridad Social, y la necesidad de que se ajustara a los principios de organización de un sistema universal el cual no se lograba porque a través de los pactos o convenciones se generaban sistemas pensionales que generaban más diferencias, se profirió el acto legislativo 1 de 2005, en cuya exposición de motivos se indicó:

El artículo 55 de la Constitución Política prevé que “se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley”.

Desde este punto de vista podría sostenerse que una ley podría determinar el alcance del derecho de negociación colectiva y excluir del –ámbito del mismo el régimen pensional. Sin embargo, el examen de la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional no arroja conclusiones claras sobre el particular (...)

Dado lo anterior, deben precisarse las normas constitucionales estableciendo que no podrán celebrarse pactos o convenciones colectivas en materia pensional.

Lo anterior se funda, como ya se dijo, en el hecho de que la Constitución Política consagró el derecho a la seguridad SOCIAL como un derecho irrenunciable el cual se sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Dicho derecho fue desarrollado por la Ley 100 de 1993, estableciendo un sistema que está destinado a cubrir a todos los habitantes, y en esta medida los principios de la negociación colectiva, que se fundan en una negociación particular de las condiciones de trabajo en una empresa, deben subordinarse a los principios de organización de un sistema universal y solidario que cubija a todos los habitantes. (Gaceta del Congreso 385. Viernes 23 de julio de 2004, pág. 15) citado en recurso de anulación 31000 de 31 de enero de 2007.

En dicho acto Legislativo se limitó en los parágrafos 2 y 3, la negociación de condiciones pensionales, y se estableció un régimen de transición para quienes no hubieren consolidado el derecho y así lo expuso en la exposición de motivos:

“En todo caso, siguiendo los principios que se han venido estableciendo en materia constitucional, al hacer la reforma debe procurarse conciliar el interés general que impone hacer la reforma con la situación de las personas que se encuentran en una situación próxima a la pensión.

Si bien no existe un derecho adquirido mientras no se hayan cumplido los supuestos previstos en la norma que otorga el derecho, y por ello no se puede hablar de un derecho adquirido a un régimen pensional, también es cierto que cuando se realizan reformas debe tomarse en cuenta la situación de las personas que están próximas a adquirir el derecho, y en la medida de lo posible establecer un tránsito normativo de tal manera que sus legítimas expectativas se tomen en cuenta.

Es por ello que el proyecto de Acto Legislativo mantiene los regímenes legales vigentes especiales hasta el año 2007. Igualmente se mantienen las convenciones y pactos colectivos celebrados hasta la fecha prevista para su extinción, y máximo hasta el año 2007” (Gaceta citada, pág. 16)

En ese orden de ideas, en la exposición de motivos, el régimen de transición para quienes no hubieren cumplido los requisitos para adquirir el derecho se extendería hasta el año 2007, situación que la concretó el legislador hasta el 31 de julio de 2010.

Respecto a dicha norma, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia SU-555 de 2014, en la cual analizó las recomendaciones al gobierno colombiano del Consejo de Administración la OIT y respecto a la primera, esto es, que *“adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento”*; concluyó después de realizar el análisis correspondiente en el numeral 3.7.7. lo siguiente: *“De manera que la primera recomendación de la OIT no cubre: (i) a los trabajadores que soliciten pensiones consagradas en nuevos pactos o convenciones celebrados después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo; o, (ii) a aquellos que cumplen los requisitos para acceder a la prestación convencional con posterioridad al 31 de julio de 2010, pues no pueden alegar que esperaban recibir pensiones especiales en la medida que para ese momento ya se encontraban vigentes las nuevas reglas constitucionales, por lo tanto sería menos que una expectativa”*.

Criterio que fue aplicado por la Corte Suprema de Justicia, al momento de analizar la convención del ISS y el sindicato en la sentencia 29 nov. 2011, rad. 39808, reiterada en sentencia SL 4963-2016, radicación 56303, y sentencia SL2549-2019 de 10 de julio de 2019, radicación 71533 y SL2986-2020 cuando señaló como fecha límite de dicha convención la fecha señalada en el acto legislativo 1 de 2005, esto es, hasta el 31 de julio de 2010, al encontrarse afectada por dicho acto legislativo.

Ahora bien, no se puede desconocer el pronunciamiento proferido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3635-2020- Radicación n° 74271 del 16 de septiembre de 2020, al analizar un caso de similares características, en el que recogió parcialmente su criterio para precisar lo siguiente:

(...) en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

- a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*
- b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del*

Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

- c) *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010. (...)*

En ese orden de ideas, al aplicar el anterior marco normativo y jurisprudencial al presente caso, se encuentra que la convención colectiva suscrita por el ISS y el sindicato el 27 de diciembre de 2001 consagró en el artículo 2 *“una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente”* y el artículo 98 regulo el tema de la pensión de jubilación.

Lo importante de resaltar del artículo 98 es que señala los requisitos para adquirir el derecho por los trabajadores oficiales y la cuantía de la misma de manera diferencial dependiendo del año a partir de la cual se jubilen, de 2002 a 2006, de 2007 a 2016 y de 2017 en adelante.

Esto es, que en el primer párrafo de la norma se señala los presupuestos para hacerse acreedor de la pensión de orden extralegal, una vez cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos, y el requisito mínimo de edad (55 años si es hombre), y el monto pensional equivalente al 100% del promedio de lo devengado en los dos, tres y cuatro últimos años de servicio dependiente del rango de anualidad en la que se jubilen.

En el presente caso no hay discusión de que el demandante no cumplió con los requisitos exigidos en el inciso primero del artículo 98 de la Convención Colectiva, porque no acreditó el requisito de edad antes del 31 de julio de 2010, fecha límite impuesta por el Acto Legislativo 1 de 2005, y en gracia de discusión, si se aplicara el criterio contenido en la sentencia SL3635-2020-Radicación n.º 74271 del 16 de septiembre de 2020 proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral o el de la mayoría de la sala tampoco cumpliría los requisitos contenidos en la convención, esto es, en el año 2017 o 2011, en razón a que el demandante tan solo arribó a los 55 años de edad el 17 de octubre de 2019.

De manera que dichos argumentos serían suficientes para despachar

desfavorablemente el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte actora.

Adicionalmente, la magistrada ponente considera que el párrafo del Acto Legislativo 1 de 2005 si bien contempla dos situaciones, al final del mismo señala que las reglas de carácter pensional en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010, dado que lo que se ha tratado desde el año 1993 con la expedición de la Ley 100 es el garantizar en general a los ciudadanos la seguridad social y no extender de manera indefinida privilegios para unos pocos, lo que afecta los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación que rigen el sistema de seguridad social integral.

Adicional a ello, no se puede desconocer que la cláusula 98 de la Convención Colectiva incumple los presupuestos legales y las orientaciones del documento CONPES 3104 señaladas para la negociación de las convenciones colectivas en el año 2001, ya que de manera expresa se indicaba que las entidades públicas, naturaleza que ostentaba el ISS para esa fecha, debían de abstenerse de negociar nuevos esquemas de pensiones y prestaciones diferentes a los regímenes generales establecidos en la Ley 100 de 1993, aunado a que se debía asegurar el cumplimiento de la Ley 617 de 2000.

Nótese que se incumple con dicho documento cuando se establece un requisito de edad inferior al señalado en el régimen general de la ley 100 de 1993 y una tasa de reemplazo diferente, aunado que señalaba las condiciones hasta para el año 2017, sin contar con los esquemas de financiación correspondiente

En conclusión, en el presente caso el demandante no cumplió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación consagrada en la Convención Colectiva 2001-2004, y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

Finalmente, respecto del argumento relacionado con que se reconozca la prerrogativa prevista en el artículo 103 de la convención colectiva, - bonificación en el momento de la jubilación-, es de anotar que una vez revisados los hechos y pretensiones de la demanda se logra advertir que en ninguno de ellos se solicitó, discutió o pretendió dicho reconocimiento, debiéndose recordar que si bien el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo establece las facultades extra y ultra petita, las mismas solamente están en cabeza de los jueces de única y primera instancia, de tal manera que el recurso de apelación tampoco está llamado a prosperar.

En conclusión, el demandante no reúne los requisitos consagrados en el artículo 98 de la Convención Colectiva y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

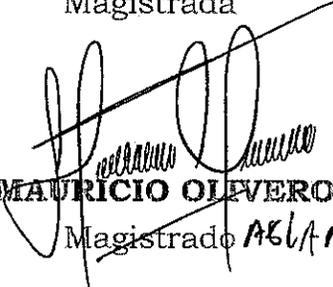
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado **AELARACION VOTO**


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
ACLARO VOTO



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

ACLARACIÓN DE VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 11001 31 05 031 2021 00059 01
DEMANDANTE: NAPOLEÓN CRUZ BURGOS
DEMANDADO: UGPP

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en el sentido de indicar que otros procesos fallados por la misma Sala, de manera mayoritaria se ha concluido que la prestación de jubilación allí dispuesta se causa para aquellos trabajadores que cumplieron el tiempo de servicios y la edad antes del 1° de noviembre de 2011.

En efecto, recientemente el Órgano de cierre en sentencia SL3635-2020 precisó el alcance interpretativo del Acto Legislativo 01 de 2005, en el que estableció como reglas las siguientes:

- a) *“En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*
- b) *Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*
- c) *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.*

En el citado pronunciamiento, al resolver un caso de contornos similares al presente, la H. Corte Suprema de Justicia analizó la vigencia de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Sintraseguridad Social y el extinto ISS. Allí, especificó concretamente que las prerrogativas relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 2° y 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017, lo cual fue reiterado en sentencia CSJ SL5116-2020.

Frente a dicha interpretación, al amparo de una lectura integral de la norma extralegal, se ha considerado de manera mayoritaria y respetuosa, que el artículo 98 de la convención colectiva cuya aplicación reclama el demandante, el querer de las partes no fue extender su vigencia hasta el año 2017, dado que los suscribientes reconocieron expresamente en el párrafo 4° que *“el reconocimiento y pago de las jubilaciones”* lo sería *“en un horizonte de diez (10) años”*, contados a partir de la vigencia del acuerdo extralegal.

Ello es así, como quiera que los suscribientes eran conocedores del límite temporal del presupuesto que financiaría esta prestación al contemplar: *“El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el Sindicato Sintraseguridad Social, donde se constató, que el reconocimiento y pago de las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación”*.

Quiere decir lo anterior, que al no contar las partes con una previsión y provisión presupuestal posterior a los 10 años que financiara la pensión de jubilación, tal como lo dejaron expresamente anotado las partes convocantes, no puede concluirse entonces una vigencia de los beneficios pensionales hasta el año 2017, pues la sostenibilidad fiscal es un axioma que ***“debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”*** tal como lo señala el artículo 334 de la Constitución Nacional.

Bajo ese prisma, constituye una regla constitucional que la negociación colectiva en entidades públicas debe necesariamente respetar el presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal determinado en la ley para la suscripción del o los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal, conforme al gasto de mediano plazo, la política macro económica del Estado y su sostenibilidad y estabilidad fiscal, como se infiere de la Constitución Nacional en el Título XII referente al **“Régimen Económico y De La Hacienda Pública”**.

En tal sentido, es dable afirmar que la voluntad de las partes en el marco de la negociación colectiva en entidades públicas encuentre un límite necesario para garantizar un fin esencial del Estado, como lo es, la prevalencia del interés general sobre el particular (art. 2 de la Constitución Política).

Así las cosas, no podría entenderse que la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 del acuerdo extralegal mantuvo su vigencia hasta el año 2017, toda vez que la negociación colectiva en entidades gubernamentales debe respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las autoridades públicas. De suerte que la autonomía negocial en estos eventos está supeditada a esa previsión y provisión presupuestal de la cual las partes tenían pleno conocimiento estaba garantizada solo por 10 años a partir de la vigencia de la convención, según se lee del párrafo 4 del artículo 98 del convenio que da génesis a la pensión de jubilación, esto es, hasta el 1° de noviembre de 2011.

Aquí resulta importante acotar que para la data de suscripción de la convención colectiva sobre la cual se edifica la prestación reclamada, el ISS atravesaba una difícil situación administrativa y financiera, la cual conllevó incluso a que la entidad y los trabajadores por intermedio del sindicato mayoritario Sintraseguridadsocial, con el apoyo e impulso del Gobierno Nacional llegaran a acuerdos precisos, tendientes a propender por su sobrevivencia y, por ende, de los puestos de trabajo de sus servidores.

Algunos de estos acuerdos se materializaron por ejemplo en la congelación por 10 años de beneficios previstos en el estatuto como el incremento adicional sobre salarios básicos (artículo 40); el auxilio oftalmológico (artículo 56); el pago retroactivo de las cesantías (artículo 62) y por 5 años el aporte de la empresa al Fondo Especial de Préstamos de Vivienda (artículo 64).

Circunstancias que permiten entender la razón de ser del artículo 2°, que refiere a una extensión de la vigencia de la convención más allá de la general prevista para el 31 de octubre de 2004, cuando indica que el acuerdo *“tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.”*

Paralelamente, la referencia del artículo 98 de la disposición convencional cuando alude en los incisos i), ii) y iii) al año 2002 a 2007, 2007 a 2016 y *“Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.”* no hace más que indicar la forma en la cual debe liquidarse la pensión de los trabajadores que cumplieran requisitos para acceder a la prestación en diferentes escenarios temporales. Lo cual no significa que la entidad se haya obligado a reconocer pensiones hasta el año 2017 o con posterioridad, pues la referencia a estas anualidades es meramente enunciativa y no permite su lectura establecer que las partes le fijaron una vigencia diferente a la prevista en el párrafo 4°, sustentada en presupuesto previamente definido y conocido por los convocantes del acuerdo colectivo.

En este orden de ideas, dado el contenido de la norma convencional, las previsiones y provisiones presupuestales para la garantía del pago de la pensión de jubilación establecida por las partes, así como el momento histórico y económico en el que se encontraba el Instituto de Seguros Sociales para el año 2001, no es dable considerar que la entidad se obligó a reconocer pensiones de jubilación hasta el año 2017 y más allá, pues lo cierto es que tal como quedó expresamente señalado en el estatuto

contractual, únicamente se contaba con la garantía financiera para cubrir esta obligación en los 10 años siguientes a su vigencia.

Conviene señalar que la lectura y aplicación del artículo 98 debe realizarse en su integridad, pues las partes en ejercicio de su poder de negociación y disposición establecieron los pactos allí plasmados. Sobre el particular, no está de más recordar que los convenios 87, 98, 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo reconocen abiertamente el derecho que asiste a todas las organizaciones sindicales de negociar libremente con los empleadores las condiciones que regirán los contratos de trabajo, prerrogativa que se otorga a todas las agremiaciones sin discriminación alguna y sin importar si pertenecen a los sectores privado o público. Por tanto, dada la naturaleza y fuerza normativa de las convenciones colectivas de trabajo, sus cláusulas se incorporan a los contratos individuales de trabajo para modificarlos y representan una fuente de derechos y obligaciones para quienes directa o indirectamente se ven cobijados (CSJ SL16811-2017), por ello, la Sala no puede desconocer los términos y contexto en que las partes pactaron la vigencia de la convención.

Al amparo de los argumentos esbozados, el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión suplicada, como quiera que, si bien acreditó 20 años de servicios, sólo alcanzó la edad de 55 años el 2019, es decir, con posterioridad al 1° de noviembre de 2011, fecha hasta la cual las partes debidamente facultadas podían realmente extender la vigencia de la prestación de jubilación regulada en el artículo 98 de la convención colectiva.

(i) La edad y el tiempo de servicios como requisitos de causación.

Conforme a la composición de la cláusula 98 del estatuto colectivo, las partes establecieron que la pensión se causa con el cumplimiento del tiempo de servicio y la edad. Lo anterior tiene sentido, como quiera que la redacción de ese primer inciso une el tiempo de servicios y la edad como elementos que se suman y forman un conjunto al estar incorporada allí la

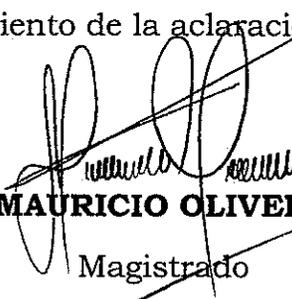
letra “y”, lo que permite afirmar que estamos ante una “*conjunción copulativa*” entendida esta según el diccionario de la Real Academia Española como “*coordinante que forma conjuntos cuyos elementos se suman*”, es decir, que no pueden ser separados.

Igualmente, de tiempo atrás la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha señalado que la edad mínima requerida en la cláusula convencional es un requisito de causación y no de disfrute, en tanto nada distinto se estableció de manera expresa en el citado instrumento normativo (CSJ SL 35399, 23 jul. 2009, CSJ SL803-2013, CSJ SL14663-2014, CSJ SL435- 2015 y CSJ SL122-2020).

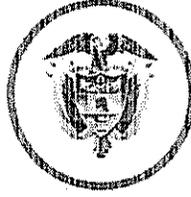
Asimismo, en virtud a lo pactado por las partes en el artículo 98 del instrumento colectivo, la edad no es un asunto insustancial, dado que constituye un referente importante para proyectar el cálculo actuarial o la experticia “*técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*” que permitió garantizar el pago de la prestación durante los 10 años siguientes a la vigencia de la convención “*sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación*”.

De la misma forma, en este caso el cumplimiento de la edad es un requisito indispensable para la causación del derecho, al constituir un elemento identificador del desgaste físico del trabajador que lo habilita para disfrutar del descanso luego del tiempo laborado al servicio de la entidad, lo que le permite percibir una prestación mensual que reemplaza su asignación salarial ordinariamente percibida.

Hasta acá el planteamiento de la aclaración de mi voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANDREA PAOLA FORERO BARBOSA

DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
ESE

RADICADO: 11001 31 05 035 2019 00071 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un único Contrato de trabajo a término indefinido desde el 02 de febrero de 2015 hasta el 27 de agosto del 2016, que es trabajadora oficial, se declare la responsabilidad en el pago de todas y cada una de las condenas impuestas al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. y como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la accionada al pago de diferencias salariales, trabajo suplementario, recargos dominicales y festivos laborados por el demandante, auxilio de Cesantías, intereses a las cesantías, prima de antigüedad, prima de vacaciones prima de Navidad, prima de servicios legal, compensación en dinero de las vacaciones, afiliación patronal y a efectuar el pago de las cotizaciones durante todo el tiempo laborado a favor del

demandante al sistema de Seguridad Social integral en Salud, Pensiones, Riesgos Laborales y Caja de compensación familiar, devolución del importe pagado por el demandante de más a salud, pensión y riesgos profesionales, devolución indexada del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la demandada durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente durante los años de 2015 y 2016, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, indemnización extralegal por el despido injusto, indemnización que trata el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, indemnización de que trata la Ley 224 de 1995 - 1071 de 2006 y artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción moratoria por la falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías, indemnización prevista en el parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, lo que resulte probado a favor del trabajador en aplicación de los principios ultra y extra petita y pago de costas procesales y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

La accionante laboró de manera constante e ininterrumpida para la entidad demandada desde el día 02 de febrero de 2015 hasta el 27 de agosto del 2016, en el cargo de auxiliar de cocina (cocinero), su vinculación lo fue a través de contratos de prestación de servicios, devengó como salario mensual, la suma de \$878.800.

El horario de trabajo que debía cumplir la accionante era en turnos rotativos de Domingo a Domingo de 06:00 a.m. a 02:00 p.m. y 01:00 p.m. a 08:00 p.m.; en la demandada existían compañeros de trabajo que se encontraban vinculados directamente como trabajadores de planta de personal de la Institución desempeñando las mismas funciones que realizaba la actora.

A la accionante no le fueron canceladas prestaciones sociales, tampoco fue afiliada al Fondo de Pensiones, ni consignadas las cesantías por el Empleador durante la vigencia del vínculo contractual por haberse escondido una verdadera relación laboral.

SUBRED INTEGRADA PARA LOS SERVICIOS DE SALUD SUR ESE se opuso a todas las pretensiones con el argumento de que no existió contrato de trabajo, sino varios contratos de prestación de servicios independientes e interrumpidos entre sí.

Presentó las excepciones de mérito que denominó pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación y falta de competencia.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de julio de 2021, declaró que entre las partes existió una relación laboral desde el 02 de febrero de 2015 hasta el 27 de agosto de 2016, ostentado la calidad de trabajadora oficial. Condenó a la SUBRED a pagar los siguientes conceptos:

1. Por auxilios de alimentación la suma de \$ 1.245.979,6
2. Por auxilios de transporte la suma de \$ 1.245.979,6
3. Por primas de vacaciones la suma de \$ 720.310
4. Prima de vacaciones la suma de \$ 720.310
5. Por primas de navidad la suma de \$ 1.935.664
6. Cesantías la suma de \$ 3.190.516
7. Indemnización por despido sin justa causa la suma de \$ 4.518.000

Condenó a la accionada por concepto de indemnización moratoria la suma de \$29.533,33 diarios a partir del 28 de noviembre del 2016 y hasta cuando se haga efectivo el pago total de las acreencias, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE: **i)** las condenas deben ser liquidadas conforme certificación aportada al proceso, debió concederse la nivelación salarial, pago de prestaciones, indemnizaciones y aportes con ese salario. **ii)** es procedente la condena por prima de servicios por estar consagrada en la convención colectiva de trabajo. **iii)** debió condenarse al porcentaje que como empleador le correspondía cotizar en salud, pensión y riesgos profesionales. **iv)** debió condenarse al pago del cálculo actuarial en el Fondo en que el demandante esté afiliado o que indique en el momento de cumplirse la sentencia.

DEMANDADA: **i)** entre las partes lo que existió fueron contratos de prestación de servicios. **ii)** la actora no pudo ostentar la calidad de trabajadora oficial pues las actividades desempeñadas por ella no se asimilan a las establecidas para los trabajadores oficiales.

ALEGACIONES

Presentó escrito de alegaciones el apoderado de la parte demandante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y en caso afirmativo si ostenta la calidad de trabajador oficial **ii)** Establecer si procede la nivelación salarial y consecuente reliquidación de prestaciones y si procede la condena por prima convencional de servicios. **iii)** Analizar si se debe condenar a la demandada al pago del porcentaje que le corresponde cotizar en seguridad social y del cálculo actuarial al fondo que está afiliada la demandante.

Elementos de prueba relevantes:

- Cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 25 de octubre de 1994.
- Certificación de orden o contrato de prestación de servicios.
- Contratos de prestación de servicios y actas de liquidación respectivas.
- Respuesta emitida por la accionada el 10 de abril de 2018 respecto de la planta de personal de la SUBRED.
- Certificación expedida por la demandada el 14 de noviembre de 2017.
- Certificación de pagos efectuados a la actora vigencia 2015 a 2016.
- Hoja de vida de la actora.
- Interrogatorio.
- Testimonios.

Caso en concreto

Existencia del contrato

En el presente caso la señora Andrea Paola Forero pretende la declaración de la existencia de un contrato de trabajo en condición de trabajadora oficial de la ESE SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE desde el 2 de febrero de 2015 al 27 de agosto de 2016, situación a la que se opone la accionada indicando que lo que existió entre las partes fueron sendos contratos de prestación de servicios y por ende la actora no ostentó en ningún momento la calidad de trabajadora oficial.

Para resolver la apelación de la accionada SUBRED ESE se tiene que en los términos del artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos: **(i)** la prestación personal del servicio, **(ii)** la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador y, **(iii)** un salario como retribución. A su vez, el artículo 3° del ordenamiento en cita dispone que "... una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera".

En este asunto la actora fue vinculada bajo contratos de servicios de apoyo en la ejecución de actividades de manejo de dietas hospitalarias como se constata de los contratos de prestación de servicios que reposan en el expediente digital y la certificación expedida el 18 de septiembre de 2017 por la accionada.

De conformidad con la Ley 100 de 1993, artículo 195, el régimen jurídico de los servidores de las Empresas de Sociales del Estado consagrado en el numeral 5 se clasifica en empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas de la Ley 10 de 1990.

El artículo 26 de la Ley 10 de 1990, norma que se aplica a la ESE, por disposición del numeral 5° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, dispone:

«Artículo 26°.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. (...)

Parágrafo. Trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. (...)

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de los servidores que prestan sus servicios a las empresas sociales del estado -ESE aquí convocada-, así:

En la Sentencia CSJ SL-1334 Radicado No. 63727 de 14 de abril de 2018 determinó la naturaleza jurídica de los servidores

“(...)” En efecto, debe la Corte recordar que la clasificación de los servidores públicos en trabajadores oficiales o empleados públicos es de reserva legal. Así lo ha dispuesto esta Sala al referir que «el hecho de que la definición de la controversia sea de derecho sustancial, no significa que en su defensa la accionada pueda admitir o allanarse a la calidad del vínculo que el demandante afirme tener para con la administración pública -como lo pretende hacer ver el actor bajo el argumento de que la entidad demandada aceptó que era trabajador oficial-, por cuanto como se dijo en precedencia, es la ley la que en definitiva determina la naturaleza del vínculo del servidor, no la voluntad de las partes. Súmese que, conforme al aforismo iura novit curia, los jueces son libres de calificar jurídicamente los hechos debatidos en el proceso» (CSJ SL 10610-2014).”

“También ha explicado esta Corporación que, por regla general, las personas que laboran al servicio de las empresas sociales del Estado son empleadas públicas y, por tanto, ligadas por una relación legal y reglamentaria y por vía de excepción, son trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, los servidores públicos que ejercen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, por lo que para merecer tal condición, es deber probar que las funciones estaban relacionadas con estas últimas actividades.”

“Así, se requiere efectuar un análisis probatorio que evidencie las funciones de quien predica ser trabajador Radicación n.º 63727 20 oficial y proceder a otorgarle a las mismas una calificación jurídica dentro del marco de los conceptos de «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales», ello por vía de una relación directa, pues la ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor se catalogue como empleado público por regla general (CSJ SL18413-2017).

En Sentencia CSJ SL1334-Radicado No. 63727 de 18 de abril de 2018, en punto a lo que debe entenderse por mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales definiendo los cargos que ostentan la calidad de trabajador oficial al interior de una ESE, como la aquí convocada, dicha Corporación señaló:

“(...)” “y teniendo en cuenta los conceptos ya fijados por esta Sala sobre qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales», en la providencia ya referida se explicó lo siguiente:

Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. N.º 22324, explicó lo siguiente:

«...los ‘servicios generales’ dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».

Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. N.º 36668, respecto al mismo tema señaló:

El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, Radicación n.º 63727 ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

*No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían **(i)** actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían **(ii)** servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro tales servicios generales se*

han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.

Los anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular n.º 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.

Mantenimiento de la planta física hospitalaria.

Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Servicios generales.

Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras.”

Aplicadas las normas anteriores y la jurisprudencia, se encuentra que por regla general los servidores de la Empresas Sociales del Estado son empleados públicos y por excepción son trabajadores oficiales aquellos que sin ser directivos prestan servicios en el mantenimiento de la planta física hospitalaria y en los servicios generales.

De la certificación expedida por la entidad demandada y los contratos suscritos con la demandante para el periodo 2015-2016, tenían como objeto: “1. Realizar las actividades determinadas por el chef de cocina, de acuerdo al cronograma de servicios. 2. Elaborar la decoración de platos para distribuir las dietas. 3. Preparar el jugo para pacientes. 4. Dejar limpia y ordenada el área de trabajo. 5. Lavar el menaje y equipos que utilice. 6. Recoger la lista de solicitud de dietas. 7. Servir dietas según lista por escrito. 8. Distribuir dietas según lista de solicitud. 9. Recoger loza en pisos. 10. Pesar los residuos líquidos y sólidos de alimentos que dejan los pacientes. 11. Lavar, desinfectar platos y menaje. 12. Realizar aseo del área y equipos en la cocina periférica. 13. Aplicar los conocimientos impartidos por la nutricionista dietista. 14. Arreglar el mercado. 15. Responder por los elementos entregados para el desempeño de las actividades. 16. Realizar las demás actividades que le sean asignadas por quien ejerce el control de ejecución del contrato, acordes con el objeto.”

Aunado a lo anterior, rindieron declaración Aura María Ballesteros (auxiliar de cocina, ensamblaba y entregaba las dietas a los pacientes) y Néstor Guillermo Bernal Sarmiento (chef que preparaba las dietas de los pacientes), quienes coincidieron en señalar que la demandante desempeñó las funciones de auxiliar de cocina, era quien ayudaba con la preparación de alimentos, alistamiento de las dietas, refrigerios para los enfermos, en ocasiones servía las dietas, los martes alistaba mercado, ayudaba con el aseo de la cocina y tenía que dejar todo limpio. Manifestaron que tales actividades las desarrollaba en los horarios establecidos por la demandada y para ejercer las funciones debía portar un carné que le permitía el ingreso a las instalaciones.

Agregaron los declarantes que debido a que conocieron a la accionante en el año 2015, año en que ella comenzó a prestar el servicio para el Hospital de Meissen, les consta que el desempeño de sus funciones no era autónomo y tampoco independiente, que la accionada en un tablero publicaba las dietas que la actora debía ayudar al chef a preparar y alistar para que otras personas las distribuyeran, que no podía escoger en qué momento preparar las dietas pues tenía un horario que el Hospital determinaba para ello; señalaron que las herramientas con que la señora Andrea Forero trabajaba eran de propiedad del Hospital.

Pues bien, de los anteriores elementos de prueba se colige que la prestación de servicios personales fue subordinada y, en consecuencia, se tipifica un contrato de trabajo, de modo que la relación contractual que ató a las partes bajo los ritos formales de una contratación de prestación de servicios así como los denominados de arrendamiento de servicios personales de carácter privado, tuvieron el alcance de constituirse en realidad en un contrato de trabajo al NO encontrarse demostrada la autonomía ni independencia en el desempeño de las funciones que ejecutó la demandante, motivo por el que se confirmará la sentencia en este aspecto y la calidad de trabajador oficial.

Nivelación salarial

Aduce el recurrente que debe darse aplicación el principio de a trabajo igual salario igual, aspecto contenido en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo; precepto normativo que ha sido desarrollado por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que, en pronunciamiento radicado No. 69663 del 25 de julio de 2018, indicó respecto de la carga de la prueba en asuntos como el estudiado lo siguiente:

“Al respecto, la Sala tiene adoctrinado que quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia (sentencias CSJ SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858 y SL 20 oct. 2006. Rad. 28441 que reiteró las providencias SL 10 jun. 2005 y 24 may. 2005. Rad. 24272, entre otras).

Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7.º de la Ley 1496 de 2011 -según la cual «todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva. (Negrilla fuera del texto original)”

Adicionalmente, de vieja data ha expuesto el máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, que *“Al efecto se advierte que no basta comparar las funciones generales de cada nivel y naturaleza del cargo, ni exponer que la demandante sea una profesional o no, en la medida de que esto sólo daría una aproximación y no la identidad requerida para aplicar dicha nivelación salarial, dado que como lo dedujo el ad quem, debe estar debidamente comprobado en la litis, que la accionante desempeñó las mismas funciones de una persona que ejerciera como profesional.”* Sentencia 35593 de 2009.

Y más adelante la misma providencia señaló:

“Mientras que en esta litis, lo planteado corresponde a la nivelación de quien teniendo un cargo y que recibe la remuneración asignada al mismo, aspira se le reconozca el salario de otro cargo de superior categoría, pero por la realización de funciones iguales a las fijadas para el último cargo, sin basarse en un escalafón o escala salarial, sino en un manual de funciones cuya aplicación busca determinar que la demandante pese a ostentar el cargo de “técnico de servicios asistenciales”, desarrollaba las funciones propias de un profesional en “fonoaudiología”, lo cual planteado de esta manera requiere como lo señalaron los jueces de instancia, de un factor de <comparación> que

conlleve a una discriminación no justificada, a la luz del principio de a trabajo igual salario igual, con la consecuyente violación del artículo 5° de la Ley 6ª de 1945, que dice “La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, sólo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales” (...).

Además, lo inferido por el ad quem, en relación al texto de la norma anterior, en el sentido de que “El propósito del artículo antes transcrito, es procurar que el trabajo realizado en igualdad de condiciones, sea retribuido en la misma forma, evitando que por consideraciones diversas a las del trabajo, tales como la edad, el sexo, la nacionalidad, la raza, la religión o las actividades políticas y sindicales, se dé un tratamiento discriminatorio entre trabajadores que cumplen una misma labor, pues la diferencia de salarios -según esta norma-, solo puede <...fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra>”, se aviene a su cabal y genuino sentido y alcance.

Bajo estas circunstancias, fuera de que es razonado jurídicamente lo esbozado por el fallador de alzada, se tiene que lo decidido se ajusta a la normatividad legal aplicable en materia de igualdad salarial, sin que vaya en contravía a lo adocinado en el pronunciamiento jurisprudencial en comento; máxime que como lo sostiene la réplica, en momento alguno aparece demostrado que a la actora se le hubiera designado en el cargo de Profesional Asistencial de Apoyo III, que le otorgue el derecho a una mayor remuneración, sin interesar que exista o no algún trato desigual con los demás trabajadores.

Adicionalmente, cabe agregar, que en virtud de que tal como quedó sentado al resolverse el tercer cargo, la censura no logró desvirtuar probatoriamente la conclusión del Tribunal, sobre la ausencia del factor de comparación con otro trabajador que para el caso resultaba pertinente; se concluye entonces, que en la forma como están presentados los hechos, para una situación como la que ocupa la atención a la Sala, la aplicación e interpretación de las normas denunciadas se erige como acertada.”

Descendiendo al caso objeto de estudio se tiene que en los hechos y pretensiones de la acción señala la parte actora que se desempeñó como AUXILIAR DE COCINA, cargo que conforme documento de fecha 10 de abril de 2018 no existe en la demandada, así lo indica la señora Fabiola Bautista López Director Operativo de la SUBRED ESE al señalar: *“Una vez revisados los Manuales Específicos de Funciones y Competencias Laborales de los antes Hospitales que conforman hoy la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., se evidencia que el empleo AUXILIAR DE COCINA no existe, se aclara que existe el empleo Operario de Servicios Generales (COCINERO) como trabajador oficial código 5150 Categoría IV A...”*

Aunado a lo anterior, si bien es cierto se aporta la hoja de vida de la accionante y los requisitos de experiencia y formación para ejercer el cargo deprecado, tal aspecto no resulta ser suficiente para el efecto pretendido, esto es que acredita los requisitos para ejercer el cargo cuya nivelación pretende, pues debía probar que las labores encomendadas a ella fueron ejercidas por otra persona con similares funciones y eficiencia como lo señala la jurisprudencia para realizar la comparación, teniendo para ello el punto de similitud con un trabajador del Hospital de Meissen que hubiere tenido ese cargo para poder establecer la semejanza con las funciones que la demandante desarrolló en el transcurso de su vinculación laboral.

Además de ello, al revisar los testimonios recibidos se puede constatar que fueron contestes y coincidentes en afirmar que no había otro cargo en el Hospital igual al de la actora, negaron rotundamente que las funciones por ella desempeñadas las realizara otra persona; aunado a que la gestora no allegó al proceso información sobre los cargos y personas cuya referencia permitiera realizar la comparación pertinente con el fin de demostrar que las funciones desempeñadas por trabajadores de planta de la demandada eran similares a las desarrolladas por ella, ni la antigüedad, denominación administrativa, financiera, código, grado, salario y conocimientos exigidos con los que se pretendía comparar para obtener la nivelación salarial.

Aunado a lo anterior, el documento que aportó al plenario sobre certificación de salarios y prestaciones sociales corresponde al cargo de CAMILLERO que no es aplicable al caso en concreto porque la demandante no ejerció esas funciones y la demandada señaló que el empleo AUXILIAR DE COCINA no existe en esa entidad, y aunque existe el cargo de cocinero no se aportó al proceso las funciones que corresponden a ese cargo para determinar que son similares y menos se acredita el cumplimiento de esas funciones en condiciones de eficiencia antes indicadas para la nivelación deprecada, razones que dan lugar a confirmar la decisión de primera

instancia en ese aspecto, y no procede la reliquidación de las condenas señaladas en primera instancia.

Prima convencional de servicios

Indica el apelante en el recurso de alzada que al estar consignada dicha prestación en la convención colectiva de trabajo debió concederse, sin embargo, lo primero que se debe señalar es que en la pretensión identificada con el literal i) del acápite de pretensiones solicitó la prima de servicios legal conforme al art. 58 y 59 del Decreto 1042 de 1978 y de esa manera fue estudiada por el juez a quo y en segundo lugar al revisarse el archivo denominado compilación convenciones colectivas (de 36 páginas) se observa la convención colectiva 2007-2011 que nada refiere a esa prestación, el Acta de Acuerdo de 2011 que tampoco se refiere a la prima y la convención colectiva 2017-2021 que no se aplica al presente caso por ser posterior a la relación que vinculó a las partes, de tal manera que se confirmará la decisión de primera instancia en ese aspecto.

Cálculo actuarial, porcentaje de cotización en seguridad social y Fondo al que deben efectuarse los aportes.

En lo relacionado con el cálculo actuarial teniendo en cuenta que dicha pretensión se fundamenta en la prosperidad de la nivelación y debido a que esta última no salió avante pertinente resulta absolver por este concepto.

Y frente al porcentaje que debió cotizar el empleador en seguridad social, es de anotar que no existe prueba en el proceso que acredite que la accionante efectuó algún pago respecto de los riesgos de la seguridad social a efectos de poder determinar la procedencia de la devolución de alguna suma, si bien se observa un documento titulado "PAGO SIMPLE" en donde se indica el número de identificación de la señora Andrea Paola Forero y periodo de cotización junio de 2015, no reposa la prueba que acredite que los montos por concepto de aporte en salud y pensión fueron realizados; se aporta un comprobante de pago del Banco de Bogotá pero el monto pagado no coincide con el indicado en la planilla, aunado al hecho que con dicho comprobante no se puede tener certeza que corresponda a la actora pues no contiene el número de identificación o nombre de la demandante.

Válido es recordar que el art. 167 del C.G.P. consagra que *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."*, y en este asunto era carga probatoria de la parte actora demostrar el pago de aportes efectuado al Sistema General de

Seguridad Social para analizar la procedencia de la devolución de algún porcentaje o suma, o endilgarle algún pago a la demandada y como ello no ocurrió en este caso pertinente resulta confirmar en su integridad la decisión apelada.

COSTAS no se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia, por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HEIBER LEONARDO FLOREZ REYES

DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P

RADICADO: 11001 31 05 038 2019 00719 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 26 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que en los artículos 57 y 58 de la convención colectiva celebrada entre la demandada y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos Corporaciones Autónomas Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia "Sintraemsdes" el 24 de noviembre de 2015, se pactó que los contratos de trabajo de quienes se encontraban vinculados con la empresa para la fecha de la suscripción de la convención, son a término indefinido; que se encuentra afiliado a dicha organización sindical por lo que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo, para que como consecuencia de ello, se declare que el contrato de trabajo celebrado entre las partes el 2 de enero de 2013, pactado a término fijo, junto con sus adiciones, es a término indefinido y se condene a la pasiva a que inserte en el contrato de trabajo que el mismo es a término indefinido y las costas del proceso.

Como sustentó de sus pretensiones, relató que: el 24 de noviembre de 2015, la empresa y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos Corporaciones Autónomas Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia "Sintraemsdes" celebraron convención colectiva de trabajo; que en el artículo 57 se pactó para garantizar la estabilidad de los trabajadores, que los contratos se suscribirían a término indefinido y que para los trabajadores vinculados para el 24 de noviembre de 2015 también serían a término indefinido; que el artículo 58 de la convención señaló los casos en que se podía contratar trabajadores a término fijo; que se vinculó al servicio de la encartada mediante contrato de trabajo escrito a término fijo el 2 de enero de 2013 para desempeñar el cargo de tecnólogo administrativo nivel 31; que su contrato fue prorrogado varias veces hasta el 30 de noviembre de 2015; que las partes suscribieron un nuevo contrato de trabajo a término fijo para el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, para desempeñar el mismo cargo y nivel; que suscribió diversos otros síes prorrogando su vinculación hasta el 31 de diciembre de 2019; agregó que siempre ha desempeñado el mismo cargo, que ha obtenido calificaciones sobresalientes y no es un trabajador ocasional o transitorio, que se encuentra afiliado al sindicato Sintraemsdes y, por ello, es beneficiario de la convención colectiva, por lo que está vinculado mediante contrato a término indefinido y no está sujeto a participar en el concurso al que hace mención la convención colectiva.

Frente a esas pretensiones, la parte accionada se opuso a la mayoría de las pretensiones con sustento en que el actor pretende que se le dé un alcance diferente al artículo 57 de la convención colectiva, pues en últimas solicita que se avale jurisdiccionalmente que no presente concurso de méritos para que se le contrate a término indefinido.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe de la demandada, mala fe del demandante y la genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de julio de 2021, absolvió a la demandada de las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con sustento en que el juez de primera instancia dio aplicación a una disposición

que había desaparecido el 30 de noviembre del año 2020 - artículo 49 de la convención colectiva, relacionada con el régimen de transición-, al igual que desconoció lo previsto en los artículos 58 y 57 de la convención colectiva que prevén que todos los contratos de trabajo son a término indefinido, finalmente, señaló que en el presente caso tampoco puede predicarse la existencia de varios contratos, sino de una única relación laboral.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la modalidad contractual que une a las partes en litigio.

Caso concreto

Solicitó el demandante que se declare que su contrato de trabajo es a término indefinido conforme se pactó en los artículos 57 y 58 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la EAAB y la Organización Sindical Sintraemsdes, el 24 de noviembre de 2015.

Bajo ese escenario, está por fuera de debate probatorio que: i) el demandante estuvo vinculado para con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo, en el cargo de tecnólogo administrativo nivel 31, adscrito a la división atención al cliente zona cinco, en los siguientes periodos: del 2 de enero de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2015 y del 2 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2019, como se constata en la certificación expedida por la pasiva que milita a folio 23 del archivo denominado “Cuaderno Físico”, ii) que se encuentra afiliado a la organización sindical Sintraemsdes, y, aunque no se adosó constancia alguna de esta situación, sí se aportó un desprendible de nómina emitido por la demandada donde se evidencian descuentos a favor de ese sindicato (f.º24), supuesto fáctico que de igual manera, fue aceptado por la pasiva al contestar el hecho 25 de la demanda, y iii) que se aportó el texto convencional con la correspondiente constancia de depósito.

Así las cosas, el artículo 57 de la convención colectiva señala que:

“(...) CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La Empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de méritos con los criterios del escalafón.

Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo “(…)

Por su parte, el artículo 58 previó que:

“(…) CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TERMINO FIJO: La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizarán.

Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

(…)

En ningún caso podrá vincularse el trabajador mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento “(…)

Descendiendo al caso de autos, de la lectura conjunta de las disposiciones transcritas se puede colegir que el querer de las partes, no fue otro que el de vincular a los trabajadores de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, mediante contrato de trabajo a término indefinido, a excepción de los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia, o cuando se contrate personal para la realización de una obra o labor determinada o la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

También se dispuso para los trabajadores oficiales que estuviera vinculados, que la clase y naturaleza de los contratos serían a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

En el presente caso está probado que el actor para el momento en que se suscribió el acuerdo convencional, esto es, 24 de noviembre de 2015, se encontraba laborando mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 2 de enero de 2013 y fue prorrogado hasta el 30 de noviembre de 2015 (f.º 6-17).

Posteriormente, las partes suscribieron un nuevo contrato de trabajo a término fijo de un año, a partir del 2 de diciembre de 2015, el cual se ha venido prorrogando a través de otros síes, y en esa dirección, tenemos que la última contratación se llevó a cabo con posterioridad a la calenda en la que se firmó el acuerdo colectivo, sin que se advierta que en el libelo genitor se pidiera la unidad contractual de dichos vínculos, por lo que de entrada no es posible deducir que se está ante un contrato a término indefinido, máxime cuando al leer los hechos de la demanda se puede concluir, la finalización del primer vínculo laboral y el posterior surgimiento de una nueva contratación. (hecho 15 y 16), de manera que se considera que la modalidad contractual que unió a las partes, se rigió por independientes contratos a término fijo, siendo pertinente recordar, como lo hizo el A-Quo, que el Tribunal máximo de cierre, ha sido claro al enseñar que los empleadores gozan de libertad a la hora de escoger la modalidad de contrato que más les convenga, aunado a que también ha explicado que la vinculación que se hace a través de los contratos de trabajo a término fijo goza de plena validez y vigencia y que “ *La ley permite que una vinculación única y continua, si así lo acuerdan las partes, sea regulada por diferentes modalidades de duración del contrato de trabajo, aún sean celebrados sin interrupción*”.

En este punto, oportuno resulta indicar que la prórroga de los contratos del actor, obedecieron a la ampliación de la vigencia de la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa, al igual que a lo dispuesto en el artículo 51 de la convención colectiva de trabajo, como se lee en los memorados internos dirigidos al actor (f.º 14-16) y el otro sí que reposa a folio 20.

El escenario anterior, considera la Sala, debe armonizarse con lo previsto en el artículo 49 de la citada convención, el cual estableció un régimen de transición para la vinculación de personal por un periodo de 5 años -1 de diciembre de 2015 hasta 30 de noviembre de 2020- para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos, así:

(..) *ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDÉS Subdirectiva Bogotá*

acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de antigüedad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)

Ahora bien, para resolver el recurso de apelación, relacionado con que el régimen de transición “desapareció” el 30 de noviembre del año 2020, es menester indicar que, a juicio de esta Sala, dicho clausulado aun regula la controversia planteada, en la medida en que ésta era la norma que gobernaba la materia para el momento en que se firmó el contrato de trabajo a término fijo, razón por la cual, en el caso particular si resulta aplicable el artículo 49 de la Convención Colectiva de Trabajo con vigencia 2015-2019.

Adicionalmente, se señaló en la convención colectiva en el artículo 51. Vinculación de trabajadores con contratos a término fijo y labor contratada: la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EAS ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerda que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva.

Aunado a lo anterior en el capítulo V de la Convención Colectiva se acordó la Estructura, Planta de Personal, Escalafón y Curva Salarial y en su artículo 38 se señala como mecanismo para vincular a los trabajadores a la empresa el mecanismo de concurso de méritos, al punto que en esos concursos pueden participar no solo los trabajadores con contrato a término fijo sino también los trabajadores vinculados con los contratos a término indefinido, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

De tal manera que, si bien para la contratación llevada a cabo el 2 de diciembre de 2015, el accionante fue contratado mediante contrato de trabajo a término fijo, siendo beneficiario de la convención colectiva de trabajo, lo que conllevaría a dar aplicación a las disposiciones de los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva 2015-2019, lo cierto es, en atención a las normas convencionales antes anotadas, que el actor debe presentar y superar el concurso de mérito, para que la modalidad de su vínculo a término fijo pueda ser modificado a término indefinido, circunstancia esta que es conocida por el actor porque se inscribió en el concurso de méritos para cinco cargos, cuatro de tecnólogo administrativo y uno de profesional, como se señala en el escrito de contestación.

Además de lo expuesto, no puede perderse de vista que la convención colectiva fija las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, y en este caso fueron tanto empleador como la organización sindical, quienes de consuno acordaron que los trabajadores de la empresa se sometieran a concurso de mérito, convenio que finalmente se consignó en la convención colectiva de trabajo 2015-2019; sin que en ese convenio se hubiere indicado que en caso de agotarse el plazo de transición los contratos que se autorizaron su continuación a término fijo modificarán su modalidad automáticamente a término indefinido.

A la anterior conclusión se llega porque en el artículo 50 se indica de manera expresa en el párrafo se indica lo que sucede vencido el régimen de transición para los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada, esto es, que se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamos de vivienda, becas de educación forma y quinquenio, sin que se indique en dicho artículo que automáticamente los contratos a término fijo y labor contratada se modifiquen a contratos a término indefinido.

En ese orden de ideas, si para la vinculación mediante contrato de trabajo a término indefinido o la modificación de la naturaleza del contrato inicialmente pactado, se hacía imperioso la aprobación del concurso de méritos, fácil resulta concluir que al demandante no le asiste derecho a la

modificación pretendida por cuanto no se han cumplido los requisitos señalados en la convención colectiva para tal fin.

En otro giro, sostiene el apelante que el sentenciador de instancia desconoció el artículo 58 de la convención colectiva, que es categórico a la hora de señalar que en ningún caso podrá vincularse el trabajador mediante contrato a término fijo, sumado a que la situación del demandante tampoco se ajusta a las excepciones allí previstas.

Para resolver la controversia planteada se recuerda que el artículo 58 señala que:

“(...) CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizarán.

Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

(...)

En ningún caso podrá vincularse el trabajador mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento “(…)

Igualmente, el artículo 50 consagra: *“DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.*

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015).

Al paso que el artículo 51 dispuso: *VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...)*

Finalmente, el artículo 53 previó: *“CONCURSO DE MÉRITOS, POR ÚNICA VEZ PARA PROVEERLAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL. Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así. (...)*

Así las cosas, de conformidad con lo transcrito precedentemente, si bien es cierto que el artículo 58 consagra las excepciones a la contratación por contrato a término indefinido, dentro de las cuales, en principio no está el demandante, no lo es menos, que fueron las mismas partes las que en el artículo 51 acordaron que como los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencían el 30 de noviembre de 2015, se habilitaba a la empresa para que a partir del 1 de diciembre de 2015, los empleados que laboraran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo fueran vinculados con contrato a término fijo, por un término inicial de 13 meses - 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016-, contratos que prorrogarían automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo, con el fin de que el empleador pudiera adelantar el concurso de méritos para proveer de manera definitiva las vacantes, siendo precisamente esa la situación que ocurrió en el caso analizado, tal y como se plasmó en los otros síes, donde se señala que ante la necesidad de mantener la contratación laboral en virtud y cumplimiento del artículo 51 se hacía necesario prorrogar el contrato del actor, por lo que se considera que contratación del señor Flórez Reyes se encuentra ajustada a las disposiciones convencionales, que permitía transitoriamente, la vinculación de estos trabajadores por contrato a término fijo.

En conclusión, no hay lugar a modificar la naturaleza de fijo a indefinido del vínculo laboral que une a las partes y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia, máxime si se tiene en cuenta que se adelanta en los términos pactados en la convención colectiva el concurso de méritos para la vinculación no solo del actor sino de todas las personas que a la firma de la convención colectiva se encontraban contratados laboralmente bajo las mismas condiciones y una decisión contraria incidiría en el principio de igualdad que quiso proteger la convención colectiva.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES -

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2016 00056 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones respecto de la sentencia proferida el 23 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la titularidad sobre el retroactivo pensional causado con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez compartida a favor del señor Plinio Mercado Ruíz corresponde a ELECTRICARIBE en virtud de la compartibilidad pensional. Como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a pago del retroactivo de la pensión de vejez por el periodo comprendido entre la fecha de causación de la pensión, 2 de mayo de 2013 y la fecha de inclusión en nómina de pensionados ocurrida el 1 de octubre de 2014, así como el derivado de las reliquidaciones pensionales que se hayan generado. Se condene a la demandada al pago de la actualización de la condena, intereses moratorios y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el señor Plinio Mercado prestó sus servicios a la Electrificadora de Bolívar hoy ELECTRICARIBE y, en virtud de ello, mediante acta de conciliación del 21 de enero de 1999 se le concedió una pensión voluntaria, temporal de carácter compartida a partir del 1 de enero de 1999.

El empleador continuó efectuando los aportes para el reconocimiento por parte de Colpensiones de la pensión de vejez, con el fin de que Colpensiones procediera a cubrir dicha pensión siendo de cuenta de ELECTRICARIBE únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por Colpensiones y la que venía recibiendo el pensionado.

El señor Plinio Mercado cumplió 60 años de edad el 2 de mayo de 2013, fecha en que se causó el derecho a la pensión de vejez. Colpensiones mediante Resolución N° 111793 del 20 de abril de 2015 rechazó los recursos de reposición y apelación interpuestos y dio respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago del retroactivo interpuesto por el señor Plinio Mercado el 2 de diciembre de 2014, en el cual resuelve negar al pensionado el retroactivo pensional de la pensión de vejez de carácter compartida reconocida el 19 de septiembre de 2014.

Los actos administrativos proferidos por Colpensiones no fueron comunicados a ELECTRICARIBE.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que con la Resolución GNR 327221 del 19 de septiembre de 2014 se reconoció una pensión de vejez de carácter compartida.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de indexación, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción y la innominada o genérica.

Por auto del 5 de diciembre de 2016, se vinculó como **litisconsorte necesario** al señor Plinio Antonio Mercado a quien se le nombró curador ad litem y como quiera que no contestó se tuvo por no contestada la demanda por auto del 1 de julio de 2020.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de junio de 2021, declaró que a ELECTRICARIBE S.A.

E.S.P. le asiste el derecho al pago del retroactivo pensional generado entre el 2 de mayo del 2013 al 30 de septiembre de 2014 y dejado en suspenso en la resolución GNR 327221 del 19 septiembre del 2014 emitida por COLPENSIONES mediante la cual se le otorga la pensión de vejez a Plinio Antonio Mercado Ruiz, atendiendo al carácter de compartida de la prestación extra legal reconocida por la entidad empleadora y la que legalmente le fue otorgada.

Condenó a COLPENSIONES a pagar a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. la suma de \$135.103.566 por concepto de retroactivo de mesadas pensionales, valor que deberá ser indexado, absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

DEMANDADA i) mediante circular interna de Colpensiones del 1 de octubre de 2012 suscrita por la vicepresidencia jurídica y de beneficios y prestaciones de Colpensiones, sobre los criterios jurídicos básicos de reconocimiento establece en su ítem 1.4.3 que el giro del retroactivo a favor del empleador procede en uno de los siguientes eventos:

Cuando exista autorización por parte del trabajador del giro del retroactivo a favor del empleador. Que el disfrute de esta pensión compartida será a partir del cumplimiento mínimo de los requisitos. Lo anterior sin perjuicio de las reglas generales de disfrute en el evento en que le afiliado haya efectuado cotizaciones al sistema en calidad de independiente o como dependiente.

De esta manera se indica que no es procedente reconocer y pagar a favor de la demandante el retroactivo dejado en suspenso. Si bien es cierto el asegurado afirma que el retroactivo debe ser girado a él, también lo es que no existe pronunciamiento por parte de ELECTRICARIBE respecto de a quién le correspondía ese retroactivo.

DEMANDANTE: deben reconocerse las costas procesales, en la medida que la posición de Colpensiones si le ha generado a ELECTRICARIBE una mayor onerosidad pues se tuvo que acudir a la Rama Judicial para dirimir la controversia.

ALEGACIONES

Presentó escrito de alegaciones la apoderada de COLPENSIONES

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago del retroactivo pensional. **ii)** Establecer si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Analizar si hay lugar condenar por concepto de costas.

Pruebas relevantes

- Acta de conciliación celebrada entre el señor Plinio Mercado Ruíz y Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. ESP.
- Certificación de pensión expedida por ELECTRICARIBE.
- Comprobantes de pago.
- Resolución GNR 327221 del 19 de septiembre de 2014.
- Resolución GNR 111793 del 20 de abril de 2015.
- Reporte de semanas cotizadas del señor Plinio Antonio Mercado.
- Expediente administrativo del señor Plinio Mercado.

Caso concreto

Para resolver el problema jurídico se tiene que el Artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 regula la compartibilidad de las pensiones extralegales.

Aunado a ello el Artículo 5° del Decreto 813 de 1994 se refiere a las reglas a aplicar con relación a la “Transición de las pensiones de jubilación a cargo de empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de Pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición...”

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral se ha pronunciado respecto al tema de la compartibilidad pensional como por ejemplo en sentencia No 42469 del 15 de mayo 2013 M.P Rigoberto Echeverri Bueno, sentencia SL13190-2015 con Radicación n.º 49747 del veintitrés (23) de septiembre dos mil quince (2015) M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas señaló:

“(...) así las cosas, resulta claro que el Instituto de Seguros Sociales tan sólo comparte las pensiones extralegales cuando se causan con posterioridad a la vigencia del Decreto 2879 de 1985, es decir del 17 de octubre de ese año en

adelante, si el empleador continúa aportando al Instituto para el seguro de vejez, invalidez y muerte, a menos que sean las mismas partes quienes acuerden que la pensión voluntaria patronal sea concurrente con la de vejez del I.S.S.

(...) De manera que, en presencia de ese panorama normativo, la pensión convencional causada después del 17 de octubre de 1985 es, en principio, incompatible con la de vejez, y es, en su lugar, compartible con ella. Todo esto bajo el entendido de que las partes no hayan acordado o el empleador voluntaria y unilateralmente se obligue, bajo otras condiciones, como sería, por ejemplo, que ambas pensiones –la voluntaria y la de vejez- fuesen compatibles.

“Perfectamente claro se exhibe que, a partir del Acuerdo 29 de 1985, la pensión voluntaria será compatible con la de vejez cuando las partes así expresamente lo hayan acordado o el empleador unilateral y voluntariamente así lo haya dispuesto.

“De lo contrario, la pensión voluntaria está llamada a quedar totalmente subrogada por la de vejez, en caso de ser de un menor monto que ésta; o resultar compartible, en el evento contrario, en cuyo caso el empleador sólo está obligado a cubrir la diferencia. (Resaltado y subrayado por fuera de su texto original).

Y en sentencia SL4555 de 2020 radicado 82422 M.P. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz indicó:

“...De manera tal que, el querer del legislador fue evitar que para el cubrimiento de un mismo riesgo surgieran concomitantemente dos prestaciones, una de orden extra legal y otra legal, a menos que de manera expresa las partes pactaran lo contrario; y a efecto de asegurarle al titular de éstas el pago de la de mayor cuantía, estableció que si el valor de la que le cancelaba directamente el empleador era superior a la que le reconocería el ISS, mantendría el disfrute de la primera, para lo cual el empresario quedaba obligado a suministrar solamente la diferencia, fenómeno que se conoce como compartibilidad pensional.

La mencionada figura ha sido analizada en diferentes oportunidades por esta Sala de la Corte, verbigracia, en la sentencia SL13996-2014, reiterada recientemente en la SL2963-2018...

Así las cosas, la referida compartibilidad pensional no tiene por objeto que el pensionado cuente con dos pensiones, pues, precisamente, el efecto de la

mentada figura es el de la asunción del riesgo por el ente de seguridad social con el aseguramiento de que no se deteriore el valor de la pensión que se venía percibiendo, por manera que, la prestación de vejez que otorga la entidad administradora será la que se mantendrá como pensión en toda su identidad; de consiguiente, no por el hecho de que el empleador conserve a su cargo el pago del mayor valor que resultare en favor del pensionado, esa diferencia o mayor valor tendrá las connotaciones de una prestación pensional distinta a la de vejez asumida por el ente de seguridad social, por cuanto que ese valor debe mantenerse por no poderse afectar el quantum o monto del derecho pensional subrogado, habida consideración de que ese parámetro pensional queda cobijado por el concepto de derecho adquirido.

Visto de otra forma, el cubrimiento del derecho pensional por parte del ente de seguridad social mantiene y preserva el derecho del trabajador en lo que tiene que ver con su valor, con estribo en la figura de la compartibilidad pensional, pero de allí no puede derivarse la coexistencia de una doble prestación, de donde deviene una obvia conclusión, cual es la de que las reglas del reajuste anual de la pensión con la cual seguirá el pensionado, en principio, son las que rigen la pensión legal de vejez, no de la que fue subrogada por la entidad administradora de pensiones.”

Ahora bien, reposa en el plenario copia del acta de conciliación suscrita por la empresa demandante y el señor PLINIO MERCADO RUÍZ, en la que las partes acordaron el reconocimiento de una pensión voluntaria de las previstas en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 y el 029 de 1985, a partir del 1 de enero de 1999 hasta la fecha que cumpliera 60 años de edad.

Igualmente, se acordó que en el momento en que el ISS le reconociera una pensión de vejez o de sobrevivientes, sólo quedaría a cargo de la empresa el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión que venía reconociendo y la que reconociera el ISS, pues en ningún caso habría dos pensiones simultáneas y por lo tanto a los 60 años o en caso de muerte la Empresa se sustituiría en el ISS.

Obra certificación expedida por ELECTRICARIBE S.A. en la que consta que el señor Plinio Mercado Ruíz se encuentra pensionado desde el 1 de enero de 1999, forma parte del Anexo N° 9 del Contrato de Transferencia de Activos que contiene el convenio de sustitución patronal que opera respecto a los trabajadores y pensionados de Electrificadora de Bolívar, existentes a la fecha efectiva de la sustitución el 16 de agosto de 1998.

Se encuentra copia de la Resolución GNR 327221 del 19 de septiembre de 2014 a través de la cual el ISS reconoce una pensión de vejez a favor del

señor Plinio Antonio Mercado Ruíz a partir del 2 de mayo de 2013 en cuantía inicial de \$7.447.306 y deja en suspenso el retroactivo que asciende a la suma de \$135.103.566 generado con ocasión de la pensión de carácter compartida.

Milita resolución GNR 111793 del 20 de abril de 2015 por medio de la cual Colpensiones niega el retroactivo de la pensión de vejez de carácter compartida solicitada por el señor Plinio Antonio Mercado Ruíz el 2 de diciembre de 2014, bajo el argumento que no existía certeza de a quién debía entregársele tal suma, si al solicitante o a la entidad jubilante.

Conforme a la normativa, jurisprudencia y documental relacionada con antelación, se tiene que el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 prevé la compartibilidad de las pensiones extralegales, señalando para el efecto que los empleadores registrados en el ISS que otorguen a sus trabajadores pensiones de jubilación reconocidas, bien sea, en convenciones colectivas, pactos colectivos, laudo arbitral o como en este caso, voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de IVM, hasta cuando el asegurado cumpla los requisitos exigidos por el ISS para acceder a la pensión de vejez quedando a cargo de empleador únicamente el mayor valor.

En este asunto se encuentra acreditado que la empresa demandante reconoció pensión voluntaria al señor Plinio Mercado Ruíz a partir de 1° de enero de 1999 hasta la fecha que cumpliera 60 años de edad, y continuaría reconociendo el mayor valor si lo hubiere, entre la pensión voluntaria y la que reconociera el ISS, entidad que subrogaba la obligación adquirida por la empresa actora.

Prestación pensional que sea el caso mencionar fue causada con posterioridad al 17 de octubre de 1985 y se encuentra contemplada en las normas referidas en precedencia, de ahí que sea compatible con la que debía reconocer el ISS una vez el ex trabajador arribara al cumplimiento de la edad mínima, quedando a cargo de ELECTRICARIBE únicamente el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que la empresa venía cancelando al pensionado de conformidad con el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990.

De igual manera, se establece que el ISS reconoció pensión de vejez al señor Plinio Mercado a partir del 2 de mayo de 2013, determinando que en virtud de la compartibilidad de las pensiones, dejaría en suspenso el pago del retroactivo pensional hasta que obrara autorización para el pago.

En este asunto como se citó, el retroactivo pensional dejado en suspenso asciende a \$135.103.566 por las mesadas pensionales causadas entre el 2 de mayo de 2013 (cuando cumplió los 60 años) hasta octubre de 2014, fecha de inclusión en la nómina de pensionados.

Dilucidado lo anterior y revisado el material probatorio en su conjunto, material que goza de plena validez por no haber sido tachado de falso, se logra determinar que en el caso del señor Plinio Mercado la empresa demandante asumió el pago de las mesadas pensionales para los lapsos precedentemente referidos tal y como se corrobora de los comprobantes de pago aportados por la parte actora.

Así mismo, se encuentra acreditado que el fenómeno prescriptivo no se configuró, en la medida que el reconocimiento pensional se concedió en virtud del acto administrativo GNR 327221 del 19 de septiembre de 2014 a través de la cual el ISS reconoce una pensión de vejez a favor del señor Plinio Antonio Mercado Ruíz, se resolvió petición del señor Mercado Ruíz sobre el retroactivo pensional el 20 de abril de 2015 mediante resolución GNR 111793, la actora interrumpió la prescripción el 17 de febrero de 2016 (fecha en que fue presentada la reclamación administrativa), y la demanda se presentó el 20 de abril de 2016.

Finalmente, en relación con las **costas** del proceso, el numeral 5° del artículo 365 del CGP que es similar a lo contenido en el numeral 6 del artículo 392 del CPC, señala que el juez puede abstenerse de condenar en costas y en el presente caso se puede verificar que la actuación administrativa se encontró ajustado a la Ley, en razón a que la demandada procedió a dejar en suspenso el retroactivo pensional hasta tanto se tuviera certeza de a quién debía entregarse dicha prestación, si al pensionado o a la entidad jubilante tal y como lo hizo saber en los actos administrativos mencionados, proceder que no luce de manera alguna caprichosa, sino que por el contrario se encuentra ajustado a la Ley.

Por lo anterior, deberá confirmarse en su integridad la decisión del juez de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en ninguna instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

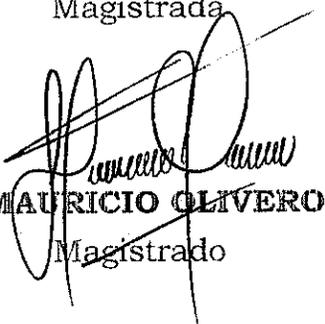
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: PEDRO JOSÉ UREÑA ORJUELA

DEMANDADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2019 00653 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes respecto de la sentencia proferida el 10 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá y en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la demandada es el ente obligado al pago de la pensión del actor y, como consecuencia de ello, se condene al Fondo al reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional a partir del 5 de agosto de 1987; se condene al demandado al pago del 90% de la pensión de jubilación junto con las diferencias pensionales causadas y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que ostentó la calidad de trabajador oficial al servicio de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en la que laboró desde el 18 de agosto de 1969 hasta el 5 de agosto de 1987.

Por sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 5 de junio de 1995 se estableció un tiempo acumulable de 25 años, 9 meses y 24 días. Para la fecha de finalización devengó un salario de \$125.231.04 y es beneficiario del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993.

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que mediante resolución 2237 del 14 de octubre de 2002 se procedió a liquidar y reconocer la pensión del demandante conforme a los parámetros jurisprudenciales y reglamentarios en derecho.

Presentó las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido, prescripción, pago, inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe y compensación.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de junio de 2021, declaró que el demandante reúne los requisitos exigidos en los artículos 21 y 26 parágrafo 3 de la convención colectiva de trabajo suscrita el 01 de marzo de 1976 y celebrada entre Ferrocarriles Nacional de Colombia y el sindicato único de trabajadores ferroviarios, para acceder a la pensión plena jubilación convencional con base en el régimen de excepción.

Condenó al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocerle al demandante PEDRO JOSE URUEÑA ORJUELA la pensión plena de jubilación convencional con base el régimen de excepción a partir del 5 de junio de 1995 en cuantía inicial de \$713.634,99 centavos valor respecto del cual deberá efectuar los reajustes legales anuales que proceden y sufragar las diferencias de mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, destacando que la misma es incompatible con la pensión sanción que viene percibiendo el incoante de la acción.

Condenó al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocerle y pagarle al demandante las diferencias de mesadas pensionales causadas entre lo sufragado a título de pensión proporcional de jubilación o pensión sanción y lo que ha debido reconocer a título de pensión plena de jubilación convencional con base en el régimen de excepción a partir del mes de septiembre del año 2016, debidamente indexado.

Autorizó al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para que descuente de las diferencias de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho el demandante PEDRO JOSE URUEÑA ORJUELA, el porcentaje que en derecho corresponde los aportes pertinentes con destino al sistema de Seguridad Social en Salud.

Declaró probada la excepción de prescripción respecto de mesadas y diferencias de mesadas causadas en favor del accionante con anterioridad mes de septiembre del año 2016 y no probadas los medios exceptivos planteados respecto de las condenas y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE: la prescripción se debe tener cuenta desde el año 2019 cuando fue presentada la demanda, es decir desde el 16 de septiembre de 2019 y como quiera que el señor Pedro José Ureña Orjuela presentó una reclamación administrativa el día 18 de septiembre de 2017, la prescripción comienza a partir del 18 de septiembre del año 2014.

DEMANDADA: por tiempo de servicios el demandante no es merecedor a la pensión.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional solicitada y, en caso afirmativo, analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Previo a resolver el anterior problema jurídico se verificará si hay lugar a declarar la excepción de cosa juzgada.

Fundamentos fácticos relevantes

- Hoja de vida del demandante.
- Expediente administrativo del actor.
- Convención colectiva de trabajo celebrada el 12 de marzo de 1976.

Caso concreto

En este asunto pretende el demandante le sea reconocida la pensión plena de jubilación convencional con base en el régimen de excepción, conforme con lo previsto en los artículos 21 y 26 parágrafo 13 literal e) de la convención colectiva de trabajo celebrada entre Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el Sindicato de Trabajadores Ferroviarios "SINATRAFER" y el Sindicato de Trabajadores de la Construcción del Ferrocarril del Atlántico, Empresas Contratistas y Subcontratistas "SINTRAFERRAT" el 12 de marzo de 1976 y teniendo en cuenta que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral dictó sentencia a su favor quedando ejecutoriada el 5 de junio de 1995, lo que le da un tiempo total acumulable de 25 años – 9 meses y 24 días.

El artículo de la Convención Colectiva en mención dispone:

"ARTICULO 26: INTEGRACION

Con el fin de integrar en esta convención el Régimen de Pensión de Jubilación vigente en la Empresa, se incorporan a la misma, las siguientes normas:

(...)

XIII-REGIMEN DE EXCEPCION – AUMENTO PORCENTAJES POR MAYOR TIEMPO DE SERVICIO.

ART. 16- *Aquellos Trabajadores que tienen derecho a la pensión de jubilación sin necesidad de acreditar el requisito de edad (Parágrafo 1° y 2° del Art. 163 del llamado Código de los Ferrocarriles) podrán si permanecen al servicio de la Empresa, mejorar la cuantía de su pensión jubilatoria de acuerdo a la siguiente tabla:*

(...)

e. Si el retiro del trabajador se produce a los 25 años de servicio y fracción, la pensión será igual al noventa por ciento (90%) del promedio del salario real devengado durante el último año de servicio."

Ahora bien, de las pruebas aportadas al plenario se tiene lo siguiente:

-A través de Resolución 2237 del 17 de octubre de 2002 el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles reconoció al demandante una pensión proporcional de jubilación –pensión sanción- por valor de \$309.898,27 a partir del día 17 de agosto de 1999 teniendo en cuenta como tiempo de servicios equivalente a 17 años, 9 meses y 24 días; lo anterior con fundamento en el art. 8° de la

Ley 171 de 1961 y art. 74 del Decreto 1848 de 1969, disposiciones que establecieron el derecho a la pensión sanción para aquellos trabajadores que después de haber laborado por más de 15 años de servicio y menos de 20, para una misma empresa, sus sucursales o subsidiarias, fueran despedidos injustamente y acreditaran una edad de 50 años, o que la cumplieren con posterioridad al retiro.

-Debido al recurso de reposición presentado por el accionante mediante el cual solicitaba se tomara como base para fijar el valor de la pensión el último salario promedio realmente devengado que ascendió a \$150.264, la demandada a través de acto administrativo N° 401 del 4 de marzo de 2003 no repuso la decisión bajo el argumento que la prestación se había liquidado correctamente.

-Por Resolución 1304 del 21 de mayo de 2009 el Fondo indexó el valor de la mesada pensional del señor Pedro Ureña con los reajustes pertinentes conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y declaró prescritas las diferencias de las mesadas pensionales indexadas causadas con anterioridad al 25 de julio de 2005.

-Mediante Resolución N° 915 del 6 de mayo de 2010, la accionada negó el reconocimiento de la pensión convencional solicitada en esta demanda, con fundamento en que si bien el cargo ocupado por el demandante al momento del retiro de la empresa había sido el de maquinista, el mismo sólo lo había desempeñado durante 17 años y fracción y no los 20 años establecidos en la norma convencional.

Agregó que no podía tenerse en cuenta como lo pretendía el peticionario, que el tiempo laborado fuera de 25 años, 9 meses y 24 días basado en que en sentencia de fecha 28 de abril de 1994 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá mediante la cual se había ordenado el reintegro al cargo al que había sido despedido, teniendo en cuenta que ese reintegro se había cumplido con el pago de los salarios generados hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, es decir, que el tiempo prestado por el actor era inferior a 20 años.

-El 23 de febrero de 2012, con Acto Administrativo 433, la accionada reajustó e indexó el valor de la mesada pensional del señor Pedro José Ureña en la suma de \$300.264,83 a partir del 14 de enero de 1992 y declaró prescritas las diferencias de las mesadas pensionales indexadas causadas con anterioridad al 31 de octubre de 2008.

Ahora bien, a través de demanda ordinaria repartida al Juzgado Trece Laboral de este Circuito el demandante solicitó el reintegro al cargo que venía desempeñando, reconocimiento y pago de todas las remuneraciones salariales y prestacionales dejadas de pagar desde el 5 de agosto de 1987 y hasta cuando sea reintegrado y evaluación correcta y oportuna de los daños y perjuicios por efecto de la inflación, juzgado que mediante sentencia del 14 de julio de 1993 se declaró inhibido para fallar de fondo por no haberse agotado la vía gubernativa conforme a lo dispuesto en el art. 6 del C.P.L.

Por apelación presentada por la parte actora, el Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia del 28 de abril de 1994 emitió la siguiente decisión:

“PRIMERO: REVOCASE en todas sus partes la sentencia materia de apelación y en su lugar se dispone: CONDENAR a la demandada a REINTEGRAR al demanante al cargo de MAQUINISTA DIESEL II y al pago de los salarios dejados de percibir desde el cinco (5) de agosto de 1987 en cuantía de \$4.174.36 diarios, teniendo en cuenta el Decreto 1586 de 1989, entendiéndose que el reintegro se cumplirá con el pago de salarios hasta la ejecutoria de la sentencia o hasta el vencimiento del término de liquidación de la demandada, lo que sucediere primero...”

Decisión que no fue casada por la Corte Suprema de Justicia tal y como se observa en sentencia del 3 de mayo de 1995.

Posteriormente, tal y como se constata en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral el 19 de junio de 2002 en el proceso identificado con la radicación 18286, (pag. 178-185 archivo carpeta 03 pruebas demandante) el señor Pedro José Ureña presentó otra demanda ordinaria laboral que correspondió por reparto al Juzgado Décimo Laboral de este Circuito y mediante sentencia condenó al Fondo a pagar cesantías, indemnización moratoria y pensión convencional al actor a partir del 18 de julio de 1992; *“las aludidas condenas tuvieron origen en la declaración solicitada por la parte actora, referente a que la orden de reintegro del trabajador, dispuesta en 1994 por la jurisdicción ordinaria laboral, y la ausencia de solución de continuidad conlleva a determinar que el actor laboró durante 23 años y 5 meses, contado el lapso inicial transcurrido entre el 18 de agosto de 1969 y el 5 de agosto de 1987 más el posterior que corrió hasta el 17 de enero de 1993, fecha de liquidación de la empresa. Dato este último que debe tenerse en cuenta pues el reintegro al cargo de maquinista diesel II no se produjo, y en su lugar, por disposición legal se deben las condenas económicas”*.

La anterior sentencia de primera instancia se revocó en su momento por el Tribunal, en síntesis, porque consideró que en la sentencia del año 1994 “no se declaró la falta de solución de continuidad, ... pues había imposibilidad jurídica de que el trabajador pudiera prestar efectivamente sus servicios a la empresa, ni aún a través de una ficción legal la continuidad laboral”, decisión que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral revisó y en la parte resolutive de la sentencia de 19 de junio de 2002 señaló NO CASA.

De la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral antes referenciada se puede colegir que el asunto en discusión en el presente proceso, esto es, que se tenga en cuenta el tiempo generado por la decisión de reintegro emitida por la jurisdicción ordinaria en el año 1994, se refiere a la misma sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá Sala Laboral el 28 de abril de 1994 y que quedó ejecutoriada el 5 de junio de 1995 (pag 83 archivo carpeta 03 pruebas demandante), citada como sustento fáctico para la pretensión en el presente proceso.

Respecto de la cosa juzgada ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, que “la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicen de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias.”¹

Para que se estructure dicho fenómeno, el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud de la remisión contenida en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala los presupuestos o elementos que deben acreditarse para que se configure la cosa juzgada, los que han sido estudiados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral Sentencias SL3441-2019 - Radicación n.º 71027 de 21 de agosto de 2019 y SL4168-2019 -Radicación n.º 67752 del 2 de octubre de 2019, entre otras:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes” (...).

Elementos que para su procedencia tal como lo ha mencionado la H. Corte Suprema, tienen un límite objetivo y otro subjetivo desarrollado así:

¹ CSJ. Cas. Laboral. Sent. 36910 del 7 de julio de 2009

“1) El objetivo. Referido a la cosa sobre la que versó el proceso anterior y, a la causa petendi. El primero constituido por el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias determinadas, o la relación jurídica declarada, pues sobre la misma cosa pueden existir diversos derechos y, tenerse el mismo derecho sobre diferentes cosas, de tal manera que si falta identidad del derecho o de la cosa, se estaría en presencia de distintos litigios y pretensiones. En torno al segundo límite, se refiere al fundamento alegado para conseguir el objeto de la pretensión contenida en la demanda, que al mismo tiempo equivale al soporte jurídico de su aceptación o negación por el juzgador en la sentencia y,

2) Límite subjetivo, relativo a las personas que han sido parte en ambos procesos.

De tal manera que si se presenta identidad de objeto, pero varía la causa petendi, no existe identidad objetiva en los dos procesos, mucho menos si no hay identidad de objeto y causa, lo cual, indiscutiblemente significa que tampoco se estará en presencia del fenómeno de la cosa juzgada...”²

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha señalado la importancia de la inmutabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos judiciales, so pena de resquebrajar el principio de seguridad jurídica, en la medida que se podría generar una situación de permanente incertidumbre respecto de la forma como se han de decidir los conflictos. “(...) el valor de cosa juzgada de que se rodean las sentencias judiciales y la inmutabilidad e intangibilidad inherentes a tales pronunciamientos, pues de no ser así, esto es, de generarse una situación de permanente incertidumbre en cuanto a la forma como se han de decidir las controversias, nadie sabría el alcance de sus derechos y de sus obligaciones correlativas y todos los conflictos serían susceptibles de dilatarse indefinidamente. Es decir, el cuestionamiento de la validez de cualquier sentencia judicial resquebrajaría el principio de seguridad jurídica y desnudaría la insuficiencia del derecho como instrumento de civilidad (...)” (sentencia T-614 de 2011).

De tal manera que la razón de ser de la institución denominada cosa juzgada está en la necesidad de ponerle fin a los conflictos, impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida y evitar así la incertidumbre en la vida jurídica.

Además de ello, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 39366 del 23 de octubre de 2012, con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas señaló:

“La cosa juzgada es una institución que por perseguir los objetos de certeza y seguridad jurídica anunciados, así como puede ser alegada por la parte

² CSJ. Cas. Laboral. Sent. 20998 del 12 de noviembre de 2003

interesada desde el mismo umbral del proceso a través de las llamadas excepciones previas que por sabido se tiene tienden a impedir el adelantamiento irregular del proceso, también puede ser declarada oficiosamente, aún en la segunda instancia, pues el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil –artículo 282 del nuevo Código General del Proceso–, aplicable a los procesos del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que concede al juzgador dicha posibilidad, salvo las consabidas restricciones respecto de la nulidad, la compensación y la prescripción, las cuales deben ser siempre alegadas, no puede entenderse derogado por la vigencia del artículo 66 A del código procedimental últimamente citado. Por manera que, en cuanto a dicha alegación no asiste razón alguna a los recurrentes, dado que, como se ha asentado, la cosa juzgada interesa al orden público y, por tanto, bien pueden los jueces de segundo grado declararla, aún, de oficio.”

De acuerdo con los conceptos normativos y jurisprudenciales anteriormente referidos aplicados al caso Sub Examine, para que se configure la cosa juzgada es menester que se trate de las mismas partes, la misma causa y el mismo objeto, pero no sólo analizado desde el punto de vista de la demanda y su contestación, sino que implica además un análisis detenido de todos los problemas jurídicos desarrollados al interior del proceso y las resoluciones judiciales que los desataron.

Bajo ese panorama y de acuerdo con los conceptos normativos y jurisprudenciales referidos, se considera que el trípode sobre el cual se edifica la cosa juzgada se cumple en este caso por lo siguiente:

Existe *identidad de partes* pues tanto en el proceso ordinario tramitado en el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá que culminó con la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitida el 19 de junio de 2002 en el proceso identificado con la radicación 18286 como en la presente demanda ordinaria el demandante es el señor PEDRO JOSÉ UREÑA ORJUELA el demandado es el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

También hay *identidad de causa* pues los hechos en que se basan ambos procesos surgen a raíz del reintegro concedido por el Tribunal Superior de Bogotá en decisión del 28 de abril de 1994, sentencia ejecutoriada el 5 de junio de 1995.

Y hay *identidad de objeto*, por cuanto lo pretendido en este proceso es la reliquidación pensional en virtud al cómputo de tiempo de servicios generado a raíz de la decisión del Tribunal Superior de reintegrar al actor hasta la ejecutoria de la sentencia o hasta el vencimiento del término de liquidación de la demandada, lo que sucediere primero y en la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia el 19 de junio de 2002 se analizó

la misma pretensión sustentada en el mismo supuesto fáctico, esto es, la sentencia emitida por el Tribunal en el año 1994 y ejecutoriada en el año 1995.

En esa oportunidad dicha Corporación al hacer un relato de los antecedentes de ese proceso, señaló que las condenas del Juzgado Décimo Laboral habían tenido origen en la declaratoria solicitada por la parte actora referente a la orden de reintegro del trabajador dispuesta en 1994 por la jurisdicción ordinaria laboral y la ausencia de solución de continuidad y consideró la Corte:

“Frente al tema jurídico que controvierte la acusación, la Sala tiene definido por disposición del Dec 1586 de 1989, se produjo la novación de la obligación de reintegrar a los trabajadores de la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por la de pagar las condenas económicas por parte del Fondo de Pasivo correspondiente. Así, entre otras, en la sentencia de radicación 16404 del 2 de noviembre de 2001 indicó y ahora se ratifica que al extinguirse el derecho al reintegro, también desaparecen las consecuencias jurídicas que de tal medida hubieran podido derivarse, como es la falta de solución de continuidad y el cómputo del tiempo que transcurrió desde la fecha del despido para efectos prestacionales.”

Así las cosas y como quiera que ya existió un pronunciamiento por parte del Organismo de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria respecto a que el tiempo solicitado por el demandante en este asunto no puede ser computado para ningún efecto prestacional hay lugar a declarar probada la excepción de cosa juzgada de oficio y revocar la sentencia de primera instancia.

Adicionalmente, se ha de indicar que respecto a la pretensión de indexación de la primera mesada que se encuentra acreditado en el expediente que la entidad mediante las Resoluciones 1304 de 21 de mayo de 2009 y 433 de 23 de febrero de 2012 indexó y reajuste la indexación de la primera mesada, respectivamente, por lo que no hay lugar a acceder a dicha pretensión, y en relación con las demás pretensiones al ser consecuenciales de la pretensión de reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el tiempo de reintegro derivado de la sentencia emitida por la jurisdicción ordinaria laboral en el año 1994 y sobre la que se declara probada la excepción de cosa juzgada procede negar estas pretensiones.

En conclusión, se declarará probada la excepción de cosa juzgada y se revocará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en
nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2021 por el
Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar
DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de **COSA JUZGADA** y
ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones
incoadas en su contra, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: WILSON FERNANDO PUERTA MARÍN

DEMANDADO: VEHI DIESEL TRUCK SAS Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 020 2017 00776 03

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a estudiar el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante de la sentencia proferida el 6 de abril de 2021, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de marzo de 2013 hasta el 21 de noviembre de 2017 y, como consecuencia de ello, se condene a las demandadas al pago de la indemnización por despido injusto, la indemnización por falta de pago de las prestaciones debidas, las primas dejadas de cancelar, salarios, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a pensión, intereses de mora sobre todas las pretensiones, indexación, los derechos ultra y extra petita y costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que de acuerdo con el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada se nombra como su representante legal por acta del 22 de marzo de 2013 inscrita el 26 de marzo de ese mismo año al demandante, cargo que mantuvo hasta que fue despedido.

Conforme al acta de constitución de la sociedad en su art. 27, se deja claro que el representante legal estará bajo la égida de un contrato de trabajo de orden laboral por un periodo de un año, sin embargo, debido a que no se suscribió contrato alguno y la formalidad del contrato a término fijo exige que conste por escrito, debe entenderse que el contrato lo fue a término indefinido.

Por asamblea extraordinaria de socios de fecha 21 de noviembre de 2016, a la que no fue invitado el actor, se determinó separarlo del cargo y nombrar como nuevo representante legal al señor Nelson Alberto Gantiva Parra, por lo que desde ese momento no se le permitió la entrada a la empresa.

Desde el principio se pactó un salario básico con comisiones por ventas. Al demandante no se le dio la oportunidad de defenderse al momento de su despido. El actor siempre laboró bajo la subordinación de la Asamblea de Socios y durante el transcurso de la relación laboral no le fueron canceladas las prestaciones sociales y vacaciones a que tenía derecho. (Carpeta 03 2017-776 TRIB FL.28 folio 1)

VEHDIESEL TRUCK SAS procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con el argumento que debía declararse terminado el presente proceso y probadas las excepciones de pleito pendiente, falta de legitimidad en la causa y cobro de lo no debido, así como temeridad, mala fe y enriquecimiento ilícito. (Carpeta 2017-776 T.I FL. 522 C folio 215)

MARÍA BALBINA PARRA procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que el actor fungía como socio y representante legal de la sociedad cuyas funciones y responsabilidades están establecidas en los estatutos y certificado de cámara de comercio, las cuales desempeñó dolosamente en detrimento patrimonial de la sociedad.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó pleito pendiente, falta de legitimidad en la causa y cobro de lo no debido, temeridad, mala fe y enriquecimiento ilícito. (Carpeta 2017-776 T.I FL. 522 C folio 426)

LAURA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ y MÓNICA ALEXANDRA LAMPREA GONZÁLEZ procedieron a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que la vinculación del actor a la empresa se realizó en calidad de accionista y su condición de representante legal está sujeta a lo establecido en el art. 27 de la estatutos de la sociedad, la Ley 1258 de 2008, Ley 22 de 1995 y Código de Comercio.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó pleito pendiente, falta de legitimidad en la causa, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, temeridad, mala fe y enriquecimiento ilícito. (Carpeta 2017-776 T3 FL 198 C folio 116)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de abril de 2021, absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones del demandante. Condenó en costas al actor incluyendo como agencias en derecho la suma de 1SMLMV. (Carpeta 2017-776 T3 FL 198 C folio 197)

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

DEMANDANTE: **i)** el juez no valoró adecuadamente la prueba documental aportada, le dio mayor valor probatorio a los testimonios y no a los documentos que no fueron tachados. **ii)** se debe condenar solidariamente a las personas naturales demandadas.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones de instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo y, en caso afirmativo, si procede el pago de las condenas solicitadas en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

Carpeta 2017-776 T.I. FL 522 C

- A folio 18, certificado de existencia y representación legal de la empresa demandada.
- A folio 26, impuesto predial unificado.
- A folio 27, acta de constitución de la sociedad.
- A folio 43, declaración juramentada del demandante.
- A folio 47, cédula de ciudadanía del accionante.

- A folio 58, certificado de existencia y representación legal de la empresa de fecha 25 de noviembre de 2016.
- A folio 66, Acta de Asamblea General de 21 de noviembre de 2016.
- A folio 82, recibo de pago planilla simple.
- A folio 93, planilla integrada autoliquidación de aportes.
- A folio 119, conversaciones de WhatsApp.
- A folio 234, denuncia penal de fecha 9 de noviembre de 2017.
- A folio 264, comunicado de embargo a bancos.
- A folio 266, solicitud que hace la empresa al demandante de devolución de dinero del impuesto.
- A folio 269, reporte parcial revisoría fiscal.
- A folio 280, cuentas de cobro.
- A folio 299, liquidación del contrato de trabajo.
- A folio 300, nómina del 1 al 31 de enero de 2016.
- A folio 301, relación para pago intereses a cesantías 2014.
- A folio 356, acta N° 006 del 21 de noviembre de 2016.
- A folio 358, certificado de existencia y representación de la demandada de fecha 28 de septiembre de 2017.
- A folio 367, correos electrónicos.
- A folio 373, carta del 4 de agosto de 2016 dirigida a la empresa y al demandante.

Carpeta 2017-776 T3 FL 198 C

- A folio 1, factura de compra
- A folio 2, cuentas de cobro.
- A folio 9, transferencia bancaria.

- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Caso concreto

Sostiene el demandante que prestó sus servicios a favor de la sociedad demandada VEHI DIESEL TRUCK SAS desde el 22 de marzo de 2013 hasta el 21 de noviembre de 2017 ostentando la calidad de representante legal, que fue despedido sin justa causa y le adeudan las prestaciones de ley.

Por su parte, los demandados se oponen rotundamente a tales pedimentos, indicando que no existió un vínculo laboral entre las partes, que el actor fungió como representante legal de la empresa accionada y fue removido de dicho cargo por malos manejos durante el mismo.

Para resolver el problema jurídico se tiene que el artículo 23 del CST consagra los requisitos del contrato de trabajo y el artículo 24 del mismo compendio normativo establece que una vez acreditada la prestación personal de un servicio nace a favor de quien lo presta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal.

Por ello, la jurisprudencia de manera reiterada, como en la Sentencia 36549 del 5 de agosto de 2009 y la sentencia SL 4912 del 1 de diciembre de 2020 Radicación 76645, ha indicado que el trabajador además de probar la actividad o prestación personal del servicio, debe cumplir con otras cargas probatorias en que se funda esa presunción tales como: los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido, etc.

La misma Corporación ha señalado que la carga de la prueba de las circunstancias le incumbe a quien los invoque, para así activar la presunción de subordinación, como se constata en la Sentencia del 5 agosto de 2009, con Radicación 36549, reiterada en las Sentencias CSJ SL, del 24 de abril de 2012, Rad. 41890 y SL 16110-2015 con Radicación 43377 del 4 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

“ La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo

en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado”.

Adicionalmente, respecto de la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del CGP ha señalado que la obligación está a cargo de quien alega los hechos, y no son suficientes las afirmaciones, sino que estas deben acreditarse en el proceso, (sentencia de 23 de junio de 2005, radicado No. 24589 CSJ SL).

En ese orden de ideas, se analizará el conjunto de pruebas que obran en el proceso para determinar una y otra situación.

-Reposa en el expediente digital certificado de existencia y representación legal en el que consta que por documento privado se elevó Acta de Asamblea de Accionistas el 22 de marzo de 2013 inscrita el 26 de marzo de ese mismo año bajo el N° 01717165 del libro IX, en la que se constata se constituyó la sociedad comercial denominada VEHI DIESEL TRUCK SAS; asamblea en la que fue nombrado como representante legal el señor Wilson Fernando Puerta.

En el mismo documento consta que el objeto social de la sociedad constituida es la “comercialización, importación, compra y venta de auto partes y servicios automotrices...” (Carpeta 2017-776 T.I FL.522 C folio 18)

-Acta de Constitución de la sociedad accionada, en la que se verifica que fue constituida con un capital de \$60.000.000 dividido en 60 acciones ordinarias distribuidas así:

María Balbina Parra 30% es decir 18 acciones

Laura Rodríguez 30% es decir 18 acciones

Mónica Alexandra Lamprea 30% es decir 18 acciones

Wilson Fernando Puerta 10% es decir 6 acciones

En el art. 27 de dicha Acta se dispuso la creación de la figura de la representación, en el art. 28 se encuentra las facultades del representante y en el numeral 1 del acápite de “DETERMINACIONES RELATIVAS A LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD” se observa la designación del actor como representante legal por el término de un año. (Carpeta 2017-776 T.I FL.522 C folio 27)

-Por Acta de Asamblea General de Socios de fecha 21 de noviembre de 2016 se nombró como nuevo representante legal de la accionada al señor Nelson Alberto Gantiva Parra. (Carpeta 2017-776 T.I FL.522 C folio 66)

-Se encuentran cuentas de cobro desde abril de 2013 a diciembre de 2013 suscritas por el demandante en las que indica lo que se le debe por concepto de servicios y comisiones. (Carpeta 2017-776 T.I FL.522 C folio 280 a 355)

-Obran dos documentos sin sello o logo de la empresa denominados "LIQUIDACIÓN CONTRATO DE TRABAJO y NÓMINA DEL 1 AL 31 DE ENERO DE 2015", elaboradas por "Ana María Rivero Mejía" en los que se señalan una serie de conceptos por prestaciones sociales y vacaciones. (Carpeta 2017-776 T.I FL.522 C folio 299-300)

Aunado a los anteriores documentos, se recibió interrogatorio de parte del actual representante legal de la empresa VEHIDIESEL TRUCK SAS, señor **NELSON ALBERTO GUANTIVA**, quien manifestó que en la Asamblea decidieron que el representante legal de la accionada fuera el demandante, pero en 2016 se le dio un aviso porque no citaba a asambleas y todo eran pérdidas, motivo por el cual se le manifestó que ya no podía continuar ejerciendo la representación de la sociedad demandada.

Indicó que el actor fungía como representante legal de otras dos empresas, que él compraba repuestos para esas empresas y los proveedores le cobraban a VEHIDIESEL y cuando pedía repuestos para la empresa demandada se pagaba lo de los otros repuestos que pedía.

Agregó que ya por las diferentes dificultades presentadas ya no tenían credibilidad con los proveedores, tenían cobros jurídicos, el actor no pagaba las acreencias de tipo parafiscal y en salud a veces no atendían a los empleados de la empresa porque no había pagos de aportes.

El señor **WILSON FERNANDO PUERTA MARÍN** indicó en el interrogatorio que solicitó por medio de correos y mensajes la ayuda de los accionistas para que contrataran un abogado comercial para que pudieran salir de la situación económica en la que estaban, que hubo asambleas que se generaron de tipo amigable, reuniones, más no con formalidades, cada año se realizaban y se leían los informes anuales. Agregó que a medida que transcurría el tiempo iba teniendo una mejora salarial, comenzando con un millón de pesos más comisiones e iba aumentando hasta llegar a \$3.300.000. Siempre obedecía las órdenes de los socios.

La señora **MÓNICA ALEXANDRA LAMPREA** señaló que empezaron a haber inconsistencias en el manejo financiero de la empresa y por ese motivo el actor fue removido del cargo.

El testigo **JOSÉ WILLIAM DÍAZ** señaló ser socio y gerente de SERVIBERLINAS SA, empresa que se dedica a la venta de automotores y autopartes, es amigo del actor, le alquiló un local a la empresa demandada, lo arrendó por intermedio del demandante a quien conoció en el año 2002 y en el transcurso del tiempo ha visto al demandante en varias partes, hasta donde sabe el demandante es gerente de VEHDIESEL, a veces le compraba repuestos, se entendía con él para el pago del arriendo del local, veía al actor todos los días en el almacén, tomaban tinto, le cotizaba al actor repuestos, a veces iba la esposa del señor Wilson Puerta a pagarle los repuestos que el demandante le compraba al testigo.

Declaró el señor **HERNANDO RODRÍGUEZ** quien manifestó que su hija Laura Rodríguez le dio poder desde la creación de la sociedad, año 2013, para representarla en la empresa con el fin de que al año diera producido; dijo que la empresa se creó para compra y venta de repuestos para vehículo pesado y liviano, se nombró como representante legal al actor hasta el 2016 cuando fue removido pues no habían informes completos de la empresa pero sí había movimientos económicos, entonces al verificar informes y por una investigación se tomó la decisión de removerlo del cargo, se le quitó el manejo económico.

Señaló el testigo que en el año 2015 tuvo que viajar a Australia porque su hija tenía una serie de problemas, por ello, solicitó como socio ayuda económica de la empresa, a lo que el demandante le dijo que si lo ayudaba, sin embargo, nunca le consignó ningún dinero, por ello, a inicio de 2016 citó a una reunión con los socios y con gran sorpresa la contadora y el demandante les indicaron que se debían aproximadamente 60 millones de pesos a la DIAN.

Manifestó que desde el principio el actor dijo que no podía someterse a horario, el actor tenía otra empresa alterna así como todos tenían otra empresa, que le consta que el actor les dijo a los socios que no podía tener un vínculo contractual con la demandada por tener otro vínculo con la empresa Tractodiesel; añadió el testigo que el mismo demandante se pagaba, él mismo se mandaba, nadie le daba órdenes, si lo necesitaban lo tenían que llamar por celular y si él quería los atendía o no.

WILLIAM PLAZAS RINCÓN esposo y representante de la señora Mónica Lamprea socia de la empresa VEHDIESEL SAS, socia de la empresa, indica que tuvo dicho poder de representación desde la creación de la empresa en 2013; manifestó que el demandante era el representante legal de dicha sociedad, no se estableció alguna remuneración pues no se sabía cuál era el ritmo de la empresa, eso quedó a medida que la empresa fuera empezando a producir. Quedó claro que ese monto se iba a realizar sobre las ventas que el

demandante hiciera. Señala que el actor representó legalmente a la demandada hasta el 2016, el testigo estuvo en la reunión en donde removieron al actor de su cargo.

Manifestó que el demandante no recibía órdenes de nadie, la decisión de removerlo surgió porque el actor en mayo, junio o julio de 2016 se ausentó totalmente de la empresa desconociendo sus obligaciones para con los proveedores para su pago y atención, en esa época se dieron cuenta que el accionante estaba montando otra empresa de repuestos y que sus ausencias eran porque le estaba dando el montaje a esa empresa. Él se pagaba él mismo la nómina, siempre trabajó por comisión de venta de los clientes que llevaba a la empresa.

La señora **MAIRA ALICIA ARANGO**, compañera permanente del demandante, dijo que actualmente vende repuestos de automóviles, inicialmente era una empresa familiar, ahora ya está con aseguradoras y se llama Imporepuestos Services. Ayudó al actor cuando se vio cargado de trabajo en la empresa demandada y ella se ofreció y hacía compra de repuestos con préstamos que le hacían directamente a ella. Cuando los socios de la empresa accionada conocieron al actor, sabían que él y su compañera tenían la empresa Tractodiesel SAS y por estar trabajando para VEHIDIESEL descuidó la empresa familiar ya citada.

Señaló que la sociedad Tractodiesel duró como hasta un año después de que se creó VEHIDIESEL, sabe que el salario del actor era como de tres millones de pesos y le consta esa situación porque vivía con él.

JORGE AUGUSTO RANGEL señaló ser responsable de ventas en la empresa demandada, hace los despachos y recibimientos de mercancías, desde el 1 de septiembre de 2014 trabaja con la empresa. Dice que el actor era el que manejaba los pagos, conseguía los repuestos, él era el que le pagaba, hacía pagos a proveedores. No todas las veces iba a la empresa, no sabe qué horario tenía, a veces llegaba a las 8, 9, 10, a veces no iba, él manejaba su horario. Señala que el actor compraba repuestos a través de otra empresa, pero los proveedores le cobraban a VEHIDIESEL y manifiesta que el demandante fue removido como representante legal de la empresa accionada porque se supo que hubo malos manejos.

JONHATAN SMITH DAZA GÓMEZ indicó haber trabajado para VEHIDIESEL SAS en 2015-2016, fue el mensajero, dijo que el demandante era como el jefe, a veces estaba en la empresa, podía llegar temprano o tarde y manifiesta que el actor no recibía órdenes porque él mandaba en la empresa.

Finalmente, la señora **DIANA CAROLINA VALENCIA** contadora de la empresa demandada desde abril de 2017 a la fecha, señaló que dicha sociedad tenía vencimiento de declaración de renta, de impuesto de crédito, y todo el cierre fiscal del año anterior venía mal incluso desde 2015, se estaba adeudando a proveedores, había facturas que no decían qué era lo comprado y qué lo vendido, esas facturas eran de 2015 a 2016. Las cuentas estaban embargadas porque la DIAN entró a congelar los recursos de la empresa por falta de pago, se encontraron varios giros a nombre del demandante, como giros, compra de celular, entre otros.

Conforme al anterior material probatorio aportado se verifica que el demandante acreditó que prestó el servicio como representante legal de la demandada desde la fecha de su creación, esto es, tanto de la prueba documental como del interrogatorio de parte y los testimonios.

Así las cosas, se activa entonces en su favor la presunción establecida en el art. 24 del C.S.T., pues, al actor le bastaba demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral y será de resorte de la accionada desvirtuar la misma, esto es, acreditar que la labor desempeñada por el señor Wilson Puerta se realizó de manera autónoma e independiente.

Es así como una vez analizado en conjunto todos los testimonios recibidos en primera instancia, se observa que la mayoría de los testigos coincidieron en señalar que el demandante no cumplía ningún horario de trabajo pues tenía la potestad de llegar tarde, temprano, o sencillamente no asistir a la empresa y ello no tenía ninguna consecuencia o sanción.

Además de ello, todos fueron contestes y coincidentes en afirmar que el señor Puerta Marín tenía otra empresa llamada Tractodiesel SAS y la misma compañera del accionante señaló que su funcionamiento duró aproximadamente un año después de la fecha de constitución de VEHIDIESEL, que el actor estaba descuidando esa empresa familiar por estar a cargo de la empresa demandada, es decir, no tenía una exclusividad en la prestación del servicio que le hiciera cumplir con el requisito de subordinación propio de los contratos de trabajo en la empresa demandada.

También se observa que la declarante citada señaló que ella le ayudaba en bastantes ocasiones a su compañero y a la empresa en general, a la facturación y, en sí, a cuestiones administrativas, que en una ocasión fueron a poner un envío de unos repuestos al aeropuerto aproximadamente a las 9 o 9 y 30 pm para que llegaran al otro día, aunado a ello, el testigo José William Díaz, testigo de la parte actora, señaló que la señora del demandante en

ocasiones iba a pagar las facturas de los repuestos que el actor le compraba, lo que permite concluir dos aspectos; *primero* que el elemento intuito personae que caracteriza a los contratos de trabajo, en virtud del cual la identidad del sujeto encargado de la prestación del servicio es fundamental, se rompe al verificarse la posibilidad real de satisfacer el servicio a través de terceros, pues pese a que no existió ningún contrato escrito, goza de plena credibilidad el testimonio ya señalado (sentencia SL6621 de 2017) y *segundo*, que el accionante tenía la potestad de desempeñar las labores para las cuales fue designado a través de terceras personas no vinculadas a la empresa.

Señala el recurrente que el juez de primera instancia le dio más valor probatorio a los testimonios que a las documentales aportadas, sin embargo, es de anotar que las pruebas documentales no permiten inferir todos los elementos del contrato, en especial, la subordinación, elemento que se desacredita con los anteriores elementos de prueba.

Si bien no se puede desconocer que obra una nómina y una liquidación de contrato, tales documentos pese a no haber sido tachados de falso y tampoco desconocidos por los demandados, no tienen la virtud de acreditar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, tan sólo se desprenden ciertos conceptos y sumas, pero no existe certeza alguna que provengan del empleador, ningún logo, sello o identificación contiene y de los que se pueda concluir que fueron expedidos por VEHI DIESEL SAS.

Tampoco es posible tener en cuenta las cuentas de cobro aportadas al expediente digital como subordinación pues emanan del propio demandante y, por principio general, nadie puede fabricarse su propia prueba (CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 31637, CSJ SL, 14 ag. 2012, rad. 39292 y CSJ SL5109-2020), aunado a que no son propias de los contratos de trabajo.

Ahora respecto de la prueba documental denominada mensajes de Whatsapp, es de anotar que de conformidad con lo consagrado en el artículo 247 del Código General del Proceso que indica que la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos, una vez revisados dichos elementos, se tiene que los mensajes que corren a folios 119 a 33 de la carpeta 2017-776 T.I FL.522 C, no determinan el número de teléfono que envió el mensaje ni el destinatario, ni la fecha y hora, dirección IP de envío, y por ello, no es posible tener certeza de su autor.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las planillas de aportes a seguridad social y en donde se encuentra registrado en NIT de la empresa y el nombre del actor y de otro trabajador, tales documentos tan solo tiene la virtud de

acreditar que se efectuaban aportes al sistema de seguridad social, pero nada más, aportes que según la calidad que ostentaba el demandante al interior de la empresa podía requerir se hicieran pues tenía la potestad para ello según las declaraciones rendidas, en las que se le reconoció que el señor Puerta Marín era quien prácticamente manejaba la empresa.

Por consiguiente y en la medida en que la parte demandada desvirtuó la presunción contenida en el art. 24 del C.S. del T., elemento que caracteriza el contrato de trabajo y acreditó que el vínculo que ató al demandante con los demandados fue autónomo e independiente, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia y la sala se releva de estudiar los demás argumentos del recurso de apelación.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY

Magistrado