

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



DEMANDANTE: FLORES CANELON S.A.S.

DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS S.A.

RADICADO: 11001 22 05 000 2021 00773 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 11 de junio de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a la CAFÉ SALUD demandada, reembolsar a la demandante la suma de **\$45.963,00**.

Como fundamento de sus pretensiones expuso la empresa FLORES CANELON S.A.S. reclamó incapacidades correspondientes a 54 trabajadores; sin embargo, la las accionadas se niegan al reembolso de éstas.

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 11 de junio 2020, resolvió acceder parcialmente a las súplicas de la demanda y condenó a la EPS CAFÉ SALUD, al pago de **\$45.963,00**.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada **CAFÉ SALUD EPS**, interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoque la decisión adoptada, como quiera que cumplió con su obligación de pagar la licencia sobre las cuales se emitió la condena, como quiera que a órdenes de la demandada se reembolsó la suma de \$1.152.380,00, suma en la que se encuentran incluidas las incapacidades que se reclaman.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Determinar si hay lugar a declarar la excepción de pago, ya que la accionada manifiesta que canceló la obligación impuesta.

CONSIDERACIONES

En el presente caso no existe discusión, en cuanto a que la empresa demandante FLORES CANELON S.A.S. canceló la incapacidad de su trabajadora MARÍA ESTHER MARTÍNEZ CADENA, ya que, de los 54 trabajadores sobre los cuales se reclamaba el reembolso de incapacidades, únicamente sobre ella se emitió condena por valor de \$45.963,00; así como tampoco la obligación del reembolso de dichos dineros por parte de la accionada, ya que estas declaraciones efectuadas por el Juez de Primera Instancia no fueron controvertidas por la apelante.

La Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en el literal g) le asignó la función de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el

artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

“(...)será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002”.

Para resolver el asunto en cuestión, lo primero que se puede observar esta Sala, es que únicamente se emitió condena en favor de la demandante, por su trabajadora **MARÍA ESTHER MARTINEZ CADENA**, y solo por las incapacidades del **18 al 20 de noviembre y el 21 de noviembre de 2016**.

Ahora bien, en su escrito de apelación, como ya se indicó, la accionada alega que canceló en favor de la empresa demente la suma de \$1.152.380,00, por concepto de incapacidades, así mismo indica que *“para el caso en concreto, según la contestación de la demanda allegada en su debido momento procesal, se indicó que la incapacidad otorgada a la señora Martínez Cadena María Esther para el periodo comprendido entre el **18 al 20 de noviembre de 2011** se encontraba liquidada, pero que su pago se iba a realizar una vez se levantara el embargo de las cuentas maestras...”*, es decir, alega el pago de una incapacidad por un periodo diferente sobre el cual se emitió condena

De conformidad con lo anterior, encuentra esta Colegiatura, que si bien la demandada demuestra un pago en favor de la demandante, no es posible en esta instancia establecer si en este pago se encuentra inmerso el pago correspondiente a la incapacidad de la trabajadora Martínez Cadena, correspondientes al **18 al 20 de noviembre y el 21 de noviembre de 2016**, ya que en la providencia apelada, se declaró parcialmente probada la

excepción de pago, respecto de 31 licencias concedidas a diferentes trabajadores, incluida una incapacidad de la señora Martínez, pero correspondiente al 28 de diciembre de 2015, máxime si se tiene en cuenta que la apelante allegó el comprobante de la transferencia realizada, pero no la discriminación de los pagos.

Por todo lo anterior, se habrá de confirmar la condena impuesta por encontrarse ajustada a derecho.

Sin costas en esta instancia.

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 11 de junio de 2020, por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

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



DEMANDANTE: DIAN

DEMANDADO: FAMISANAR EPS

RADICADO: 11001 22 05 000 2021 00647 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

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

S E N T E N C I A:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora, contra la providencia del 22 de julio de 2020, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud y en la que no se accedió a las súplicas de la parte actora, las cuales consisten en obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades que canceló y que ascienden a la suma de **\$2.553.089,00**

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Solicita la parte actora se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de las incapacidades otorgadas en calidad de empleador del señor JUAN BAUTISTA FOLLECO, junto con los intereses moratorios y costas procesales. (fls1-3).

Como sustento de sus pretensiones, señaló en síntesis:

- Que el servidor público JUAN BAUTISTA FOLLECO MORA, presta sus servicios en la DIAN, desde el 01 de abril de 1.991, quien se encuentra afiliado a la EPS FAMISANAR y le han generado las siguientes Incapacidades:
- Incapacidad por 8 días, desde el 30 de noviembre, hasta el 7 de diciembre de 2012.
- Incapacidad por 20 días desde el 2 de enero hasta el 21 de enero de 2013.
- Incapacidad por 6 días, desde el 22 de enero hasta el 27 de enero de 2013.
- Incapacidad por 14 días, del 28 de marzo al 11 de abril de 2013.
- Incapacidad por 6 días, desde el 20 al 25 de agosto de 2013.
- Incapacidad por 3 días, desde el 12 al 13 de diciembre de 2013.
- Que se requirió a la EPS accionada mediante oficios No. 100214309-107-2016 de fecha 3 de febrero de 2016 y No. 100214375-868-2017 de fecha 4 de julio de 2017, contentivos de la solicitud de reembolso efectuada directamente a la EPS. (fl.- 1-2)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante decisión de 22 de julio de 2020, negó las pretensiones de la presente acción, señalando en síntesis que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción, tanto para ejercer la acción de cobro, como la de reclamación ante la EPS, como quiera que la primera de ellas cuenta a partir de la fecha en la que el empleador realizó el correspondiente pago de la incapacidad al trabajador y la segunda cuenta desde la reclamación a la respectiva EPS, que corresponde a la reclamación ante la EPS

Por lo anterior, señala que no se allegó prueba alguna que evidencie el pago de las incapacidades al actor, y la reclamación efectuada ante la EPS, es extemporánea, ya que las documentales allegadas datan del 4 de agosto de 2017 y la de fecha 3 de febrero de 2016, no es dable tenerla en cuenta ya que no tiene sello de recibido por parte de la EPS.

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandada señala la DIAN en su momento allegó junto con la demanda todos los elementos probatorios, entre los que se encontraban los comprobantes de nómina que indican el salario del trabajador que se incapacitó al igual que los valores de nómina del citado funcionario beneficiario de la licencia.

Así mismo realizó un cuadro en el que relaciona los oficios y las fechas en los cuales manifiesta realizó los cobros de las incapacidades, dentro de los 3 años siguientes. Así mismo señaló que al recurso allegaba los desprendibles de nómina y certificación laboral del servidor, al igual que las planillas de pago de la seguridad social que prueban el salario. Finalmente solicita se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios. (fl.-68-71)

CONSIDERACIONES

La Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) *“el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

Revisados los términos de la apelación, esta Sale encuentra que el problema jurídico consiste únicamente en establecer si las incapacidades otorgadas al señor JUAN BAUTISTA FOLLECO, se encuentra cobijadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, como se indicó, el Juez de primer grado no encontró prueba del pago efectuado por el empleador a su trabajador y encontró extemporánea la reclamación efectuada ante la EPS.

Ahora bien, revisado el expediente esta Sala encuentra que, en un primer término, esto es, en los hechos de la demanda la parte actora señaló que reclamó las incapacidades ante la EPS mediante oficios No. 100214309-107-2016 de fecha 3 de febrero de 2016 y No. 100214375-868-2017 de fecha 4 de julio de 2017 y en el escrito de apelación cambia dicha afirmación y en su lugar señala que las mismas fueron reclamados mediante oficios No. 100214309-2308-2014 del 19 de diciembre de 2014 y No. 100214309-1721-2015 del 10 de noviembre de 2015, y allega una relación de las incapacidades que se reclaman y efectivamente aparecen las incapacidades a nombre del trabajador JUAN BAUTISTA FOLLECO.

No obstante lo anterior, si se tuvieran en cuenta, en esta instancia los nuevos hechos y pruebas allegadas por la parte demandante, en su escrito de impugnación, esta situación no tiene la virtud de modificar la absolución impartida en primer grado, ya que si bien en dicho recurso se indicó que se adjuntaban los desprendibles de nómina, la certificación laboral y las planillas de pago de seguridad social del trabajador JUAN BAUTISTA FOLLECO, no es menos cierto que únicamente se allegaron los oficios No. 100214309-2308-2014 del 19 de diciembre de 2014 y No. 100214309-1721-2015 del 10 de noviembre de 2015 y la relación visible a folios 73 a 74 y 76.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Colegiatura encuentra que se ha de confirmar la decisión de primera instancia, toda vez que como bien lo coligiera el *A quo*, las incapacidades que se reclaman corresponden a los meses de noviembre y diciembre de 2012 y enero, marzo y agosto de 2013, no obstante lo anterior, los desprendibles de pago y con los cuales se pretende demostrar el pago realizado al trabajador, allegados con la demanda corresponden a los meses diciembre de 2014 y agosto de 2014.

Así las cosas, se encuentra que en el presente caso el termino de prescripción para ejercer la acción se cuenta a partir de la fecha en que el empleador realizó el pago correspondiente al trabajador, a la luz de lo

señalado en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, y los artículos 151 y 488 del estatuto procesal y sustancial del trabajo, sin que obre constancia del pago mismo, dadas las anteriores consideraciones se confirmará la decisión recurrida.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada el 22 de julio de 2020 por la Superintendencia de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y Conciliación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 01-2018-0630-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JHON ALEXANDER QUINTERO PATIÑO

DEMANDADOS: UNIVERSIDAD LIBRE

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 04 de marzo de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en



cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor John Alexander Quintero por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE ineficaz el parágrafo II de la cláusula 34 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la Universidad Libre y la Asociación de Profesores de la Universidad Libre “ASPROUL” suscrita el 15 de diciembre de 1999, que dispuso que el incremento salarial del primer año de vigencia de la convención colectiva no se aplica a los docentes de las seccionales de Cartagena, Socorro y Cúcuta; que tiene derecho al reconocimiento de la diferencia salarial causada con respecto a los docentes de la seccional Pereira; que la demandada está obligada a expedir el “título pensional” conforme el valor del salario real devengado como docente de jornada completa; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de las diferencias salariales como profesor de jornada completa de la seccional Cúcuta, a la reliquidación de las prestaciones sociales e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, presta sus servicios a la demandada desde el 1 de febrero del año 2012 como docente de jornada completa en la seccional de la ciudad de Cúcuta; que es afiliado de la organización sindical Asociación de Profesiones de la Universidad Libre –



ASPROUL; que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 15 de diciembre de 1999 entre la Universidad Libre y ASPROUL con vigencia entre el 1 de enero de 2000 al 31 de dic de 2001 estableció en el parágrafo II del artículo 34 respecto de los salarios que, el incremento salarial no se aplicaría por el primer año de vigencia de la Convención a las seccionales de Cartagena, Socorro y Cúcuta, y que en el mes de enero de 2001 con fundamento en los estados financieros de dichas seccionales, si estos son favorables, se estudiaría la posibilidad de un incremento salarial para el segundo año de vigencia.

Que la justificación para negar el incremento salarial del actor obedeció a la “situación financiera” por la que atravesaban las seccionales de Cartagena, Socorro y Cúcuta conforme consta en la precitada convención colectiva. Que el salario del demandante finalmente no fue incrementado, siendo inferior al de los docentes de jornada completa de las seccionales de Bogotá, Cali, Barranquilla y Pereira, y que respecto de los docentes de esta última existe diferencia “notable” en materia salarial; que posteriormente, en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 5 de agosto de 2005 se dispuso que para las seccionales de Cúcuta Socorro y Cartagena los profesores de jornada completa tendrían un salario básico mensual de \$1.853.000 y los de media jornada un salario básico mensual de \$926.500, mientras que para los de las seccionales de Barranquilla, Cali y Pereira, los profesores de jornada completa tendrían un salario básico mensual de \$1.962.000 y los de media jornada de \$981.000.

Que desde el 1 de enero de 2000 y hasta el año 2012 data en que se vinculó laboralmente el actor, a los docentes de jornada completa de la seccional de Cúcuta se desmejoraron salarialmente en comparación con los docentes de



otras seccionales; que tal diferenciación subsiste para los años 2017 y 2018, viéndose desmejoradas las prestaciones sociales al disminuir su salario desde el año 2000 con relación a los docentes de Bogotá, Barranquilla, Cali y Pereira.

Que el actor como docente de jornada completa en la seccional de Cúcuta, ocupa el mismo cargo, desempeña las mismas funciones y tiene la misma intensidad horaria, respecto de los docentes de las seccionales de Bogotá, Barranquilla, Cali y Pereira, por lo cual considera que existe discriminación al excluir del incremento salarial a los docentes de jornada completa de las seccionales de Cúcuta, Socorro y Cartagena, al no existir factores objetivos que justificaran esa diferencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Universidad demandada contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos únicamente aceptó la afiliación sindical del demandante ante ASPROUL, y negó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones que se demandan; cobro de lo no debido; inexistencia del derecho de postulación para reclamar prestaciones sociales; legitimación del acuerdo convencional; falta de jurisdicción y competencia; buena fe; falta de legitimidad del demandante para solicitar la ineficacia del contenido del acuerdo convencional y prescripción.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que el demandante señor JOHN ALEXANDER QUINTERO PATIÑO C.C. 88.244.779 tiene derecho a la nivelación salarial peticionada.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada UNIVERSIDAD LIBRE a pagar a favor del demandante señor JOHN ALEXANDER QUINTERO PATIÑO C.C. 88.244.779, la diferencia salarial adeudada por los salarios recibidos durante el periodo comprendido entre el 19 de septiembre de 2015 y hasta la fecha en que se dé la nivelación salarial.

TERCERO: CONDENAR a la demandada UNIVERSIDAD LIBRE a pagar a favor del demandante señor JOHN ALEXANDER QUINTERO PATIÑO C.C. 88.244.779, la reliquidación de prestaciones sociales pagadas teniendo en cuenta la diferencia salarial declarada durante el periodo comprendido entre el 19 de septiembre de 2015 y hasta la fecha en que se dé la nivelación salarial.

CUARTO: CONDENAR a la demandada UNIVERSIDAD LIBRE a consignar a favor del demandante las cotizaciones a pensión con base en las diferencias salariales encontradas y por el periodo de 19 de septiembre de 2015 y hasta la fecha en que se dé la nivelación salarial, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Las anteriores condenas impuestas deberán ser liquidadas e indexadas hasta la fecha en que se dé la nivelación salarial pretendida y que persistan las circunstancias que le dieron origen.

SEXTO: Costas a cargo de la parte demandante.



Que conforme a lo indicado se declara probada parcialmente la excepción de prescripción y se releva del estudio de las demás excepciones por sustracción de materia.

De todo lo anterior las partes quedan legalmente notificadas en
ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El juzgado fundó el problema jurídico a resolver en determinar la procedencia de la nivelación salarial solicitada por el demandante y las consecuencias derivadas de dicha nivelación; que sobre la diferencia salarial, conforme el art 143 del CST trabajo igual, salario igual, la demandada justificó que el salario del dte nunca se ha disminuido ni desmejorado y que el salario que se le paga obedece a lo pactado en la convención colectiva de trabajo suscrita con asproul, resaltando que el mismo es un acuerdo válido porque supera los mínimos establecidos en la legislación laboral independientemente que las partes hayan establecido situaciones diferenciales respecto de los trabajadores de las distintas seccionales.

Que al plenario se allegó la copia de la convención colectiva de trabajo del 15 de dic de 1999 con vigencia a partir del 1 de enero de 2000, y la de fecha 5 de enero de 2005 con vigencia a partir del 1 de enero de 2005, copia del reporte de semanas del actor, certificación laboral a folios 94 y 95, folios 96 y 97 certificación de salarios de profesores de las seccionales Bogotá, Cali, Barranquilla, Pereira, Cúcuta, Socorro y Cartagena de tiempo y jornada completos, entre otras, como afiliación del actor a la organización sindical, y copias de contratos de trabajo aportados por la demandada suscritos con el dte; que está demostrado que el actor presta sus servicios como docente de tiempo completo en la seccional Cúcuta, que está afiliado a asproul y que hay una diferencia salarial respecto de los demás docentes de otras seccionales, lo que a juicio del apoderado configura un trato discriminatorio conforme el artículo 13 de la CP.

Considera el juzgado que en materia de igual de salarios conforme el art 53 de la CP y el art 143 del CST sobre el principio de trabajo igual salario igual la Corte Constitucional ha indicado que dicho principio se centra en la necesidad que este responda a criterios objetivos y razonables, dependiendo de la calidad y cantidad del trabajo, capacitación y otros factores de igual naturaleza objetiva, resultando inadmisibles tratamientos discriminatorios; que es necesario demostrar que el trabajador cumple las mismas funciones y de aquel con el que se siente en desigualdad, que cuenta con la misma preparación y que puede acreditar los requisitos que el empleo exige, que si un trabajador tiene un salario inferior a otro, debe ser por razones objetivas que justifiquen ese tratamiento diferencial, que el simple hecho de cumplir con las mismas funciones no quiere decir que haya



igualdad en la remuneración sentencia rad 68341 del 17 de febrero de 2021 para ampliar el criterio antes esbozado respecto del principio de trabajo igual, salario igual; que respecto de la carga de la prueba en el marco de este principio quien lo alega por regla general es el trabajador lo cual no exonera al empleador de probar la causa por la que existe esa desigualdad conforme el art 143 del CST.

Que es el trabajador el encargado de demostrar la existencia de otro trabajador que desempeña el mismo cargo o similares funciones, y el empleador debe justificar que tal diferenciación obedece a causas objetivas; cita la sentencia rad. 70676 del 3 de febrero de 2020 para indicar que el trabajador debe probar el cargo que desempeña, la existencia de otro trabajador que laboró en condiciones de eficiencia similares y que a pesar de ello tenía un mayor salario, ocurrido esto la carga de la prueba se traslada al empleador.

Que en este caso el dte alega diferencia salarial respecto de los docentes de jornada completa de Bogotá, B/quilla y Pereira, frente a lo cual la demandada dijo que lo pagado a estos esta conforme a lo acordado convencionalmente y que revisadas las certificaciones de salarios correspondientes para esos trabajadores de esas seccionales, y que la universidad libre a pesar de tener varias seccionales es una única entidad, de modo que el trato entre iguales en el caso concreto se predica de trabajadores distintas, que sin embargo, considera que no existe argumento válido que justifique el hecho que al ser ciudades distintas el pago de los docentes sea diferente, que la demandada debió haber probado las condiciones que enfrentan los docentes de cada una de las sedes a fin que conlleve a establecer qué clase de distinción se haría en los salarios de los profesores lo que no ocurrió en el presente caso, que hay una omisión de la demandada de probar las razones por las cuales los profesores de las diferentes sedes tenían una remuneración diferente encontrando en este caso probada la discriminación respecto de los docentes como ocurre en el caso del dte, pues la accionada no demostró las razones objetivas de las diferencias salariales entre las diferentes seccionales a través de su cuerpo de docentes.

Que en un caso similar la Corte Suprema SL3406-2014, se indicó que la demandada no probó la justificación de la diferencia salarial y la razón por la cual el salario de los demandantes se vio disminuido, y en la SL812-2020 de la sala de descongestión indicó que quien pretenda una nivelación salarial basado en el principio de trabajo igual salario igual, debe demostrar la existencia del cargo y otro trabajador que ejecute el mismo puesto con similares funciones y eficiencia.

Que las pretensiones son procedentes ante la existencia de discriminación respecto de sus iguales en las otras sedes de la universidad, esto es, sin justificación que permita que la misma subsista, razón por la cual se accederá a la nivelación salarial peticionada respecto de los docentes de las otras sedes que forman parte de la universidad; que tampoco son válidos los argumentos indicados ratificados en los alegatos que atienden a razones que no se acreditan los supuestos conforme la jurisprudencia anotada.

Que las acreencias reconocidas serán objeto de actualización hasta que se haga su pago, junto con la reliquidación de prestaciones sociales y las diferencias de cotizaciones pensionales habrá de accederse a ellas; sobre la indexación accede a la misma sobre las condenas; que respecto de la prescripción se declarará parcialmente probada respecto de las diferencias salariales causadas con anterioridad al 19 de sept de 2015 relevándose del estudio de las demás excepciones. Costas a cargo de la parte demandada.



APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

“Interpone recurso de apelación manifestando que es ilegal la decisión tomada por el juzgado, ya que borró la cláusula 34 de la Convención Colectiva que es ley para las partes y se debió a la firma de esas convenciones que sucesivamente se han realizado teniendo en cuenta la falta de población universitaria, en donde queda someramente demostrado y probado lo que es la objetividad, no es que el demandante no tenga derechos, pero si estuviera en Bogotá, Cali, Barranquilla o Pereira, seguramente tuviera el mismo derecho como los demás profesores también de jornada completa, que valga la razón, usted en su sentencia dice que es de tiempo completo, pero advierto que es de jornada completa, entonces objetivamente se ha probado en reiteradas oportunidades que hay esa diferenciación, no es que se le haya disminuido el salario, obviamente hay una diferenciación pero no de discriminación como su señoría lo pretende demostrar en la sentencia atacada, por esa razón, la jurisprudencia ha dicho que teniendo en cuenta que el juez laboral carece de competencia para estudiar situaciones como las planteadas por el demandante respecto del incremento salarial pretendido, estamos frente a un tipo de conflicto colectivo o económico de trabajo cuyo escenario de discusión no es a través de un conflicto jurídico sino que es netamente un conflicto económico, por esa razón, usted le ha quitado y le ha subsumido absolutamente todo lo que es la convención colectiva de trabajo firmada entre las partes teniendo en cuenta el estado calamitoso que ha sufrido la ciudad de Cúcuta, esa seccional, y por es que incluso la universidad ha hecho ingentes sacrificios para mantener la seccional allá, de otra parte hubiese podido la universidad tomar otra determinación y haber cerrado esa seccional justamente por la objetividad a la que me estoy refiriendo, yo creo señor juez, que así como el demandante y otros, que lo han hecho y que nos han hallado la razón en los juzgados y también en el tribunal entonces por eso es que le estoy diciendo que ataco la providencia porque realmente al señor no se le ha hecho ninguna discriminación, el señor tiene una diferenciación en relación a los demás profesores tanto como de Cúcuta, Socorro y de Cartagena, que tiene el mismo tratamiento, obviamente que por cuestiones objetivas de situaciones económicas en estas tres seccionales es diferente el salario, o tiene alguna diferencia con relación a las demás seccionales, entonces no le haya ninguna razón, bajo ningún aspecto que el señor se vaya a premiar con este caso, digamos del reconocimiento, y el señor es de jornada completa no de tiempo completo que también en todas las seccionales tiene el caso que nos ocupa; por demás, la universidad siempre ha sido atenta a satisfacer las necesidades de los docentes tal como está contemplado en la misma convención colectiva, es que aquí nos ata señor juez la convención colectiva, que es el pacto que han hecho los profesores con la universidad y no una cuestión individual, cuando el señor ingresó a la universidad se comprometió y se afilió a la asociación de profesores de la universidad libre asproul que es un pacto y es una obligación para las partes, y aquí en la sentencia se está desconociendo esa negociación que se hizo con los profesores, como quien dice, entonces no volvemos mejor a ninguna convención colectiva, es decir, se acabó aquí el derecho colectivo porque no se va a poder negociar entre las empresas y los trabajadores una convención colectiva dada la objetividad que se presenta en cada una de las seccionales, por esa razón, interpongo ante el Tribunal



el recurso de apelación el cual seguramente iré a ampliar en una forma respetuosa y también jurídica, muchas gracias.”.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta el punto de apelación que obedece a la inconformidad por la condena referida a la nivelación salarial pretendida, desconociendo el contenido de la Convención Colectiva de Trabajo, sin que el juez esté facultado para modificar la misma en el sentido de acceder a los aumentos salariales deprecados.

En primer lugar, a pesar de que el juez de primera instancia en la parte motiva de la decisión insiste en que el demandante es docente de tiempo completo, lo cierto es que es de jornada completa, tal como se observa de la certificación que obra a folio 101 del plenario, expedida por la Asociación de Profesores de la Universidad Libre – ASPROUL - a la cual pertenece el actor, documento que no fue controvertido por la demandada.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el demandante labora como docente en la Seccional de la ciudad de Cúcuta, es por lo que pretende la nivelación de su salario conforme a lo devengado por los profesores de jornada completa de la Seccional Pereira de la Universidad Libre, al tiempo que advierte, que su situación desfavorable deviene de lo establecido en el parágrafo II de la cláusula 34 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la Universidad Libre y la Asociación de Profesores de la misma, suscrita el 15 de diciembre de 1999.



En este punto, llama la atención que el juez de primera instancia no analizó las pretensiones teniendo como fundamento las normas convencionales advertidas por las partes, sino que simplemente ahondó en el estudio de la viabilidad de la nivelación salarial deprecada desde el artículo 143 del CST, como si se tratara de un caso en los que se controvierte la aplicación del principio *a trabajo de igual valor, salario igual*, circunstancia que redundó en la equivocada decisión que habrá de revocarse por las razones que pasan a exponerse.

En efecto, al proceso se allegó copia del escrito de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Universidad Libre y las organizaciones sindicales de primer grado Sindicato Nacional de Trabajadores de las Instituciones de Educación – SINTIES –, que corresponde al Título I de la convención, suscrita el 15 de diciembre de 1999 (fls.17 a 51), y el Título II, que obedece a la parte del texto convencional suscrita con la Asociación de Profesores de la Universidad Libre – ASPROUL – el día 13 de diciembre de 1999 (fls.52 a 71), tal como se verifica de la constancia de depósito en cumplimiento del artículo 469 del CST (fl.16), además de acreditar la vigencia de dos años de la Convención Colectiva entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2001.

Además de lo anterior, es importante anotar que, hace parte del acápite de pretensiones (fl.7) la solicitud de declaración de ineficacia de una norma convencional, que dicho sea de paso, el escenario jurídico para su debate no es en principio el proceso ordinario laboral, aspecto que no advirtió el juez de primera instancia, siendo que es clara la intención del demandante con el presente trámite, como es desvirtuar la norma convencional antes citada, la cual se erige como fuente de derecho, y así pretender la



nivelación salarial solicitada, sin embargo, lo correcto jurídicamente es hacer uso de la correspondiente denuncia o revisión del acuerdo sindical, tal como lo predicen los artículos 479 y 480 del CST.

Dice la pretensión primera:

“Declarar que es ineficaz el contenido de parágrafo II de la cláusula 34 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la Universidad Libre y la Asociación de Profesores de la Universidad Libre ASPROUL, suscrita el 15 de diciembre de 1999, en cuanto dispuso que el incremento salarial del primer año de vigencia de la C.C.T., no se aplicaría a los docentes de las seccionales de Cartagena, Socorro y Cúcuta.”

A su vez, la cláusula 34 del Título II de la Convención Colectiva de Trabajo, dispone lo siguiente: (fl.65)

“CLAUSULA 34. SALARIOS. A partir del 1 de enero del año 2000, a todos los profesores vinculados a la Universidad Libre solamente en el pregrado se les incrementará el salario básico en un 9.5%, y a partir del 1 de enero del año 2001 el incremento será del Índice de Precios al Consumidor nacional para trabajadores (I.P.C.) causado.

- A) Los profesores de la Universidad vinculados a pregrado que a su vez sean profesores de los Institutos de Especialización, su remuneración por este último concepto no constituye salario, y por consiguiente no es factor prestacional.*
- B) Los talleres, cursos de preparación para preparatorios, remediales, tutorías, actualización y similares se incrementarán en el mismo porcentaje anterior.*
- C) La práctica de exámenes preparatorios y validaciones se incrementarán en el mismo porcentaje anterior.*
- D) A partir del 1 de enero del año 2000, los profesores vinculados a los Colegios, su salario será del 100% del señalado para igual categoría del escalafón del sector oficial, tal como lo determina la Ley de educación.*



Parágrafo I: Estos aumentos de salario comenzarán a regir y se pagarán a partir del 1 de enero de cada año, aun cuando los profesores estén vacaciones, para tal efecto se liquidará de acuerdo al aumento aquí establecido.

Parágrafo II: Este incremento salarial no se aplicará por el primer año de vigencia de la Convención a las seccionales de Cartagena, Socorro y Cúcuta. En enero del año 2021, con fundamento en los estados financieros de dichas Seccionales, si son favorables, se estudiará la posibilidad de un incremento salarial para cada año de vigencia. (Subraya el Tribunal)

Así mismo, la universidad procurará el pago oportuno de los salarios en la Seccional de Cúcuta.”

Así las cosas, lo que se busca con la demanda es dejar sin efectos una norma convencional, esto es, el parágrafo II de la cláusula 34 del Título II de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 13 de diciembre de 1999, lo cual, como se indicó, no es posible por medio del presente proceso, y menos, acceder a las peticiones para igualar la base salarial del demandante en las condiciones del primer inciso de la referida cláusula.

Un examen argumentativo similar al esbozado debió contemplar el a quo, toda vez que, si centró los fundamentos de la decisión en el análisis de los presupuestos normativos del artículo 143 del CST, para su aplicación debió atender lo señalado en esa norma, en consonancia con las reglas jurisprudenciales que ha desarrollado la Sala de Casación Laboral, comoquiera que, no era suficiente por parte del demandante afirmar que se encontraba en desventaja laboral frente a los docentes de jornada completa de la Seccional Pereira de la Universidad Libre, sino que le correspondía probar *“un trabajo en idénticas condiciones en cuanto a funciones desarrolladas, eficiencia, rendimiento y jornada laboral frente a otro de sus compañeros de trabajo con quien buscaba se hiciera el cotejo”,*



conforme lo ha expresado el máximo Órgano de Cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, entre otras, en la sentencia antes citada, SL1662-2021 del 5 de mayo de 2021, actividad probatoria que brilla por su ausencia.

Dicho lo anterior, y ante la imposibilidad de aplicar en el presente caso el principio laboral *a trabajo de igual valor, salario igual*, tampoco le era dado desconocer al juez de instancia el alcance de lo acordado en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Universidad Libre y la Asociación de Profesores de la Universidad Libre – ASPROUL – el día 13 de diciembre de 1999, específicamente lo establecido en el parágrafo II de la cláusula 34, toda vez que, primero, el valor del salario que devenga el demandante como docente de jornada completa de la Seccional Cúcuta, obedece al determinado no solo para el promotor, sino también para sus homólogos de esa Seccional y las de Socorro y Cartagena, es decir, el monto reconocido al actor no emerge como un acto deliberado de la demandada.

En segundo lugar, no se observa que el actor perciba un salario igual mínimo legal mensual vigente, lo cual permitiría verificar si los incrementos legales y anuales se aplicaron o no, de todas maneras, no es del caso.

Tercero, nótese que lo acordado por las partes en el acuerdo convencional se supeditó a una condición *suspensiva*, puesto que se dijo: “*En enero del año 2001, con fundamento en los estados financieros de dichas Seccionales, si son favorables, se estudiará la posibilidad de un incremento salarial para el segundo año de vigencia*”, aunado que el actor no alega que la demandada esté pagando una suma distinta o inferior al salario de los demás docentes de las Seccionales de Cúcuta, Socorro y Cartagena.



Cuarto, y consecuentemente con lo anterior, al tratarse de salarios superiores al mínimo legal mensual vigente, pactos, laudos arbitrales o fijados en una convención colectiva de trabajo como es el caso, son las partes integrantes de dichos mecanismos sindicales, quienes están facultadas para incrementar los salarios, sin que ello sea competencia del juez del trabajo, al no existir que lo obligue o faculte para ello, conforme se reitera en la sentencia SL4697-2019, lo expresado en el pronunciamiento del 13 de marzo de 2001 Rad. 15406 y Rad.36894 del 16 de marzo de 2010, en los términos que se citan a continuación en lo que interesa a la decisión:

(...)

b) En lo que tiene que ver con la obligatoriedad de ajustar únicamente los salarios que queden por debajo del rango de los mínimos, como en otras ocasiones lo ha reiterado la Sala, en el sector privado o a quienes se les aplica el Código Sustantivo de Trabajo como ocurre para el caso del demandante y que no es materia de controversia en esta litis, no existe precepto alguno que estatuya el derecho al aumento automático del salario de los trabajadores, que devenguen más del salario mínimo legal, con base en el costo de vida, como tampoco hay norma que faculte al Juez de Trabajo para imponer por vía general el incremento salarial de esta clase de empleados particulares, tomando el índice de precios al consumidor.

En efecto, en casación del 5 de noviembre de 1999 radicado 12213, esta Corporación puntualizó:

“[...] a propósito del tema planteado, es importante afirmar que no puede desconocerse que el aumento del índice de inflación que sufre el país en un determinado período, eventualmente justificaría el alza de los salarios de los trabajadores, porque es natural que con el salario recibido en una época se obtendrá una gama de productos, que no van a poder adquirirse si se continúa en un período de tiempo recibiendo la misma remuneración, dada el alza permanente de lo que se ha denominado la canasta familiar. Y con mayor razón, frente a la evidencia de que primero se presta el servicio y luego se recibe su pago, salario o remuneración. De ahí que sea muy difícil mantener el poder adquisitivo del salario, cuando lo cierto es que día a día



va perdiendo su valor real, se desvaloriza casi que permanentemente y ahora, como sucede, frente a la mayoría de los precios de los productos que no son controlados.

No obstante, la realidad de lo afirmado no es el Juez laboral, mediante el trámite de un proceso ordinario, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta el salario de los trabajadores, a pesar de que el IPC en dicho lapso haya aumentado. Y no puede hacerlo este funcionario judicial porque no existe ley que lo obligue o lo faculte a ello, excepto si del salario mínimo se trata.

En efecto, no existe en la legislación laboral norma que así se lo permita y, como lo destacara el fallador de segundo grado, la Constitución Política en su artículo 53, en relación con la remuneración mínima vital y móvil, trasladó a la ley la regulación de, entre otros, dicho principio.

Además, el propio Ordenamiento Superior en el artículo 230 fue el que le impuso a los jueces la obligación de, en sus providencias, estar sometidos al imperio de la ley [...].

Situación diferente sería si existiera una disposición convencional o por laudo, etc., a través de la cual la empresa estuviera obligada a aumentar el salario de los trabajadores cada año con fundamento en el IPC; o que en tratándose de un salario mínimo devengado por un trabajador el empleador se negara a aumentarlo en la proporción fijada por la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (Ley 278 de 1996 artículos 1º, 2º literal d)) o por el Gobierno Nacional; destacándose que en este último caso en el aumento del salario mínimo que se hace el 30 de diciembre de cada año no solo prima como factor a tener en cuenta el IPC, sino otros tales como “la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto, PIB...”, tal como lo establece el parágrafo del artículo 8º de la Ley 278 de 1996.

Lógicamente que cuando se fija el salario mínimo se modifican automáticamente los contratos de trabajo en que se haya estipulado un salario inferior (art. 148 C.S.T.) y, frente al supuesto de que la empleadora se niegue a aumentarlo en la proporción determinada, se repite, corresponderá al Juez laboral hacerlo si se lo proponen a través de una demanda”.

Y en el mismo sentido, en sentencia del 13 de marzo de 2001 radicado 15406, la Sala precisó:



“[...] salvo casos que constituyen excepción, en verdad la estructura general del régimen salarial del sector privado en el derecho del trabajo colombiano está montada sobre el postulado de que son las partes –individual o colectivamente consideradas- unidas en el nexo jurídico laboral, o el legislador cuando así lo dispone en forma expresa, las únicas que en principio tienen la potestad de convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas de trabajo o fallos arbitrales, como lo dispone claramente el artículo 132 del CST, subrogado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990.

Así, desde el año de 1948 se estableció el derecho al salario mínimo representado en el sueldo límite a que tiene derecho el trabajador para subvenir a sus necesidades y a las de su familia, por debajo del cual no es lícito estipular una remuneración entre las partes. El análisis sistemático del código sustantivo del trabajo conduce inexorablemente a inferir que salvo casos especiales expresamente regulados por la ley o deducidos por la jurisprudencia en aplicación de principios legales, no existe precepto alguno que estatuya el derecho al aumento automático del salario de los trabajadores, que no devengan el salario mínimo, o el salario mínimo integral, con base en el costo de vida.

Obsérvese que si con arreglo al artículo 148 del Estatuto del Trabajo, la fijación del salario mínimo modifica automáticamente los contratos de trabajo en que se haya estipulado un salario inferior, aún para los trabajadores con remuneración mínima, la variación en el índice de precios al consumidor no incide necesariamente en el contrato de trabajo de los demás. Naturalmente que en la práctica los aumentos del salario mínimo legal, concertados por las fuerzas sociales, económicas y por el gobierno, suelen ser iguales o superiores al aumento en el costo de vida, lo cual consulta además la equidad, pero desde el punto de vista estrictamente legal la variación en el IPC no comporta inexorablemente una modificación salarial, hasta cuando el legislador natural - Congreso o Gobierno revestido de facultades especiales-, no disponga nada diferente mediante una norma de igual rango al código sustantivo del trabajo.

Y si la mutación en el salario mínimo impacta los contratos de trabajo en que se haya convenido un salario inferior, eso sí ipso jure, fuerza colegir que en los demás casos de trabajadores con ingresos superiores al mínimo, la variación en el sueldo mínimo o en el índice de precios al consumidor no tiene la misma virtualidad, porque esa previsión no está dirigida a ellos sino exclusivamente a quienes devengan tal remuneración inferior. De suerte que si todos los trabajadores del sector particular tuviesen derecho a la revalorización de su remuneración por el simple incremento en el IPC carecería de sentido la regulación del precitado artículo 128 del CST, que



dispone tal aumento sólo para los casos en que se haya elevado el sueldo mínimo.

Por similares razones perdería su sentido que la contratación colectiva se ocupe de regular las condiciones de trabajo en lo que concierne al salario, pues al estar ese tema en función del IPC, quedaría vedado para aquélla, a menos que se acordara un aumento superior. Tal hermenéutica no sólo quebrantaría la legislación del trabajo, sino que daría al traste con cualquier política económica que pretenda combatir la inflación y estimularía el flagelo del desempleo, que con su presencia no sólo lesiona el derecho del trabajo, sino también el derecho al trabajo.

Nótese además que en el pasado algunas sentencias de la Corte precisaron que la falta de reclamo del trabajador ante la rebaja del salario, equivale a una nueva estipulación, lo que refuerza aún más el entendimiento de que no hay en el ordenamiento positivo colombiano disposición legal que faculte a un Juez para imponer por vía general un aumento de salarios de trabajadores particulares, como secuela necesaria del aumento en el índice de precios al consumidor.

Diferente tema es el de la nivelación salarial en los casos en que un empleador viola el principio de a trabajo igual salario igual, discriminando a los trabajadores con la misma jornada de trabajo y que desempeñan funciones similares en condiciones de eficiencia, cantidad y calidad de trabajo también iguales, puesto que si se dan esos requisitos el artículo 143 del CST impone la identidad salarial. Y también distinto es cuando un empleador durante varios años o en forma indefinida mantiene congelados los salarios de algunos trabajadores, incrementándolos al resto que se encuentran en el mismo régimen de auxilio de cesantía. Para esos casos, y otros de extrema inequidad, contrarios al más elemental sentido de justicia, la jurisprudencia laboral ha dado las soluciones pertinentes conforme al postulado de coordinación económica y equilibrio social, la dignidad del trabajador, la necesidad de un orden social justo, inmanente a un estado social de derecho.

Reitera esta Corporación lo expresado en providencia del 21 de junio de 1995, en el sentido de que si la fijación del salario futuro no puede efectuarse por el Juez, tampoco es posible una acción judicial utilizable por alguno de los contratantes para obligar al otro a aceptar unas condiciones de remuneración diferentes a las pactadas o establecidas en la ley. La figura de la revisión de los contratos y de las convenciones colectivas prevista en los artículos 50 y 480 del C.S.T. permite al Juez decidir sobre la existencia de graves alteraciones de la normalidad económica, ocurridas por fuera de los marcos usuales en la previsión contractual, pero tal pronunciamiento es eminentemente declarativo, y no lo autoriza para negociar y fijar las nuevas condiciones en que se ejecutará el trabajo.



Ha dicho esta Sala que es posible que, con apoyo en normas preestablecidas, los trabajadores planteen en un conflicto jurídico su derecho a percibir una remuneración mayor a la que efectivamente hayan recibido del empleador en todos aquellos eventos en los cuales ese salario superior deba habersele reconocido. Y de tener derecho con fundamento en preceptos legales o contractuales que dispongan la corrección monetaria o cualquier otro mecanismo de mejora salarial, no sólo pueden obtenerlo en juicio ordinario laboral previa audiencia de las partes interesadas y con la observancia del debido proceso, sino también solicitar el pago de los perjuicios derivados de la mora y la reparación de cualquier otro daño sufrido.

Empero, lo que no es dable a un Juez del trabajo ni a ningún otro, es ordenar un incremento salarial que no tiene ningún respaldo en el ordenamiento jurídico vigente, porque la función de los jueces no es legislar, y es distinta también a de la de los arbitradores, por eso es contrario a sus atribuciones hacer la ley, ya que su deber, al menos en el derecho positivo colombiano, es aplicarla por cuanto los funcionarios judiciales, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley, como lo pregona paladinamente el texto 230 de la Carta Política, y lo refuerza aún más al agregar que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Ambas sentencias que se acaban de transcribir, se reiteraron en decisión del pasado 24 de noviembre de 2009 radicado 39117, en donde se agregó:

“...Por lo tanto, como quedó visto, al no existir mandato legal que obligue a la entidad accionada a efectuarle al actor los aumentos salariales pretendidos, no puede hablarse tampoco de desacato al principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, al establecer la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación de las fuentes formales del derecho”.

Al tener la Sala su propio criterio alrededor de esta temática, el cual se mantiene invariable por no haber razones suficientes para entrar a modificarlo, resulta infundada la argumentación jurídica del censor.”

(...)

Con todo, la decisión de primera instancia será revocada en su totalidad, toda vez que, para la pretendida nivelación salarial del actor no es posible comprometer la seguridad jurídica de la Convención Colectiva de Trabajo



suscrita el día 13 de diciembre de 1999, mediante la cual se plasmó la voluntad de las partes, advirtiéndose que si la intención del actor era controvertir lo establecido en la cláusula 34 *ibidem*, lo cierto, es que, en principio, se reitera, el proceso ordinario laboral no se erige como el instrumento idóneo para ello conforme lo establecido en los artículos 479 y 480 del CST, adicionalmente, y acogiendo el criterio de la Sala de Casación Laboral, no era el juez de primera instancia quien debía decidir la suerte del incremento solicitado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá con fecha 04 de marzo de 2021, para en su lugar, **ABSOLVER** a la parte demandada UNIVERSIDAD LIBRE de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante el señor JOHN ALEXANDER QUINTERO PATIÑO, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la parte demandante.



Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

ACLARACION DE VOTO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 04-2019-0578-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: PASCUAL ALARCÓN BASTIDAS

DEMANDADOS: NACIONAL DE COMERCIO NADELCO S.A.;
ANDINA DE CONFECCIONES ANDECO LTDA; GONZALO
PATRICIO CADAVID HENAO Y CARLOS ANDRES CADAVID
MONCAYO

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 04 de febrero de 2021.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto.

ANTECEDENTES

El señor Pascual Alarcón por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que, laboró al servicio de ANDECO LTDA entre el 3 de octubre de 1983 hasta el 1 de junio de 2019; que para el último año de servicios no fue pagado el salario teniendo en cuenta las comisiones pactadas, y lo fue en suma inferior al smlmv; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al pago del reajuste por concepto de comisiones en suma de \$1.850.450, y por prestaciones sociales en \$54.280, indemnización por despido sin justa causa por \$102.554.000, indemnización moratoria del artículo 65 del CST por \$4.300.000, auxilio de cesantías por todo el tiempo laborado en suma de \$17.080.000, y que por ser una sociedad de personas debe darse aplicación a la responsabilidad solidaria del artículo 36 del CST, indexación y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, inició a laborar al servicio de la sociedad ANDECO LTDA a partir del día 3 de octubre de 1983 en el cargo de agente vendedor, devengando como salario un promedio de \$2.150.000



consistente en comisiones por ventas, pagos que recibía mensualmente en su cuenta de nómina; que por concepto de salario solo recibía el valor de las comisiones y que en ocasiones lo recibido estaba por debajo del smlmv, como dice constar en los extractos bancarios de los meses de abril a diciembre de 2018, y enero a mayo de 2019; que nunca tuvo llamados de atención; que el día 13 de febrero de 2017 le fue notificada la Resolución N°2017-1173383 por medio del cual Colpensiones le reconoció pensión de vejez; que solo hasta el día 31 de mayo de 2019 menciona le fue terminado el contrato de trabajo por justa causa por el reconocimiento pensional, con efectos a partir del 1 de junio de 2019; que por lo anterior, considera que la terminación contradice la oportunidad e inmediatez, que se omitió la etapa del preaviso, y por ende, le asiste derecho a la correspondiente indemnización; que la liquidación final realizada por el empleador no tuvo en cuenta el salario realmente percibido por el trabajador, esto es, \$2.496.000, pues se basó en \$664.822, por lo que considera que se incurrió en una falta de pago que le da derecho al reconocimiento de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; que la comunicación de terminación del contrato le expresó que la finalización sería efectiva a partir del 1 de junio de 2019, pero que este día no fue incluido en la liquidación final de prestaciones y salarios, concluyendo que le adeuda ese día más lo correspondiente al auxilio de transporte por todo el vínculo laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad NACIONAL DE COMERCIO NADELCO S.A. contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno. Como excepciones de mérito formuló las



que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; procedencia de vinculación de otras partes procesales; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; prescripción; buena fe; pago parcial e imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales.

Por su parte, la sociedad ANDINA DE CONFECIONES ANDECO LTDA en Liquidación, y los señores CARLOS ANDRES CADAVID MONCAYO y GONZALO PATRICIO CADAVID HENAO, en calidad de socios de la primera, contestaron la acción con oposición a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptaron la vinculación laboral desde el 3 de octubre de 1983, los pagos mensuales del salario, que era un trabajador destacado, la fecha de la comunicación de la terminación del contrato de trabajo por reconocimiento de la pensión de vejez al actor, que le cancelaron los servicios del mes de junio de 2019, y no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó improcedencia de la indemnización por despido sin justa causa; inexistencia de la solidaridad del artículo 36 del CST; inexistencia de la solidaridad de los socios en las sociedades limitadas; buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER a los demandados NACIONAL DE COMERCIO NADELCO S.A., ANDINA DE CONFECIONES ANDECO LTDA, GONZALO



**Proceso Ordinario Laboral 04 – 2019 – 0578 – 01 DTE: PASCUAL ALARCÓN BASTIDAS DDO:
NADELCO S.A. Y OTROS**

PATRICIO CADAVID HENAO Y CARLOS ANDRES CADAVID MONCAYO, de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el actor.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA; BUENA FE; COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR.

TERCERO: CONDENAR en costas al actor, fíjense como agencias en derecho la suma de \$200.000, a favor de cada uno de los demandados.

CUARTO: En caso de no ser apelada esta decisión, envíese al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral en consulta.

*Por su pronunciamiento oral, esta decisión se notifica en **ESTRADOS***

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“En primer lugar, no hay controversia sobre la relación laboral entre las partes entre el 3 de octubre de 1983 y hasta el 31 de mayo de 2019; que frente a NADELCO no existe prueba alguna que la vincule con la relación laboral del dte, carga que le correspondía a la carga actora.

Que son dos puntos los que están en discusión: 1. Reliquidación de las prestaciones sociales y para eso se tendrá en cuenta el tipo de salario pactado con el actor, 2. La terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

Sobre la reliquidación de las prestaciones sociales no está en discusión que la modalidad de salario pactada fue la de comisiones como aparece en el contrato de trabajo allegado con la demanda. Que este pago es permitido por el artículo 127 del CST y art 132 que establece la libertad de las partes para estipular el salario; que la remuneración por comisiones no depende de las horas que labore un trabajador sino de su productividad, que la Corte ha dicho que las comisiones por ventas se deben pagar con independencia del recaudo sentencia 0159 del 16 de junio de 1986 y reiterada en la sentencia del 9 de mayo de 2018, que la venta y el recaudo han sido posibles gracias a la venta y al recaudo del trabajador que se ha retirado, luego el servicio fue el factor determinante de una y otra y por tanto, además de la realidad de la prestación del servicio que ha procurado la obtención del fin perseguido consolidándose el derecho a la retribución por su relación de causa y efecto por el servicio prestado, por su eficacia al haber permitido la consolidación del resultado pactada en el contrato de trabajo.

Que conforme los interrogatorios de parte de las demandadas ANDECO y de las personas naturales y el testigo, manifestaron la remuneración del actor estaba



**Proceso Ordinario Laboral 04 – 2019 – 0578 – 01 DTE: PASCUAL ALARCÓN BASTIDAS DDO:
NADELCO S.A. Y OTROS**

supeditada a que se realizara una venta, que si bien el actor podría reportar un pedido, no necesariamente este era entregado tal como lo había solicitado, por lo que no podría haber coincidencia necesariamente entre la venta que había hecho y la mercancía entregada por la empresa a los clientes, razón por la cual no había coincidencia entre lo que el actor reportaba como venta y lo que se vendía por la empresa; que el actor en interrogatorio indicó que cada comisión fue recibida aportadas por él y por la entidad demandada, advirtiéndose que le fueron pagadas unas comisiones y que como el mismo lo reconoció las ventas recayeron; que si bien es cierto el actor manifestó que no tenía una jornada de trabajo y que ello dependía de la hora en que podía conseguir al cliente, no se puede establecer con precisión cual era la jornada del actor, no se puede decir si empezaba a las 8 de la mañana, si empezaba a las 9 de la mañana o 10, porque como él mismo lo explicó esto dependía de la hora en que estaba disponible por lo que no se puede establecer que el actor cumpliera una jornada de trabajo.

Que cuando las ventas realizadas efectivas no superan el smlmv, ¿debe el trabajador recibir un valor que corresponda al mínimo? O a la que él consideró que era la venta, que hay que verificar cual fue la venta efectivamente realizada a manera de ejemplo se puede decir que se puede hacer un millón por diez millones, pero la empresa recibía el reporte y podía no autorizar la venta por ese monto o hacerlo por un monto inferior, que si se hacía un pedido por 10 millones podrían estar despachando solo un millón y la comisión que correspondería al actor sería por la venta efectiva; que si las comisiones son inferiores al smlmv, ningún trabajador puede devengar un salario inferior al mínimo, pero este está sujeto a una jornada laboral, de manera que si no existe una jornada laboral no puede existir un salario mínimo, que un trabajador que es remunerado por comisiones si en un mes que no trabajo y no hizo ninguna venta pues no tiene derecho a remuneración alguna, porque no tenía un horario de trabajo y pudo ser que no trabajó o que trabajó algunas horas pero no consiguió ningún objetivo, que la persona que pacta un salario por comisiones esta supeditado a una productividad, a cumplir un objetivo, y una vez ello tiene derecho a esa comisión como se lee en sentencia del 14 de marzo de 2001 para el presente caso el dte es un vendedor que pactó su salario por comisiones y no esta probado que pascual haya cumplido con una jornada de trabajo, ya que el mismo trabajador manifestó que su horario dependía de la disponibilidad de los clientes, por lo que no tendría derecho al smlmv.

Que respecto de los valores tenidos en cuenta para liquidar las prestaciones están se derivan de las comisiones efectivamente realizadas por pascual, razón por la cual la pretensión será negada.

Respecto a la segunda pretensión sobre el despido sin justa causa, que la relación laboral terminó el 1 de junio de 2019, sustenta la pretensión en que fue despedido si que se cumpliera el preaviso de los 15 días conforme el artículo 62 del CST, que esta probado que al dte le fue notificada la resolución de pensión de vejez el 13 de febrero de 2017 por parte de Colpensiones, que al actor le corresponde demostrar que trabajó el 1 de junio de 2019, en el presente asunto no hay prueba que el dte haya laborado el 1 de junio de 2019, que respecto a la misiva a la que hace referencia, la misma quiere decir que a partir de ese día el trabajador ya no seguirá laborando, por lo que es claro que el actor laboró hasta el último día de mayo de 2019, y es la fecha que se tomará para la terminación del contrato de trabajo; que dentro de las justas causas de terminación del contrato esta la del reconocimiento de la pensión al trabajador conforme al artículo 62 del CST, que el artículo 9 de la ley 797 de 2003 que reformó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece como causal autónoma de extinción del contrato o de la relación legal o reglamentaria el reconocimiento de la



**Proceso Ordinario Laboral 04 – 2019 – 0578 – 01 DTE: PASCUAL ALARCÓN BASTIDAS DDO:
NADELCO S.A. Y OTROS**

pensión de vejez; respecto de las características de esta causal la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2509 de 2017 identificó las siguientes: 1. Aplica a los trabajadores particulares y servidores públicos, 2. Se viabiliza su empleo cuando la administradora le notifica al trabajador el reconocimiento de la pensión y su inclusión en nómina, esto último, de acuerdo con la Corte Constitucional de la Sentencia C-1037 de 2003, en aras de garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de la desvinculación y la percepción de la prestación, en la misma providencia, la Corte señaló que el enunciado podrá contenido en el inciso 1 y 3 de la norma expresa que el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez, entraña una decisión discrecional del empleador, luego no se trata de una causal de forzoso acatamiento sino una facultad que la ley le brinda al empleador y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente, que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad, igualmente la referida sentencia sobre la causal, que el empleador puede solicitar la pensión en nombre del trabajador cuando este no la tramite en el término que la norma establece, por lo que el despido por reconocimiento de pensión es una causal autónoma para la terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria y su procedencia se enmarca en la garantía que la terminación del contrato y la percepción de la prestación pensional el trabajador pensionado no deje de percibir los ingresos que garantizan su subsistencia, que además una vez que ha cumplido las condiciones otorga la posibilidad al empleador de usarla cuando estime conveniente, que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad, es decir, en cualquier momento; indicó el actor en la demanda que no existió una relación de inmediatez entre el reconocimiento pensional y el despido, para lo cual indica que la inmediatez entre la comisión de la falta y la reacción ante la misma obliga al empleador a actuar con prontitud y celeridad ya sea para sancionar al trabajador o despedirlo y de no hacerlo en un tiempo razonable se entiende que perdonó la falta cometida por el trabajador, que si luego de transcurrido este tiempo desde la ocurrencia del hecho el empleador decide dar por terminado el contrato de trabajo, es dable entender que su determinación obedeció a otro motivo y no a la comisión de la falta propiamente dicha, que la regla de la contemporaneidad evita que con el pretexto de sancionar o castigar una falta pretérita el empleador despida al trabajador por causas distintas, así, el principio de inmediatez presupone una acción u omisión del trabajador junto a la relación cercana de temporalidad que debe existir entre el conocimiento de la misma por parte del empleador y la activación de los mecanismos para configurar el despido con justa causa, allí el patrono realiza una evaluación sobre la gravedad de la supuesta falta y establece las consecuencias dentro de un término razonable, por tanto, el tan mencionado principio se aplica frente conductas que suponen un juicio de valor de la conducta contractual del trabajador o un reproche, por ejemplo, frente al incumplimiento de sus obligaciones laborales, observancia del régimen disciplinario, deber de actuar de buena fe, y lealtad, acatar las medidas de seguridad y evitar perjuicios a su empleador entre otras, desde este punto de vista no resulta viable aplicar el principio de inmediatez cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión a favor del trabajador, pues se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y sobre esa base establecer si se trata de un incumplimiento leve o grave, por lo mismo, al ser un hecho ajeno al comportamiento del trabajador no es apropiado pensar que puede ser perdonado, dispensado o condonado, que la Corte en sentencia SL 14378 del 30 de abril de 2001 recordó la SL 5447 del 8 de julio 1993 manifestó que las causales 14 y 15 del artículo 62 del CST se refieren a circunstancias naturales y no a faltas



**Proceso Ordinario Laboral 04 – 2019 – 0578 – 01 DTE: PASCUAL ALARCÓN BASTIDAS DDO:
NADELCO S.A. Y OTROS**

ocurridas durante la ejecución del contrato laboral, ajenas al régimen de sus sanciones, que no es acertado aplicar a las causales de terminación del contrato originado en el otorgamiento de la pensión el mismo tratamiento de las obligaciones contractuales como que la inmediatez requerida jurisprudencialmente entre la ocurrencia del hecho y su invocación patronal a la terminación del contrato se justifica en las circunstancias que transcurrido un tiempo superior al necesario para perfeccionar la investigación interna suscitada por la ocurrencia del hecho constitutivo de la falta del trabajador, esta debe considerarse perdonada por el empleador y sin relevancia jurídica para invocar el despido, por el contrario, nada impide al empleador mantener el vínculo contractual cuando reconocida la pensión surge la causal establecida en la ley, pues en el ordenamiento de los trabajadores del sector privado no se impone una edad de retiro forzoso, no obstante, la prolongación voluntaria del contrato, la causal derivada del reconocimiento de la pensión no desaparece, lo que caracteriza la prestación que la origina es la constitución permanente de una posibilidad de goce a favor del trabajador, dicha contingencia genera al empleador la alternativa de mantener el contrato o darlo por terminado pues ninguna de las decisiones que tome al respecto lesiona derechos constituidos a favor del trabajador.

Así las cosas, no tiene razón el actor al manifestar que fue despedido sin justa causa puesto que el empleador hizo uso de una facultad que le otorga la ley, al preguntarle al actor si había sido incluido en nómina manifestó que si, es decir, que para el momento en que se produjo el despido el 31 de mayo de 2019 el actor venía gozando de su pensión de vejez y estaba recibiendo mes a mes el valor de su mesada pensional, razón por la cual también se denegará esta pretensión.

Se declararán probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por NADELCO SA. y las de improcedencia de indemnización por despido sin justa causa, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, propuesta por ANDECO LTDA en Liquidación, Carlos Cadavid y Gonzalo Cadavid. Costas a cargo del actor.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Presenta recurso de apelación, teniendo en cuenta los siguientes puntos: 1. Sobre la pretensión de la reliquidación, que la absolución se fundamentó en que para el juez no se acreditó una jornada laboral por parte del actor, y que bajo ese entendimiento, el salario en la forma y términos, que lo viene sosteniendo la parte demandada permitía reconocer una remuneración inferior al smlmv, por lo que considera que, se desconocieron las pruebas aportadas, como el contrato de trabajo, que las cláusulas del mismo dan cuenta específicamente de las funciones que debía cumplir el actor, que la disponibilidad que debía tener el trabajador era plena y absoluta, que conforme la cláusula primera se señala que el trabajador se compromete a poner a disposición del patrono su capacidad normal de trabajo en el oficio de agente vendedor y todos los demás menesteres propios, que en la cláusula segunda el trabajador no podrá desempeñar el mismo cargo para otros patronos y especialmente para aquellos que se dediquen a las mismas labores, se le prohíbe la venta de



**Proceso Ordinario Laboral 04 – 2019 – 0578 – 01 DTE: PASCUAL ALARCÓN BASTIDAS DDO:
NADELCO S.A. Y OTROS**

cualquier artículo de su propiedad a los clientes activos o en potencia y andina de confecciones; que en la clausula quinta se lee que el trabajador no solo atenderá los pedidos de mercancías que hagan los clientes del almacén, sino que deberá recaudar los dineros correspondientes a las ventas realizadas por el trabajador o que se le adeude a andina de confecciones; decima primera: el trabajador estará sometido al horario que le imponga el patrono de conformidad con la jornada autorizada por la ley para este tipo de trabajadores, en cada correría se le asignara los días que puede emplear en ella, una vez que termine la respectiva correría deberá presentarse a la agencia a rendir el informe correspondiente y prestar los servicios que le sean ordenados de acuerdo con su oficio; clausula décimo cuarta: el trabajador deberá reportarse al patrono cuando se encuentre en correría, por lo menos cada tres días, bien sea por teléfono, marconi, u otro medio de comunicación.

Que es claro que, conforme las cláusulas leídas que el trabajador tenía que tener para con el empleador una disponibilidad absoluta en el cumplimiento de su labor, por lo que se presentó una indebida valoración en las manifestaciones de los interrogatorios de parte del dte, ya que de lo que él dijo surgía, contrario como lo entendió el despacho, que la disponibilidad era absoluta, pues como bien lo resalta el señor juez el mismo dte dijo que su horario dependía de la disponibilidad de los clientes, no significa que podía actuar cuando quisiera, sino que por el contrario tenía que estar disponible todo el tiempo, cuando lo requirieran los clientes como lo enseña la sana lógica, principio que debe aplicarse en la valoración de la prueba de acuerdo con los elementales principios de la sana critica, los cuales no se tuvieron en cuenta en la sentencia

Que, por lo anterior, junto con las pruebas recaudadas dan lugar a que la segunda instancia revoque la absolución con relación a esta pretensión y proceda al reconocimiento y pago de la reliquidación de las prestaciones pretendidas, ya que es evidente que al pagársele menos del salario mínimo, mas cuando en muchos de los pedidos como lo reconoció la demandada, no se le pagó porque supuestamente no cumplía con unos topes fijados cuando la misma entidad confiesa que muchos de los pedidos hechos por el dte no lo despachó, que el trabajador tenía derecho por lo menos al smlmv; que ese fue el concepto que se debió haber cancelado y pagado durante su relación laboral, más cuando la prueba de “treinta y pico de años” da cuenta del promedio de la remuneración salarial que devengó el trabajador al servicio de las demandadas.

Que en relación a la absolución por despido se incurrió en una violación sustancial en la sentencia por una interpretación indebida de la norma sustancial específicamente en lo relacionado con el parágrafo del literal a del artículo 62 y 63 del CST, ya que en la norma citada exige que la causal de terminación por el reconocimiento de la pensión se notifique con 15 días de anticipación y las disposiciones legales citadas por el juzgado no refieren ni modificaron en modo alguno ese parágrafo que hemos mencionado y que se encuentra vigente, y que lo que esta probado es que el día 31 de mayo de 2019 le notificaron al dte que la relación iba hasta ese día, se le notificó sin haberle notificación con antelación debida; adicionalmente dice la sentencia que no se demostró que la relación laboral se extendió hasta el 1 de junio, sin embargo, en este proceso se presentó una confesión por parte de uno de los representantes de la demandados quien expresamente lo señaló y después quiso corregirlo lo que generaba por lo menos un pronunciamiento del despacho para decir porque se acogía o porque no, lo cual genera que se revoque la decisión no solo por la violación de la norma citada sino por la indebida valoración de la prueba que se hizo.



Que otra falencia de la sentencia es que la responsabilidad de las sociedades se hizo bajo el argumento jurídico de la solidaridad por tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada, lo que generó argumentos defensivos por parte de los codemandados sin que se hiciera algún pronunciamiento, cuando sabido es que en la sentencia se deben tocar todos los puntos objeto del cuestionamiento o discusión, y aquí simplemente se dijo que como no eran empleadores no tenían ningún tipo de responsabilidad, omitiendo que la vinculación y la pretensión se fijó sobre la responsabilidad que emana por la naturaleza de la responsabilidad limitada de los codemandados. Por lo anterior, solicita se revoque en su integridad la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda”.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de apelación que, en síntesis, obedecen a: que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de un salario mínimo legal mensual vigente teniendo en cuenta la disponibilidad prestada por el trabajador; manifiesta la inconformidad acerca de absolver a los demandados de la indemnización por despido sin justa causa, frente a lo cual refiere que no se tuvo en cuenta las sanciones de que trata el artículo 62 del CST, y por último, que el juzgado dejó de resolver sobre la responsabilidad limitada de los codemandados.

En primer lugar, el recurso objeto de estudio inicia con la inconformidad sobre la decisión que absolvió a los demandados del reajuste salarial, al insistir en que el demandante pese a prestar una disponibilidad permanente a favor del empleador, no recibió como contraprestación el salario mínimo legal mensual vigente.

Nótese lo pretendido en el escrito inicial (fl.89), referido al intento de lograr el pago por el reajuste del salario mensual teniendo en cuenta el producto



de las comisiones, “o en su defecto”, al reajuste conforme al salario mínimo legal mensual vigente del último año de servicios, quedando así fijado el litigio en la oportunidad correspondiente (fl.504), por ende, el recurso formulado contra la sentencia de primer grado, en este aspecto, resulta extraño, en punto de precisar o insistir en que debió declararse que el actor necesariamente tiene derecho al reconocimiento del smlmv, teniendo como sustento que el trabajador siempre estuvo disponible a los mandatos del empleador, y que por tanto, no se puede predicar la ausencia de una jornada laboral.

Para tales efectos, el apelante acude al tenor literal de las cláusulas primera, segunda, quinta, once y catorce del contrato de trabajo suscrito entre el actor y la sociedad ANDECO LTDA, el día 3 de octubre de 1983 (fls.11 a 13) para indicar en síntesis que, el trabajador estaba obligado al cumplimiento de las órdenes, instrucciones y reglamentos que impartiera el empleador, que no podía comercializar productos de su propiedad con clientes de la sociedad contratante, que debía recaudar el dinero de las ventas realizadas, que de acuerdo, a la cláusula decimo primera, estaba sometido al horario que se le ordenará pero “de conformidad con la jornada autorizada por la ley para esta clase de asalariados” y continua diciendo la misma cláusula: “se le asignarán los días que puede emplear en ella, una vez que termine la respectiva correría deberá presentarse a la agencia a rendir el informe correspondiente y prestar los servicios que les sean ordenados de acuerdo con su oficio”, y concluye con el numeral catorce de del contrato indicando que, el demandante debía reportarse cuando se encontrará en correría por lo menos cada tres días por cualquier medio de comunicación de la época.



Lo antes referido, permite a la Sala, conforme las facultades del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, la libre formación del convencimiento, concluir que desde el principio de la relación laboral entre el actor y ANDECO LTDA, el señor Alarcón no necesariamente cumplía un horario de trabajo y menos, estaba obligado a la prestación del servicio en las instalaciones de la demandada como cualquier empleado de la sociedad, sino que, contrario a ello, por la naturaleza de su labor, como era la de las ventas, debía cumplir con sus obligaciones en procura de su gestión comercial, en lugares distintos a la sede de la empresa, de allí, lo consignado en lo pertinente a las llamadas “correrías”.

Ahora, no le asiste razón al apelante al tratar de hacer ver que el actor en todo momento estuvo disponible al servicio de la demandada, para así obtener beneficio de los efectos de una eventual declaración en el sentido que el servicio se prestó en cumplimiento de una jornada laboral, puesto que, por un lado, no aparece probado convenio alguno entre las partes en el entendido que, cuando el trabajador no estuviera atendiendo asuntos comerciales con los clientes de la sociedad, debería entonces permanecer atento a las ordenes del empleador, bien sea en las instalaciones de esta o en otro sitio, por otra parte, debe advertirse que la precitada disponibilidad por obvias razones se da ante el empleador, y no propiamente frente a los potenciales clientes de la empresa, ahora, que el empleado deba concurrir a la atención de aquellos en beneficio de la sociedad comercial, no necesariamente implica que tales encuentros sean producto de ordenes estrictas del empleador, puesto que, como el presente caso, el agente vendedor, tiene la potestad de organizar su agenda de trabajo sin desconocer las obligaciones como trabajador dependiente de la empresa.



En consonancia con lo anterior, si bien el hecho que el trabajador no esté sometido al cumplimiento de un horario de trabajo, situación que supone de por sí, la existencia de una jornada laboral, no quiere decir, ni debe confundirse con el hecho que no haya subordinación, pues si la hay, y en tal orden de ideas resulta lógico y natural, que el empleador deba requerir al trabajador informes sobre su gestión en este caso, comercial, sobre las ventas realizadas por el demandante, pues como más ejerce el empleador la continuada subordinación materializada en la exigencia en el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, y en circunstancias de tiempo, modo y lugar, cantidad de trabajo, aplicación de directrices o reglamentos, sin que ello, implique necesariamente, se reitera, la existencia de una jornada de trabajo delimitada por el cumplimiento de un horario de trabajo, que de darse, generaría la obligación a cargo del empleador en el reconocimiento y pago, por lo menos, de un salario mínimo legal mensual vigente, lo cual, como quedó visto en el presente caso no ocurrió.

Así las cosas, el recurso de apelación no resulta exitoso en lo pertinente a la declaración de una jornada laboral y menos del derecho del actor al pago de un salario mínimo legal mensual vigente, y, por lo tanto, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, en el sentido de absolver a las demandadas de la petición de reliquidación de acreencias laborales.

Por otro lado, frente a la inconformidad sobre la falta de condena por el concepto de indemnización por despido sin justa causa, entiende la Sala que el sustento normativo de la insatisfacción, parte de la premisa jurídica del artículo 62 del CST, en el sentido que, para los casos de los numerales 9° a 15° del literal a) de la referida norma, que para el caso y en lo que



importa a la decisión, obedece al numeral 14, esto es, *“el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”*, para la terminación del contrato de trabajo el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince días.

Conforme lo anterior, conviene advertir al apelante que, para la aplicación del numeral 14 del derrotero de justas causas para la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador conforme el literal a) de los artículos 62 y 63 del CST, no puede ser por medio de una interpretación exegética de la norma y sin que se atiendan criterios auxiliares como es el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, Corporación que ha fijado las reglas que deben considerarse para la terminación del contrato de trabajo, frente a la justa causa de reconocimiento pensional a favor del trabajador que se encuentre al servicio de la empresa, y que para efectos de la decisión, se cita la sentencia SL2509 de 2017, en lo pertinente:

“Las características de la causal de la terminación del contrato por justa causa por reconocimiento de una pensión son: i) Es una causal de terminación de los vínculos laborales de los trabajadores del sector privado y público, ii) El empleador puede utilizarla cuando al trabajador le sea notificado el reconocimiento de la pensión y su inclusión en la nómina de pensionados, iii) El empleador puede hacer uso de ella de modo discrecional, ya que no es de forzoso acatamiento sino una facultad que la ley le brinda, y iv) El empleador cuenta con iniciativa para solicitar y tramitar en nombre de su trabajador la pensión cuando este no lo haga dentro de los treinta días siguientes al cumplimiento de los requisitos para pensionarse.”

Lo anterior quiere decir, que la obligación del empleador de dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días, al tratarse de la causal catorce del literal a) del artículo 62 del CST, o reconocimiento al



trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa, no es de aplicación obligatoria en todos los casos, toda vez que, dicha previsión legal tiene como fin proteger al trabajador y futuro pensionado, para que, entre el momento de la finalización del vínculo laboral y el reconocimiento de la prestación pensional y su consecuente inclusión en nómina de pensionados, no quede desprotegido ante una decisión apresurada del empleador, y con ello se vean afectados los derechos mínimos o subsistencia del empleado.

Luego, no es posible como lo intenta la parte actora en la demanda y ahora con el recurso objeto de análisis, que la inmediatez en la terminación del contrato de trabajo por justa causa deba aplicarse automáticamente al tratarse del reconocimiento pensional al trabajador, ya que si bien, aquella funge como un elemento determinante en la garantía del derecho al debido proceso que le asiste al empleado al que se le finaliza el contrato por haber incurrido en alguna de las causas subjetivas de despido, como lo ha referido la Sala de Casación entre otras, en sentencia, SL3430 de 2021, lo cierto es que, este no es el caso, pues no se trata de uno de aquellos en donde la causal, se insiste, es de naturaleza subjetiva, que implique al empleador de manera inmediata o dentro de un tiempo razonable, una vez este tiene conocimiento de los hechos que dan origen a la finalización del vínculo contractual, tomar la decisión de despedir al trabajador, que de no hacerlo en los plazos referidos, y en tales circunstancias tendría razón el apelante, puesto que se entendería que la presunta falta se condonó o perdonó, y por ende, el despido además de ser injusto, no tendría correspondencia con la justa causa invocada de antaño.



Por lo anterior, en todo caso, la causal que tuvo en cuenta el empleador no es de aquellas que devienen de una conducta negativa del trabajador, que implique urgentes correctivos o sanciones, y por el contrario, el empleador puede hacer uso de ella de manera discrecional, es decir, cuando lo considere necesario, ya que, una vez consolidada la situación pensional del empleado aun vinculado laboralmente, una decisión que conlleve el despido de este último, no vulneraría los derechos laborales del servidor, la cual puede darse inmediatamente con posterioridad a la inclusión de nómina de pensionados, o pasado un tiempo considerable después del reconocimiento de la prestación.

Otro punto de apelación, corresponde a la fecha de finalización del vínculo contractual, aspecto que según la interpretación del apoderado del demandante, debe comprender también el día 1° de junio de 2019; sobre el particular, se tiene que, al interior de la comunicación que obra a folio 75 del plenario de fecha 31 de mayo de 2019, por medio de la cual la demandada ANDECO LTDA informó al actor la decisión de finalizar el contrato de trabajo ese mismo día, también se consignó que, esa determinación sería efectiva a partir del 1° de junio de 2019, es decir, que tal como lo refirió el a quo, para la Sala también es claro, que la data antes mencionada correspondía al primer día posterior a la terminación del contrato, lo cual significa, que no puede entenderse como un día laboral más, por el contrario, si se acogiera la tesis del apoderado del demandante, la conclusión sería que el fin de la relación de trabajo sería el 1 de junio y efectiva a partir del día siguiente, es decir, del 2 de junio de 2019, lo cual en todo caso, no ocurrió.



Por último, sobre la presunta omisión del a quo en resolver sobre la aplicación del artículo 36 del CST, esto es, sobre la responsabilidad solidaria, considera la Sala que no le asiste razón al apelante para insistir en pronunciamiento alguno al respecto, teniendo en cuenta el resultado de la decisión que se confirmará, puesto que es innecesario ahondar en su estudio ante la ausencia de obligaciones que implique determinar las condiciones para el cumplimiento de las condenas, por consiguiente, no se dan los presupuestos necesarios que exige el artículo 287 del C.G.P., en lo pertinente a la adición de providencias judiciales.

En consecuencia, por todo lo antes considerado se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

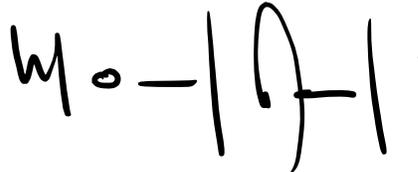
Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 05-2019-0477-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: AMANDA LUCERO FLÓRES
DEMANDADOS: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 05 de octubre de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

ANTECEDENTES

La señora Amanda Lucero Flórez por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que dependía económicamente de hijo el señor Diego Andrés Flórez, y por tanto, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 6 de julio de 2018, y como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las mesadas pensionales a partir de la misma fecha, junto con los intereses moratorios e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, el día 06 de julio de 2018 su hijo sufrió accidente laboral que le ocasionó la muerte; que debido a que dependía económicamente del causante fue que el 27 de diciembre del mismo año solicitó el reconocimiento de la prestación pensional de sobrevivientes, frente a lo cual la demandada contestó negando lo pretendido, al justificar que la demandante devengaba la suma de \$2.407.000, suma que desconoce la actora, al decir que la convocada con ello falta a la verdad; que la actora dependía económicamente de su hijo, en la medida que sus gastos si superan el smlmv, el cual devenga la



demandante; que convivió con su hijo hasta el día de su fallecimiento; que dependía de los ingresos de su hijo, quien suplía sus gastos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó con oposición a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de ocurrencia del accidente laboral y que, conforme el resultado de la investigación administrativa, además revisado el sistema financiero, la demandante tiene ingresos por valor de \$2.047.000, y no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por activa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a pagar a la señora AMANDA LUCERO FLÓREZ una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del afiliado e hijo Diego Andrés Flórez, a partir del 7 de julio de 2018 en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente junto con los reajustes legales y mesada 13 adicional.

SEGUNDO: CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a pagar a la señora AMANDA LUCERO FLÓREZ los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre la prestación reconocida, a partir del 28 de febrero de 2019.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.



CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada. Inclúyase como agencias en derecho la suma de diez (10) smlmv, valor en que se estiman las agencias en derecho.

*El presente fallo queda legalmente notificado en **ESTRADOS** a las partes.*

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Que una absurda conclusión de la ARL llevó a imaginar que la demandante tenía \$2.400.000 de ingresos siendo contraevidente en el proceso, y de allí la condena; que está demostrado la relación de parentesco de madre e hijo, conforme el registro civil de nacimiento, que el causante falleció el 6 de julio de 2018 con ocasión de un accidente de trabajo, que el 27 de diciembre de 2018 presenta reclamación a Positiva solicitando la prestación la cual le fue negada bajo el argumento increíble que la dte devengaba una suma de \$2.400.000. Que quedó acreditada la ayuda del hijo a favor de su señora madre para hacerle una vida más digna a su señora madre, especialmente en cuanto a la cuota del Fondo Nacional del Ahorro.

En cuanto al reconocimiento de la prestación pensional, el artículo 11 de la Ley 776 de 2002 regula pensión de sobrevivientes como consecuencia del accidente de trabajo, que remite al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que a falta de hijos, los beneficiarios lo serán los padres; que la expresión de la norma “total y absoluta” fue declarada inconstitucional mediante sentencia C-111 de 2006, esto es que no es necesario que los padres se encuentren en estado de indigencia para que surja el derecho a esta prestación a favor de los padres; que la sentencia SL3514 de 2018 en la que se indicó que la contribución financiera del hijo no tiene que ser absoluta, en la medida que los ingresos pueden resultar insuficientes para satisfacer las necesidades del padre sobreviviente, pero si debe ser constante y permanente, considerable o significativa. Cada caso particular es diferente y debe establecerse si se dependía o no, dependencia parcial.

En este caso se advierte un error protuberante de la demandada que la llevó a tomar una decisión equivocada, cuando se mira el expediente administrativo aportado por Positiva, archivo 5, página 80, se ve un formato de data crédito en la que hay una columna que dice la expectativa del ingreso de la persona respecto de la cual se hace la verificación de los datos financieros, una expectativa de unos ingresos de \$2.400.000, se desconocen los argumentos de Positiva si es que así resuelve todas las peticiones de pensiones de sobrevivientes y por eso se le negó el permiso de retirarse a la representante legal, los abogados a veces son de comité, de oficinas externas que prestan asesoría, los representantes legales tienen un poco más de conocimiento interno, en el próximo comité Dra. Sandra a ver si revalúan estas posiciones por las cuales Positiva está desgastando la administración de justicia en estos procesos; que hace un llamado de atención fuerte a estas entidades de



**Proceso Ordinario Laboral 05 – 2019 – 0477 – 01 DTE: AMANDA LUCERO FLÓREZ DDO:
POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

seguridad social que no entiende el Despacho como soportan decisiones y no intentan y hacen un esfuerzo mínimo por corroborar una expectativa de un ingreso que fue emitido por una página de data crédito y tener como cierto que la dte, una persona de 3° de bachillerato, que trabaja en casa limpia tiene ingresos de \$2.400.000 eso desborda cualquier sana crítica o razonamiento lógico, frente a una persona de estas características, y que como gana \$2.400.000 pues ahí está, no discute el Despacho que ese informe de la visita domiciliaria tiene imprecisiones e información no creíble, el apoderado de la dte en los alegatos dice que hubo un error de Positiva, pero usted señora Amanda también tuvo la oportunidad de llevar ese documento ante una Notaria, de ver que es lo que estaba plasmando en ese documento, si bien es cierto que hay imprecisiones que también desbordan la sana crítica en los gastos de una madre e hijo, que viven e patio bonito, estrato 2 en Bogotá, y que \$1.350.000 en mercado parece ser desbordado, y no nos llamemos a engaños que esa es la razón de Positiva, que no fue la información indicada por la dte, no fue la conclusión a la que llegaron que la señora Amanda tenía \$2.400.000, una imprecisión de información, llevó a una cadena errores y una valoración totalmente extraña de una central de riesgos, que qué confiabilidad le va a dar a una entidad de seguridad social, fuera que se tratara de un banco y revisara los antecedentes financieros porque va a tomar un crédito eso es otra cosa, pero aquí estamos hablando del derecho irrenunciable a la seguridad social, establecido en el art 48 Superior, eso usted no lo puede decidir con un pantallazo de data crédito, se deben tener elementos de juicio serios y razonables, para tomar una decisión que afecta la vida de la edad y condiciones de la dte, esto no es tomarlo de la manera tan folclórica como lo tomó Positiva, que dejando a un lado el argumento increíble, ilógico e irrazonable de que la dte tenía \$2.400.000 de ingresos, ya dejando a un lado ese argumento, pasa a analizarse que efectivamente madre e hijo devengaban salarios mínimos.

Que al revisar los gastos, resalta el pago del crédito del Fondo Nacional del ahorro, esto es lo que conlleva a la condena prácticamente, esos \$225.000 que se indican allí de pago de cuota deja sin un sustento digno a una persona que devenga salario mínimo lo que hace que ese aporte del hijo genere que la dte no fuera autosuficiente realmente, ese aspecto del Fondo Nacional del Ahorro es lo que deriva y se llega a la conclusión razonable de dicha dependencia económica parcial, si la señora Amanda no tuviera que asumir esa cuota otra conclusión llegaría el Despacho, pero una cuota de ese valor en una casa donde vivía con su hijo, resulta razonable que un grupo familiar compuesto de madre e hijo que devenga el salario mínimo si exista esa correlación económica, esa dependencia más aun, cuando existe una obligación crediticia que pesa y radica sobre el inmueble en el cual vive madre e hijo.

El testimonio de la señora Fanny Moreno parecería un poco extraño sobre la razón y a cuento de qué la vecina está en la casa de la señora Amanda y el hijo le reporta cuanto dinero le deja debajo del mantel o en la nevera, pero ella dijo que no era siempre, que ella ingresaba por el cuidado de una mascota, entonces no es extraño que los vecinos también tengan llaves de sus vecinos más cuando son varios años de relación de vecindad, dependencia económica que fue ratificada por la propia familia, por el cuñado y la hermana de la señora Amanda, quienes tienen mejor conocimiento de los hechos que se debaten en estos casos de pensiones de sobrevivientes, son los familiares quienes tienen acceso directo al hogar, quienes pueden observar una dependencia y cómo funciona la economía familiar entre los integrantes, sobre estos casos también se ha dicho que no espere a que el juzgado encuentre un recibo emitido por una madre a favor de su hijo, eso también es ilógico y vulnera las razones de la sana crítica que se dejen documentos de los hijos como si fueran recibos de



**Proceso Ordinario Laboral 05 – 2019 – 0477 – 01 DTE: AMANDA LUCERO FLÓREZ DDO:
POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

caja menor dirigidos a la madre, las relaciones familiares son espontaneas y los aportes de los hijos hacia sus padres son espontáneos, no median documentos entre ellos, son aportes que como buen hijo y como parte de sustento de la familia ofrecen sus hijos hacia sus padres, entonces tampoco es que se exija una carga documental sobre e recibo de los 300 mil pesos quincenales, o 250 mil pesos quincenales de Diego Andrés a favor de su madre como si fuera una letra de cambio o un recibí de caja.

Que los testigos fueron contestes en que el causante no tenía aficione que le generaran gastos económicos extraordinarios, la tía y la vecina manifestaron que invertía como todo joven en su ropa, estamos hablando de personas asalariadas, tampoco pretendamos que en Colombia con un salario mínimo se hagan maravillas y son muchos elementos de la esfera de un ser humano que este salario mínimo paupérrimo no satisface, tristemente un asalariado en Colombia solo tiene para sobrevivir y quedarse en su casa, nada más, en tal sentido tampoco es extraño, que al causante tampoco se le conoció una pareja que le indicara al juzgado que invertía su dinero en viajes, con su novia, con su pareja, se puede llegar a la conclusión razonable que esos ingresos iban destinados a la economía familiar como una dependencia parcial o como muestra de ello, y no como la simple ayuda del buen hijo.

Que la apoderada de la demandada manifiesta que los testigos son imparciales para que tenga cuidado con esas referencias a futuro, no encuentra el despacho parcialidad, fue espontanea la declaración en cuanto cómo sobrellevaba la economía familiar este núcleo compuesto por madre asalariado e hijo asalariado; nótese que del expediente administrativo se advierte la historia clínica de la señora Amanda, no es una persona que en el 2018 estuviere en buen estado de salud, se observan diagnósticos de bursitis, de rótula, en tal sentido también es razonable concluir que hay gastos médicos en el grupo familiar, que son aspectos que también desconoció por completo Positiva al momento de analizar de esa manera tan pobre este caso particular.

Demostrado el elemento de dependencia económica parcial de la dte frente a su hijo, la fecha a partir del cual se debe reconocer la prestación es a partir del día siguiente al fallecimiento que lo fue el 6 de julio de 2018, y lo será a partir del 7 de julio de 2018 se deberá reconocer la prestación en cuantía de 1 smlmv, que conforme el artículo 12 de la Ley 776 de 2002 sería insuficiente, estamos hablando que por muerte de afiliado sería el 75%, entonces se ajustará al smlmv, junto con la mesada 13 adicional.

Sobre los intereses moratorios de la Ley 100 de 1993, junto con la reclamación y con el mismo estudio que hizo la entidad a través de su contratista fácil era llegar a la conclusión sobre el reconocimiento del derecho pensional a favor de la señora Amanda, no lo hizo así por razones de falta de diligencia al valorar este caso particular, no lo hizo así, conforme la Ley 717 de 2001 que señala que las pensiones de sobrevivientes deberán ser reconocidas dos meses a partir de su reclamación, se encuentra aceptado que la reclamación lo fue el 27 de diciembre de 2018, es decir, que tenía hasta el 27 de febrero de 2019, y como no lo hicieron, a partir de esta última fecha se condenará a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas a cargo de Positiva, inclúyase dentro de la misma la suma de 10 smlmv.



APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

“Interpongo recurso de apelación, es claro que la dependencia de los padres en relación con el hijo para que pueda radicar en aquellos el derecho pensional por la muerte del hijo, no debe ser absoluta, no debe ser total, eso es entendido, pero también es claro que al tener otra fuente de ingresos por parte de los progenitores siempre y cuando esta sea de tal entidad que pasen los padres de subordinados a tener la suficiente solvencia económica que les permita solventar por si mismos sus necesidades pierde razón de ser, la subordinación que pretende ampararla la pensión de sobrevivientes.

Contrario a la conclusión que llegó el juzgado, la reclamante confesó que con los dineros que su hijo le colaboraba asumía servicios y asumía mercado, no hay prueba alguna que con dichos dineros se asumía la cuota para el fondo, inclusive el juez fue reiterativo en preguntarle a la reclamante, a la madre, que si ella era la que pagaba la cuota del fondo o si era su hijo, quien manifestó que ella era la que asumía la cuota, que su hijo le colaboraba con el pago de los servicios, que su hijo le colaboraba con el mercado, resulta incomprensible llegara a tal conclusión, es claro, y en ningún momento Positiva ha dicho que acrediten tal dependencia con facturas, con documentos de cobro, es claro para la entidad que estas ayudas fueron espontaneas pero pues tampoco llegar al punto de asumir que el joven pagaba la cuota o colaboraba para el pago de la cuota cuando su misma madre confesó que estos dineros eran dirigidos para el pago de los servicios y claramente para la alimentación de él, es decir, resulta ostensible, que los dineros proporcionados por el afiliado a su madre era insuficiente para configurar el elemento de dependencia económica exigida por la ley como requisito para configurar el derecho de ella como beneficiaria.

Adicionalmente no se demostró, la ... ¿?, la falta ... compañía de seguros, así mismo, usted resalta dentro de su motivación que efectivamente la señora manifestó dichas afirmaciones, que la señora misma fue acompañada por su hermano y por la entrevistadora a autenticar documentos endilgándole únicamente la culpa a Positiva de una presunta negligencia que no era objeto de la litis y que no se probó, comoquiera que atendiendo el principio de congruencia no era un tema para debatir aquí.

Que debe tenerse en cuenta que los ingresos que ostentó en su momento el joven no tiene razón de ser conforme lo manifestado por su madre, que el joven asumiera 600 mil pesos para los gastos de su hogar, ayuda que también debe ver el juez que era proporcional a los gastos en los que él incurría para su sostenimiento, circunstancia que no fue tenida en cuenta, comoquiera que el despacho de primera instancia asumió que esos 600 mil pesos eran única y exclusivamente dirigidos a la cuota de la casa y a la manutención de la señora Amanda, razón por la cual, que no tiene un fundamento fuerte, ya que no se precisó que dichos ¿? También estaban destinados dirigidos a la manutención del mismo joven, más los servicios que usaba, no se tuvo en cuenta lo que tuvo que sumir este para el transporte, no se tuvo en cuenta los gastos propios de las movilizaciones, de su alimentación en su centro de trabajo, no se tuvo en cuenta nada de esto, es decir, que básicamente el joven trabajaba para pagar la cuota de su casa, de la de su madre y para alimentar a su madre, según lo manifestado por el despacho, que es claro que la ayuda otorgada por el afiliado al margen de que en los términos de esta defensa aliviaba de alguna u otra manera la



**Proceso Ordinario Laboral 05 – 2019 – 0477 – 01 DTE: AMANDA LUCERO FLÓREZ DDO:
POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

situación financiera de su hogar, no resulta significativa o esencial de cara a la totalidad de los gastos e ingresos del núcleo familiar como tal, y por ello considera esta defensa que la sentencia no tuvo en cuenta suficientemente la investigación, la manifestación de la señora Amanda, en qué usaba ese aporte que le entregaba su hijo, que tampoco se tuvo en cuenta que antes de fallecer el joven y actualmente ya la señora no tiene deudas, que la señora ya estaba a paz y salvo con el fondo, que la señora ha logrado cierta estabilidad económica conforme a la autosuficiencia e independencia que le da su salario y su capacidad de trabajar.

Frente a la manifestación que hace el despacho quisiera precisar que no causa extrañeza que una vecina tenga las llaves, no es el punto que se objetó, lo que causa extrañeza es que el joven tenga que dejar constancia, a una vecina de que le deja un dinero a su madre, no tiene razón de ser y es confuso, máxime cuando son ellos dos solos, cuando la confianza es total, porque es frente a su madre, entonces no tiene razón de ser que a su vecina le conste que dejaba estos dineros y que el la llamaba únicamente para dejar constancia que le dejaba ahí a su madre ese dinero.

Que frente a la historia clínica que el juez resalta también debió revisar que la actora accediera a una pensión de origen común, luego entonces en ningún momento el sistema de seguridad social desprotegió a la reclamante; que, frente a los gastos médicos, tal cual como lo dejó expreso y escrito la señora Amanda los gastos era una suma de \$12.000 esos eran los gastos médicos, que ella colocó en la investigación.

Que, sobre las costas, las objetó, como quiera que la responsabilidad omisiva o negligente que fueron las palabras del despacho que se le está imputando a positiva compañía de seguros en ningún momento fue objeto de la litis, segundo, no hay prueba que acredite la presunta negligencia de la compañía y en ningún momento la parte demandante tachó de falso el documento o manifestó la negligencia de Positiva, entonces no tiene razón de ser tal apreciación del despacho y la responsabilidad que se le está imputando, que entonces en ese sentido sostengo el recurso de apelación y se haga un estudio sustentado no solamente de la condena uno y dos relacionadas con la pensión de sobrevivientes y los intereses moratorios, sino también frente a las costas que son superiores a 10 smlmv sustentadas en una presunta responsabilidad por negligencia la cual en ningún momento se acreditó en el plenario”.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada Positiva Compañía de Seguros S.A., de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de apelación que obedecen, en síntesis, a la solicitud para se revoque la sentencia de primera instancia, al no acreditarse la dependencia económica de la demandante respecto de su hijo fallecido; alude que, no hay prueba que acredite que los dineros que recibía la



actora del causante eran destinados a cubrir el pago de la cuota ante el Fondo Nacional del Ahorro, por lo que agrega que, tales sumas son insuficientes para configurar el elemento de dependencia económica exigido por la ley, como requisito para que sea beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada.

También refiere la recurrente que, la presunta negligencia de la demandada calificada así por el juez no fue objeto de la litis; que la demandante en la actualidad se encuentra a paz y salvo con la obligación crediticia ante el Fondo Nacional del Ahorro, y que ella ha logrado cierta estabilidad económica, autosuficiencia e independencia gracias a su salario y capacidad para trabajar.

Respecto de la condena en costas e intereses moratorios refiere que tales decisiones responden a la calificación a la calificación que hizo el juez sobre la conducta negligente y omisiva de la entidad, comportamientos de los que refiere, no hicieron parte de lo debatido en el proceso.

En primer lugar, no se encuentra en controversia el parentesco de la demandante respecto del causante, su hijo, el señor Diego Andrés Flórez, tampoco que este falleció como consecuencia de un accidente laboral el día 6 de julio de 2018.

Por otro lado, le asiste razón al juzgado de instancia al analizar el caso bajo la norma vigente para el momento del fallecimiento del afiliado, esto es, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en concordancia con la Ley 776 de 2002.



El literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 señala que: *“A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste”*, norma de la que la Corte Constitucional mediante sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006 declaró inexecutable la expresión *“de forma total y absoluta”*, es decir, que en lo sucesivo, tal dependencia económica será parcial.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 776 de 2002, norma a la que remite el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, resulta aplicable en este caso, y señala: *“Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario”*.

En tal orden de ideas, procede la Sala a resolver el recurso formulado por la apoderada de la entidad demandada, partiendo de las consideraciones jurisprudenciales al respecto, criterios que se tornan pacíficos al interior de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo, que para acceder a la pensión de sobrevivientes la dependencia de los padres no tiene que ser total y absoluta, y por tanto, pueden recibir ingresos por su propio trabajo o recursos de otras fuentes, siempre y cuando esto no los convierta en autosuficientes. (SL3536-2021).

En el presente caso, y sin perder de vista el principio de consonancia que debe permanecer impérenne, se reprocha la decisión de primer grado principalmente con el argumento referido a la obligación crediticia que el núcleo familiar conformado entre la demandante y el causante, madre e



hijo, tenían ante el Fondo Nacional del Ahorro; nótese que para el a quo, dicha obligación resultó relevante para concluir la dependencia parcial económica de la actora respecto de su hijo.

Comenta la recurrente que en la actualidad el referido crédito se encuentra a paz y salvo con la entidad, circunstancia que no puede derruir la decisión de primera instancia, comoquiera que, los supuestos fácticos que interesan y sirvieron para construir el litigio, corresponden al momento del fallecimiento del señor Diego Andrés Flórez, por consiguiente, la suerte que haya tenido el crédito con posterioridad al deceso resulta irrelevante para el caso.

Sin embargo, con el recurso también se intenta que por parte de la Sala de Decisión se verifique, que la demandante no cumple con los requisitos exigidos para que sea beneficiaria de la pensión de sobrevivientes respecto de su hijo, al considerar que, no logró acreditar que dependiera por lo menos en parte del causante; al respecto, desde ya se advierte que conforme al análisis del acervo probatorio en su conjunto, es válido concluir que los dineros que aportaba el señor Diego Andrés, más que una ayuda, eran el complemento para la subsistencia del núcleo familiar conformado por los dos.

Conforme lo anterior, no resulta de recibo las manifestaciones hechas por la recurrente, al concluir y formular hipótesis desafortunadas, al momento que indica, que los dineros recibidos por el causante eran entregados casi en su totalidad a la demandante para su subsistencia, incluyendo el valor de la cuota del Fondo Nacional del Ahorro, y cuestionando entonces, cómo era que el señor Diego Andrés procuraba su propio bienestar, toda vez que,



por un lado, no se probó que así ocurriera, y por otro, al no desvirtuarse ni ser objeto de apelación que tanto mamá como hijo percibían como salarios montos equivalentes al salario mínimo legal mensual vigente, no resulta extraño ni descabellado que los gastos del hogar tuvieran que ser sufragados y compartidos entre los dos, por consiguiente, el aporte del causante se erige como importante y determinante para la subsistencia de la demandante.

Por otro lado, la recurrente invita para que se revise la afiliación de la demandante al Sistema de Seguridad Social Integral, y que una vez ello, se concluya que la actora podría hacer uso del eventual derecho pensional por su estado de salud, ya que relaciona los gastos médicos en los que ella incurre y que se sufragaban con el presupuesto que su hijo destinaba para tales fines, frente a lo cual, cabe considerar que en este punto tampoco resulta acertada su inferencia, comoquiera que, la incompatibilidad entre dos pensiones otorgadas por los regímenes común y laboral solo se presenta cuando éstas tienen origen en el mismo evento (SL1954-2019), y por tanto, aun en el caso que se acreditara, por ejemplo, que la actora pudiera alegar su derecho pensional por el riesgo de vejez, ello no sería óbice para que las pretensiones prosperaran al interior de las diligencias.

Por otra parte, téngase en cuenta el alcance y términos de la respuesta que brindó la entidad demandada en sede administrativa a la actora con fecha 27 de febrero de 2019 (fl.23 y 24), por medio de la cual negó el derecho pensional, y que en síntesis, obedecen a: que la señora Amanda Flórez no dependía económicamente del causante al evidenciar que, “ *de acuerdo con las consultas al sistema financiero que ha acreditado ingresos por valor de \$2.407.000 suma que alcanza cubrir los gastos que en vida del causante*



ascendían a la suma de \$2.271.328, teniendo en cuenta lo anterior, la reclamante no requería de los aportes de su hijo para su sostenimiento. La reclamante tiene garantizada la vivienda y la salud. El causante no dejó hijos y era soltero sin unión marital de hecho”.

De la respuesta anterior, se logra extraer varios elementos de juicio; primero, que si bien la entidad reconoció que en virtud del vínculo jurídico de afiliación del causante al Sistema de Riesgos Laborales, este era beneficiario de las prestaciones que ese sistema le brindaba, y que su deceso fue con ocasión a un evento accidental de origen laboral acaecido el día 6 de julio de 2018, lo cierto es que, de todas maneras, los argumentos que sirvieron para negar la prestación son distintos a los que la entidad intentó demostrar al interior del presente proceso, y que incluso la apoderada refiere e insiste en uso del recurso de apelación, esto es, no en el monto de los presuntos ingresos anotados en la respuesta anterior, sino en apreciaciones que llegan al punto de ser subjetivas y sin fundamento probatorio alguno, relacionadas con la administración y destinación de los recursos que ingresaban al núcleo familiar conformado por la demandante y el causante.

En segundo lugar, si la demandada obtuvo como resultado de la investigación interna que la actora devengaba alrededor de la suma de \$2.407.000, por lo menos debió considerar los medios probatorios que le conllevaron a tal conclusión, los cuales, por demás, brillan por su ausencia en el expediente, y es allí donde el juez dentro de las facultades que le permite el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, para formar su propio convencimiento, determinó que la conducta de la convocada fue negligente para acreditar el fundamento que le sirvió para negar el derecho



pensional a la promotora del litigio, sin que para su deducción tenga que haber hecho parte de la fijación del litigio la calificación omisiva de la entidad, como erróneamente lo considera la apelante.

Por último, frente a la condena en costas e intereses moratorios señala la recurrente la improcedencia de la condena por estos conceptos al reiterar que la conducta negligente u omisiva no fue objeto de la litis, tema que ya se quedó resuelto antes, no obstante, cabe recordar que las obligaciones por estos no revisten una naturaleza sancionatoria, puesto que, para el caso de las costas de acuerdo al artículo 365 del CGP *se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*, y según el numeral 5° del artículo *ibidem* el monto de las agencias en derecho sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, trámite que es propio del juzgado de instancia, y por tanto, esta no es la oportunidad procesal para la discusión de su monto.

Y en lo concerniente a los intereses moratorios, estos son de connotación resarcitoria, y proceden en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, demora injustificada que tuvo lugar en este caso, obligación a cargo de la demandada que también se confirmará ante la improsperidad del recurso objeto de estudio, teniendo en cuenta que la reclamación fue elevada el 27 de diciembre de 2018, por lo que contaba con dos meses tal como lo prevé la Ley 717 de 2001 para acceder al reconocimiento pensional y no lo hizo.

En consecuencia, por todo lo antes considerado se confirmará la decisión de primera instancia.



Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

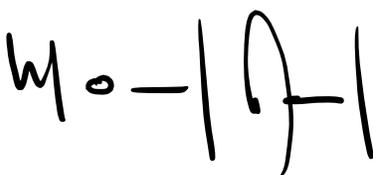
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado




LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 05-2019-574-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GERMÁN EDUARDO CASTRO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 7 de octubre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandada Colpensiones y las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor GERMÁN EDUARDO CASTRO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la anulación por ineficacia del traslado que efectuara al RAIS por falta al deber de información, ordenando su traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiera trasladado al RAIS; como consecuencia de tal declaración solicita se ordene a Colfondos a realizar el traslado de todos los dineros que recibió durante el tiempo de su permanencia en dicha administradora,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMÁN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

incluidos los gastos de administración, solicita en caso de reconocerse derecho pensional a su favor durante el trámite procesal, se ordene a la AFP en mención seguir asumiendo el pago de las mesadas pensionales a que haya lugar hasta que se haga efectivo su traslado a Colpensiones, condenando en costas a las demandadas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió para los riesgos de IVM al entonces ISS desde el 11 de septiembre de 1981 al 25 de febrero de 1987, que igualmente cotizó a la Caja de Previsión Social del Distrito entre 1987 a 1994 y luego retornó a efectuar cotizaciones al ISS, que como consecuencia de la publicidad mediante la cual se promovían los fondos del RAIS, el 15 de febrero de 2005, tomó la decisión de trasladarse a Colfondos S.A., y quien promovió su afiliación en dicha oportunidad no le suministró un información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las consecuencias de trasladarse a dicho régimen, ni las prestaciones económicas que obtendría en este respecto a las brindadas por el RPM, que tampoco se le entregaron proyecciones o comparativos del valor de su mesada pensional en ambos regímenes, ni se le informó cuánto capital requería para acceder a derecho pensional en el RAIS en un monto similar al del RPM.

Indica que tampoco se le indicó las condiciones para pensionarse de manera anticipada, ni respecto de la negociación de su bono pensional, como tampoco de la posibilidad de transmitir por muerte los aportes realizados en el RAIS, ni que tenía derecho a retractarse de dicha decisión de traslado, lo que torna ineficaz su traslado.

Refiere por último que solicitó ante Colfondos S.A., los documentos con los cuales se promovió su afiliación y los mismos no fueron suministrados, que ante Colpensiones solicitó la anulación de traslado, entidad que emitió respuesta negativa al respecto, lo propio realizó ante Colfondos, entidad que de igual forma negó su solicitud, por lo que actualmente se encuentra cotizado a Colfondos S.A.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMÁN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 18, 19 y 25 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, inexistencia del derecho para regresar al RPM, falta de causa para pedir, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad, buena fe y compensación, prescripción, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 de la CP.

Por su parte COLFONDOS S.A., se allanó a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 4, 16 y 20 y manifestó no constarle los demás; no propuso excepciones de mérito.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad realizado por el señor GERMÁN EDUARDO CASTRO FAJARDO a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: Se ACEPTA el allanamiento de las pretensiones de la demanda realizado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, siendo este eficaz.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., a que traslade a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

CUARTO: SIN COSTAS para las partes.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que el artículo 98 del CGP indicaba que la parte demandada podía allanarse a las pretensiones caso en el cual, el juez podría rechazar el mismo, cuando advirtiera fraude, colusión o alguna situación similar, debiendo proferir sentencia o continuar el trámite procesal en caso de haber más de un demandado, que para el caso



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMÁN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

bajo estudio el allanamiento presentado por Colfondos, se encontraba dentro de las facultades conferidas por esta última a su apoderado, conforme escritura pública contentiva de poder arrimada al proceso, siendo el allanamiento eficaz ya que no se advertía fraude o colusión, y como quiera que Colfondos aceptaba que no le brindó al demandante la información requerida en el acto de traslado, esto es, no se le pusieron de presente las ventajas y desventajas que le acarrearía dicho traslado de régimen, ni se le presentaron proyecciones de su situación pensional, tal afirmación resultaba suficiente para concluir que el traslado del régimen del actor, era ineficaz.

Indicó que si bien Colpensiones no se había allanado a las pretensiones, la consecuencia de la ineficacia era que las cosas retornaban a su estado inicial, esto es, que no se había trasladado a Colfondos en el año 2005 y si bien se probó que el actor había realizado aportes a la Caja de Previsión del Distrito, las entidades de esta naturaleza se liquidaron y sus afiliados pasaron al ISS hoy Colpensiones, aunado a que de la historia laboral del actor allegada por esta última, se determinaba que al momento del traslado al RAIS, el actor se encontraba afiliado al ISS, debiéndose entonces declarar la ineficacia del traslado, con el consecuente traslado de aportes con destino al RPM.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, indicó que dicha entidad no había tenido injerencia en el traslado realizado por el señor Germán, debiéndose tener en cuenta que lo resuelto en la sentencia afectaba la capitalización del fondo poniendo en riesgo las pensiones de las pensiones de aquellas personas que durante toda su vida laboral se han realizado aportes al RPM, afirmación que encontraba sustento en la sentencia T- 489 del 2010; al igual se debía tener en cuenta que esta entidad se encontraba vinculada al proceso de forma residual pues era a Colfondos a quien el correspondía probar el suministro de la información al actor en el acto del traslado, y los efectos de dicha omisión no podían ser endilgados a Colpensiones, estando ante un allanamiento por parte de Colfondos, de igual forma Colpensiones era un tercero en el acto jurídica y conforme al principio de relatividad jurídica no era dable que saliera



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMÁN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

desfavorecida por un negocio jurídico que tuvo lugar únicamente entre el señor Germán y Colfondos S.A.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor GERMÁN CASTRO FAJARDO, se circunscribe a la declaratoria de anulación por ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito en con Colfondos S.A., el 25 de mayo del año 2005, como se verifica de copia del mismo, allegada por esta última en expediente digital.

En este orden, se tiene que como quiera que se alega la falta al deber de información en el acto de afiliación por parte de la AFP, dicha circunstancia impone como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, que lo pretendido, se estudie bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Es así como dicho deber de información ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de nuestra corporación de cierre, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMÁN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Germán Castro, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2005; por lo que se debe dar por demostrado que Colfondos S.A., faltó al deber de información pues debió



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMÁN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, omisión que fue aceptada en el trámite procesal por esta demandada quien señala en su escrito de allanamiento a las pretensiones incoadas por el actor que no cuenta en sus archivos con soportes que den cuenta del suministro de la información en los términos señalados.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMÁN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de Colpensiones en sus alegaciones, según la cual, para la fecha de traslado del actor a las administradoras del RAIS, no le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993,

Ahora, contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMAN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Sobre este punto, se observa que el juez de primer grado, no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración durante la permanencia del demandante como afiliado a Colfondos S.A., aspecto en que se deberá **modificar** la sentencia de primer grado, atendiendo a que tales gastos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

De otra parte, el hecho de que el demandante al momento de su traslado, no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones en sus alegaciones para que este acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMÁN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera y contrario a lo afirmado por esta demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado.

Por último y si bien Colpensiones indica en su recurso que es un tercero en este trámite por cuanto no intervino en el acto de afiliación del actor al RAIS, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento y lo reiteró la decisión de primer grado, uno de los efectos de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado inicial, que para el caso del actor se traduce en que su traslado al RAIS se repute inexistente, esto es, siempre estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, razón por la cual no es dable exonerarse de los efectos de la ineficacia que tuvo lugar para el caso del actor.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2005**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone también la **modificación** del numeral PRIMERO de sentencia recurrida para en su lugar declarar la **ineficacia** del traslado pensional allí descrito, conforme las consecuencias a la falta del deber de información que como se señaló al inicio de este pronunciamiento, se abordan bajo la óptica de la ineficacia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMÁN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de sentencia recurrida en el sentido de declarar la **ineficacia** del traslado pensional allí descrito realizado por el demandante en el año 2005, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración**, durante la vigencia de la afiliación de la demandante al RAIS.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900574-01 Dte: GERMÁN EDUARDO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 07-2019-0663-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: OSCAR EDUARDO TORO MONDRAGON

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

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 07 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de noviembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto.



ANTECEDENTES

El señor Oscar Eduardo Toro Mondragón por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que la UGPP es la sucesora pensional de la ARL POSITIVA en el caso del actor; que ingresó a laborar para la empresa Toro Mondragón Asociados LTDA, en el cargo de jefe de mercadeo el 25 de septiembre de 1997, que el salario reportado para la afiliación al Sistema de Riesgos Laborales correspondió a \$1.300.000, que la UGPP debe allanarse a la mora respecto del periodo que cotizó la empresa por debajo del valor reportado en el formato inicial; que al demandante le fue reconocida una prestación económica por accidente laboral por la suma mensual de \$496.900 a partir del 24 de 2009; que se declare que el IBC para el periodo de septiembre de 1997 fue de \$60.000 por 6 días reportados, y que para octubre de igual año de \$1.040.000 por 30 días reportados, para noviembre de \$\$1.300.000 por 30 días, para diciembre de \$1.000.000 por 30 días, para enero de 1998 de \$1.540.000 por 30 días, para febrero el mismo valor por 28 días, que se declare que el IBL promedio para los 6 meses posteriores al accidente laboral es de \$1.285.000; que adquirió status de pensionado el 28 de septiembre de 1997 y que a partir de esta fecha la UGPP debe reconocerle pensión de invalidez con un IBL de \$1.300.000, condena que solicita y subsidiariamente para que el IBL corresponda a \$1.285.000, junto con el pago de intereses moratorios e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 11 de enero de 1976, que ingresó a laborar con la empresa Toro Mondragón Asociados LTDA en el



cargo de jefe de mercadeo, que fue afiliado ante el Instituto de Seguros Sociales, que sufrió accidente laboral el 28 de septiembre de 1997, dice que el incidente fue calificado como accidente laboral mediante dictamen 14899337 del 22 de julio de 2008 por la Junta Nacional de Invalidez, que mediante acto administrativo N°749 del 24 de marzo de 2009 POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS reconoció prestación económica de pensión de invalidez a favor del actor en cuantía de \$496.900, equivalente al salario mínimo mensual vigente para el año 2009 de conformidad al dictamen antes referido, que conforme la certificación que entregó Positiva Compañía de Seguros, el actor fue afiliado teniendo como salario la suma de \$1.300.000, valor respecto del cual debe ser liquidada la prestación y no como se hizo en un smlmv.

Que el 8 de febrero de 2019 solicitó ante Positiva a fin que se reliquidara la prestación pensional; que conforme el Decreto 1437 del 30 de junio de 2015 y la Ley 1753 de 2015, la competencia para decidir su petición fue trasladada a la UGPP, entidad de la que refiere recibió la petición el 22 de febrero de 2019; que la UGPP mediante RDP 019443 del 27 de junio de 2019 negó las peticiones sobre la reliquidación pensional; que ni el ISS ni POSITIVA realizaron acciones de cobro al empleador; que al interior de la misma Resolución se indicó que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor era de 51.85%; que conforme los valores de los que se pretende la declaración del aporte para los periodos correspondientes, la UGPP liquidó la prestación con el promedio de los salarios de los últimos 6 meses y una tasa de reemplazo del 60%, afirmando que por ello no hay lugar a la reliquidación.

Que conforme la historia laboral expedida por Colpensiones del 31 de mayo de 2017, los salarios base de cotización de octubre de 1997 hasta mayo de



1998 no corresponden a los enunciados por la UGPP en la Resolución RDP 019443 del 27 de junio de 2019, refiere que el IBL debe corresponder a \$1.285.000 para el año 1997; que al aplicar una tasa de reemplazo del 60% al IBL que debe corresponder, arroja como mesada inicial de \$771.300 para el año 1997, cantidad que no reconoce, que en las planillas de pago de aportes no se relaciona el verdadero salario con el que fue afiliado el actor en el año 1997.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada UGPP contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados en los numerales 1, 9, 10, 23 y 26 a 28 y manifestó no constarle ni aceptar los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación por falta de cumplimiento de los requisitos legales; prescripción, e imposibilidad de condena en costas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor OSCAR EDUARDO TORO MONDRAGON.

SEGUNDO: Se declaran probadas las excepciones propuestas por la UGPP.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante OSCAR EDUARDO TORO MONDRAGON y las agencias se tasan en \$600.000.



CUARTO: Remítase en CONSULTA.

Notificados en **ESTRADOS**

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado al señalar lo siguiente:

“Que la UGPP se opone al reconocimiento de la reliquidación de la pensión, ya que el IBL para cuando ocurrió el accidente fue de 60 mil pesos por 6 días laborados, para el mes de octubre \$172.005 por 31 días, noviembre \$1.300.000 por 30 días, dic \$300.000 por 31 días, enero y febrero de 1998 \$1.540.500 por 30 días cada uno, por tanto, la pensión le corresponde es el smlmv como se liquidó por parte de esa entidad, Positiva en su momento.

Que a folio 16 obra resolución 0749 del 29 de marzo de 2009 a través de la cual Positiva Compañía de Seguros S.A., le reconoció pensión de invalidez al dte conforme los artículos 9 y 10 de la ley 776 de 2002, al tener una pérdida de capacidad laboral determinada en 51.85% por accidente de trabajo del dte, que el pago de las mesadas era por el smlmv, ingresado en la nómina de abril, pagadero en mayo de 2009, en el banco popular de Cartago. Que a folio 23 obra formato de afiliación del dte, teniendo como ingreso mensual \$130.000, que el formulario está recortado, por lo que no es claro o preciso el ingreso mensual de ese entonces de ese formulario; que a folio 24 y 26 reporte de semanas cotizadas al ISS en donde los valores de IBC fueron: para sep de 1997 \$60.000, octubre \$1.040.000, nov \$1.300.000, dic \$1.000.000, enero de 1998 \$1.540.000; folios 42 a 45 copia de la resolución rdp014443 del 27 de junio de 2019 en la que se niega la reliquidación de la pensión de invalidez al demandante, al referir que al revisar el reporte de semanas con fecha de impresión junio de 2006 y la pagina de bonos del Ministerio de Hacienda se puede evidenciar que para sept de 1997 el IBL fue de \$60.000 por seis días trabajados, que en oct IBC de \$172005 y los demás IBC antes citados, que al peticionario le fue liquidada la prestación con el promedio de lo cotizado en los últimos 6 meses y una tasa de reemplazo de 60% por tener una pcl de 51.85%.

Que al pensionado se le aplicó lo normado en el art 9 del Decreto 1295 de 1994 y los artículos 9 y 10 de la Ley 776 de 2002; que no se encuentra en discusión el porcentaje de pcl del dte, tal como lo reconoce la UGPP, y por lo tanto es una persona declarada invalida, lo que es objeto de discusión es el IBL, que según el dte debe tenerse en cuenta el promedio de lo cotizado durante los 6 meses posteriores a la ocurrencia del accidente que corresponde a \$1.300.000 según su dicho, la UGPP alega que el IBL tenido en cuenta para liquidar la prestación fue el cotizado en el momento del accidente o antes del accidente, esto es, en el mes de septiembre de 1997 teniendo en cuenta que el dte tenía escasos días de estar laborando en la empresa y de haberse afiliado a riesgos laborales el cual correspondió a \$60.000, y que por lo tanto la prestación fue reconocida en cuantía del smlmv de cada año y para el reconocimiento dio aplicación a los artículos 9, 10 y 20 de la Ley 776 de 2002 y del Decreto 1295 de 1994; que el art 20 del Decreto 1295 de 1994 disponía en



**Proceso Ordinario Laboral 07 – 2019 – 0663 – 01 DTE: OSCAR EDUARDO TORO MONDRAGON
DDO: UGPP**

virtud de la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional sentencia C-1152 del 2005 que el promedio del ingreso base para liquidar las prestaciones económicas previstas en ese decreto de las pensiones por invalidez para accidentes de trabajo es el promedio de los 6 meses anteriores o fracción de meses si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior a la base de cotización declarada inscrita en la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado.

Que la norma aplicable en este caso sería el Decreto 1294 de 1994 por cuanto la fecha de estructuración de invalidez fue el 28 de sept de 1997, sin embargo, dicha norma dispone que para liquidar la pensión de invalidez el IBL corresponde al promedio de los 6 meses anteriores o fracción de mes, el legislador quiso y mantiene la posición que los valores por los cuales se liquida las pensiones de invalidez sean con cotizaciones anteriores a la fecha del accidente, esto, porque precisamente la forma de liquidar ese IBC para esa prestación con los meses anteriores a la ocurrencia del siniestro es una garantía de transparencia en su liquidación, toda vez que, tomar IBC posteriores del siniestro generaría una situación consumada y cierta sobre el suceso que es asegurado a través de los riesgos laborales como es el accidente de trabajo y no ofrece una garantía en el manejo de esos valores cotizados, es decir, que el empleador puede claramente manipular los valores de cotización que se generen con posterioridad al accidente de trabajo que genera esa invalidez lo cual la legislación no consagra ni permite.

Que a folio 23 se aportó a folio 23 el formato de afiliación, con IBC de \$130.000 pero ese formulario parece recortado, por lo que no es claro el ingreso mensual consignado allí, que la UGPP aportó el expediente administrativo dentro del cual se encuentra el mismo formulario en donde figura como ingreso mensual la suma de \$300.000 que se acompasa más con la realidad porque habiendo laborado 6 días, se pagó la suma de \$60.000 que corresponde a la cifra mensual de 300 mil pesos si hubiese laborado el mes completo, que el despacho a fin de verificar la existencia de la empresa Toro Mondragón para efectos de vincularla para poder tener claridad sobre el salario devengado por el actor al momento del accidente, ordenó que se aportará el certificado de cámara de comercio el cual fue aportado, en donde se evidencia que la empresa se encuentra en estado de disolución y por lo tanto no se dispuso su vinculación.

Que verificada la historia laboral del actor y teniendo en cuenta lo narrado se encuentra que para el mes de sept de 1997 el IBL a través del cual se realizó el aporte fue la suma de \$60.000 por 6 días que corresponden a \$300.000 mensuales; con fecha anterior al accidente de trabajo no se encuentran valores distintos de cotizaciones y si bien las cotizaciones posteriores efectivamente son por valores muy superiores lo cierto es que sobre esos valores no hay lugar a efectuar la liquidación que se pretende, pues la norma aplicable, en este caso, corresponde a cotizaciones generadas con anterioridad al accidente de trabajo, a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, que como consecuencia se tendrá en cuenta y se tiene en cuenta es el IBC reportado para la fecha de estructuración de la invalidez que lo fue por \$60.000 suma inferior al smlmv por lo tanto el valor de la pensión corresponde a este para cada año, como lo reconoce la ARL Positiva hoy la UGPP encargada y demandada dentro de este proceso, por lo tanto se absolverá de todas las pretensiones incoadas por el dte en su contra. Costas a cargo del dte, agencias \$600.000 a favor de la UGPP.



APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Interpongo recurso de apelación para que se revoque la sentencia; que no se le puede exigir al afiliado que cotice previamente a una vinculación laboral, previamente cuando ingresa por primera vez al sistema general de protección social en lo atinente a riesgos laborales, este accidente de trabajo acaece con la primera vinculación laboral de mi poderdante, no había tenido relación laboral alguna al momento que ocurre el accidente, por lo tanto, no es aceptable exigir a los afiliados cumplir con un requisito cuando no han tenido la oportunidad de cumplirlo, de igual forma, el artículo 20 del Decreto 1295 de 1994 prevé situaciones como la que le ocurrió al demandante pues si bien por regla general lo que se tiene en cuenta es el promedio de los 6 meses anteriores, tiene en el litera a, que si el tiempo laborado en la empresa fuera inferior a la base de cotización declarada inscrita en la entidad de riesgos profesionales se tendrá en cuenta el promedio de los 6 meses siguientes, de igual forma, no debe desconocerse que el ingreso base de cotización o bueno, el salario que se pactó entre mi representado y la empresa para la cual trabajaba fue de \$1.300.000, que si bien, el salario reportado en el mes posterior a la ocurrencia del accidente de trabajo que devino en la calificación de invalido fue significativamente baja a lo pactado eso no corresponde a una circunstancia endilgable al actor y no tiene que soportar las cargas de dicha circunstancia, de igual forma, la entidad encargada de hacer las gestiones para el cobro y para proceder al allanamiento a la mora nunca hizo las gestiones necesarias y suficientes para obtener una correcta liquidación de los aportes del actor, conforme lo anterior, solicito se revoque la sentencia, y se condene a las entidades demandadas a hacer la reliquidación de la mesada pensional del actor”.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y el punto de inconformidad, que, en síntesis, corresponde para que se tenga en cuenta, a afectos de reliquidar la prestación de invalidez que disfruta el actor, el promedio de lo cotizado en los 6 meses siguientes a la fecha de estructuración, esto es, el 28 de septiembre de 1997.

En el presente caso se tiene que, principalmente se solicita la reliquidación de la pensión de invalidez teniendo como Ingreso Base de Liquidación el



promedio de 6 meses posteriores a la fecha de estructuración, esto es, el 28 de septiembre de 1997, lo anterior obedece a que, a escasos días de haber sido vinculado laboralmente acaeció el accidente laboral.

Conforme la Resolución N°RDP019443 del 27 de junio de 2019, mediante la cual, la UGPP negó la reliquidación de la pensión de invalidez, se pudo establecer que, el actor fue afiliado al Sistema de Riesgos Laborales el 25 de septiembre de 1997, que el accidente laboral ocurrió el día 27 de igual mes y año; que la fecha de estructuración se determinó para el 28 de septiembre de 1997, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 51.85%.

Es así como, la norma aplicable al caso lo es el Decreto 1295 de 1994, que para determinar el Ingreso Base de Liquidación el artículo 20 preveía, lo siguiente:

“Artículo 20. Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas previstas en este Decreto:

a. Para accidentes de trabajo

El promedio de los seis meses anteriores, o fracción de meses, si el tiempo laborado en esta empresa fuese inferior a la base de cotización declarada e inscrita en la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado.

b. Para enfermedad profesional

El promedio del último año, o fracción de año, de la base de cotización obtenida en la empresa donde se diagnosticó la enfermedad, declarada e inscrita la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado.”

Valga aclarar que, la norma antes citada, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1152 del 2005, 11 de



noviembre de 2005, no obstante, como se indicó, resulta ser la norma aplicable al caso al estar vigente para el momento del acaecimiento del accidente de trabajo, y de la configuración de la fecha de estructuración, esto es, para el mes de septiembre de 1997.

Es así que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral se ocupó del análisis en punto a la determinación del Ingreso Base de Liquidación, en el marco de la pensión de invalidez de origen laboral conforme el Decreto 1295 de 1994, en la sentencia con radicación 12723 del 7 de marzo de 2000, M.P. Luis Gonzalo Toro Correa, en la que se dijo, lo siguiente:

“El ingreso base de liquidación – corresponde al promedio de los seis meses anteriores o fracción de meses si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior de la base de cotización declarada e inscrita en la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado – invalidez a causa de accidente”

En este orden de ideas, le asiste razón tanto a la entidad demandada como al juzgado de instancia al negar la mentada reliquidación de la pensión de invalidez del actor, puesto que, del expediente administrativo se desprende que, para el periodo de septiembre de 1997, el actor contaba con un IBL de \$60.000 por seis días trabajados, es decir, que ello resulta concordante con lo que se observa en el formulario que aportó la UGPP al trámite, esto es, que para la misma fecha aparece como ingreso mensual \$300.000, por consiguiente, a Positiva Compañía de Seguros en su momento, lo quedaba otra alternativa que reconocer la mesada inicial en cuantía equivalente al smlmv para el año 2009, mediante la Resolución N°0749 de 2009.



Con todo, no es posible acceder a lo pretendido por la parte demandante, en el sentido que la pensión de invalidez que actualmente disfruta sea reliquidada teniendo en cuenta el Ingreso Base de Liquidación respecto de lo cotizado durante los 6 meses posteriores a la fecha de estructuración, comoquiera que, por un lado, el artículo 20 del Decreto 1295 así no lo dice, y por otro, tampoco hay legislación que así lo permita, situación permite entender la ausencia de fundamento jurídico distinto en la demanda.

En consecuencia, conforme lo considerado se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

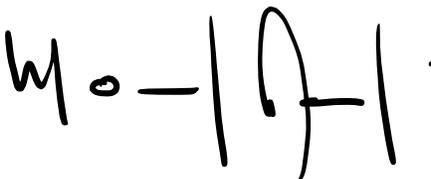
Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07-2019-200-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ERNESTO SAIZ SANTOS

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Linda Vanessa Barreto, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 1 de octubre de 2020 proferido por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor ERNESTO SAIZ SANTOS, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada a

efectuar reconocimiento y pago de pensión de vejez a su favor prevista en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, junto con retroactivo, intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la misma Ley e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 9 de mayo de 1957 y empezó su vida laboral en el año de 1973 con el empleador inversiones Gremar, que a 1 de abril de 1994 contaba con más de 20 años de servicio y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 conservó el régimen de transición, razón por la cual su pensión se deber reconocer bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, ya que para julio de 2005 contaba con 1543 semanas cotizadas al ISS, debiéndose reconocer la prestación a su favor a los 60 años de edad y con una tasa de reemplazo del 90%, que el 17 de agosto de 2018 agotó reclamación administrativa ante Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 8, negó los No. 3 y 7 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración al pago de intereses moratorios e indexación y no procedencia de condena en costas en entidades administradoras de seguridad social de orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO *negar las pretensiones del señor demandante Ernesto Saiz Santos, conforme lo expuesto en la parte motiva, declarando probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, contra esas pretensiones.*

SEGUNDO *Declarar que el señor Ernesto Saiz Santos cumple con las condiciones del artículo 9 de la ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez, conforme a lo expuesto*

TERCERO *Condenar a Colpensiones a pagar a favor del demandante, como primera mesada pensional la suma de \$1.577.604, la cual se encuentra debidamente indexada a*

partir del 10 de mayo del 2019, junto con su mesada adicional del mes de diciembre de cada año

CUARTO *la pensión deberá incrementarse año a año, según la variación porcentual de índice de precios al consumidor certificados por el DANE para el año el año inmediatamente anterior y se autorizan los descuentos legales para el sistema de seguridad social en salud, a favor de la EPS donde se encuentra afiliado el señor demandante*

QUINTO *sobre excepciones propuestas, el despacho declara probados los medios exceptivos propuestos por Colpensiones en su contestación respecto a las pretensiones de la demanda.*

SEXTO *no hay lugar a condena en costas a ninguna de las partes*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que la Ley 100 de 1993 consagró en el artículo 36 el régimen de transición según el cual la para la para acceder a la pensión de vejez continuarán 55 años para las mujeres y 60 para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementaría dicha edad pasado a 57 para las mujeres y 62 los hombres, exigiendo igualmente que eran beneficiarios del mismo las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres y 15 o más años de servicios cotizados; que para el caso del actor de copia de documento de identidad allegado, se determinada que a 1 de abril de 1994 contaba con 36 años de edad, determinándose así que no acreditaba este requisito para considerarse beneficiario del régimen de transición, en cuanto a los 15 años de cotización, del reporte de semanas allegado por la demandada, se determinaba que entre el 22 de noviembre de 1973 y desde dicha data y hasta el 1 de abril de 1994 contaba con 776,86 semanas de cotización equivalentes a 15 años 10 meses y 8 días tiempo, acreditándose el requisito de tiempo cotizado; señaló que en lo que tenía que ver con la permanencia al régimen de transición hasta el año 2014, era claro que no cumple con lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005, según el cual el régimen de transición expiraba el 31 de julio de 2010 excepto para los trabajadores que estando en el mismo, tuvieran al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del mismo, a quienes se les mantendría dicho régimen hasta el año 2014; así las cosas que habiéndose la norma constitucional establecido el término final del régimen de transición hasta el 31 de diciembre del 2014, para dicha data, el demandante no había cumplido con el requisito de edad exigido por el régimen de transición modificado por la norma constitucional en cita, debiendo haber alcanzado los 60 años antes del 31 de diciembre del

2014 para el disfrute de la pensión cuyo reconocimiento deprecia; cuestión que había sido puesta de presente por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corporación que había señalado que quienes no alcanzaran los requisitos para acceder a derecho pensional bajo el régimen de transición antes del 31 de diciembre de 2014, solo podrán adquirir su derecho de acuerdo con las lineamientos de la ley 797 de 2003.

Así las cosas y como quiera que el señor Saiz, a 31 de diciembre de 2014 tenía 57 años 7 meses y 22 días de edad no cumplía con los requisitos consagrados en la norma en el Acuerdo 049 de 1990 y por ende con base en dicha norma no tiene derecho a la pensión de vejez que bajo el régimen de transición; indicó que sin embargo en aplicación del artículo 50 del CPTSS y como quiera que se encontraban reunidos los requisitos para que al demandante le fuera reconocida la pensión de vejez prevista en la ley 797 del 2003, normatividad que exige el cumplimiento de los 62 años de edad para el hombre y 1300 semanas en el año 2015, se tenía que para el 9 de mayo de 2019, el demandante contaba con contaba con los 62 y un total de 1944.86, dejando de cotizar al sistema el 1 de febrero del 2017, debiéndose condenar a la demandada a reconocerle pensión de vejez a partir del 10 de mayo de 2019 en la aplicación a la ley 797 del 2003, por cumplir los requisitos establecidos para ello, prestación que se debía liquidar con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, liquidación que le era más favorable a sus intereses, hallándose un IBL de \$ 1.836.133 y correspondiéndole una tasa de reemplazo del 80% conforme lo previsto en el artículo 34 ley 797 de 2003, teniéndose como primera mesada pensional la suma de \$1.468.907, que indexada corresponde a \$1.577.604.

En cuanto a la excepción de prescripción señaló que conforme a la decisión del despacho en uso de las facultades ultra y extra petita, el reconocimiento pensional operaba a partir del 10 de mayo del 2019, no cumpliéndose los requisitos para la prosperidad de la excepción de prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

Señaló la parte **demandante** no era adecuada la interpretación que le daba la decisión al Acto Legislativo 01 de 2005 frente al caso del demandante y la jurisprudencia citada en la demanda, siendo prudente recordar que si bien es

cierto que dicho acto legislativo limitó el régimen de transición, también lo era que se debía respetar el concepto de derecho adquirido que claramente no fue definido dentro de sus disposiciones pero sí permitía a través de su de lectura rescatar las ideas centrales frente en los apartes según los cuales el estado garantizará los derechos de sostenibilidad financiera del sistema pensional respetarán los derechos adquiridos con arreglo a la ley y más adelante en otros apartes de expresa que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos; que para el caso concreto el señor Ernesto tenía un verdadero derecho adquirido, razón por la cual a su caso se le debía aplicar la normatividad solicitada, no siendo de recibo que se le cambien las reglas del juego, es decir que haya un cambio en las condiciones consagradas en el sistema pensional, punto sobre el cual se había referido la Corte Constitucional, en lo tocante a los derechos adquiridos, que es un tema fundamental para la vida y la dignidad de las personas, debiendo ser interpretado no es de un método exegético sino desde una perspectiva constitucional por vía de los derechos fundamentales que involucra y por la primacía que se debe dar de los postulados del Estado social de derecho, siendo evidente que el AL en mención, sí trae una contradicción al exigir el respeto de derechos adquiridos por una parte entendidos también como el derecho a que se mantengan las condiciones en el sistema pensional y fijar como límite temporal para el régimen de transición el 31 de diciembre de 2014; por ello tal contradicción debe tener una solución de carácter constitucional cuya correcta aplicación depende del operador judicial de interpretar el problema jurídico puesto en su conocimiento a partir de los postulados y principios constitucionales que permiten dar una solución a partir del entendimiento de que el régimen de transición en los casos que la a Corte Constitucional ha entendido como derecho adquirido cuando se tiene un tiempo de servicios mayores a 15 años debe respetarse plenamente, de este modo se estableció en múltiples por providencias de esa corporación tales como la T 168 de 2009, T 572 de 2011 SU 062 de 2010, SU 130 de 2013 entre muchas otras decisiones sentencias que sí son aplicables al caso concreto en lo que respecta a las consideraciones que se hacen frente a los derechos adquiridos.

Ya que la utilidad del AL cuando dice que se pierde el régimen de transición en el año 2015 se tendría que dar para aquellas personas que no tienen un derecho adquirido es decir que no habían cumplido los requisitos de tiempo

de servicios para ser beneficiarios del régimen de transición y esta es la única manera como efectivamente se puede entender la interpretación acorde con el estado social de derecho, ya que para el demandante la respuesta que se le da es injusta ya que con la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, tenía suficientes años de servicio, ya había superado casi la meta en relación al tema de la densidad en el mes de julio del año 2005 cuando entra regir el acto legislativo 01 de 2005, pues tenía más de 1000 semanas cotizadas, hizo un esfuerzo y mérito de tener 15 años de servicios prestados y sólo espera el cumplimiento de la edad, no siendo justo que se le cambien las reglas de juicio como lo indica la Corte Constitucional en sentencia C 789 de 2002, debiéndose interpretar el AL a través de las normas constitucionales y acudir a la favorabilidad prevista en el artículo 33 de la CP.

A su turno **Colpensiones** señaló que se oponía a la condena proferida en uso de las facultades ultra y extra petita que está consagradas en el artículo 50 del CPTSS en favor del demandante ya que esto afectaría el principio de consonancia no siendo dable a las partes modificar la causa petendi a través de señalamientos extemporáneos de los hechos o a través de modificaciones de las pretensiones en oportunidades diferentes a las previstas legalmente, igualmente atendiendo al criterio de la Corte Suprema de Justicia donde se manifiesta que dicha facultad está petita no es absoluta y encuentra límite respecto prestaciones que no fueron objeto de reclamación administrativa, teniendo en cuenta que el demandante sólo reclamó ante Colpensiones la pensión prevista en el Acuerdo 049 de 1990.

CONSIDERACIONES

Conforme los recursos de apelación interpuestos, se tiene que el accionante solicita se le reconozca la pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Para verificar si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 debe revisarse primero, si es beneficiario del régimen de transición que invoca:

La documental que obra a folio 17 del expediente digital, contentiva de copia de documento de identificación del actor, da cuenta de que **nació el 9 de mayo de 1957, por lo que contaba al 1° de abril de 1994 con 36 años de edad** no siendo en principio, beneficiario del régimen de transición pensional

según el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como quiera que no contaba con 40 años o más de edad; no obstante lo anterior, la normatividad en cita igualmente predica que son beneficiarios del régimen en comento quienes a 1 de abril de 1994, tuvieran 15 años de servicio o su equivalente en semanas cotizadas que asciende a 771,45 semanas, para el caso del señor Ernesto, acredita tal requisito como quiera que revisada la historia laboral expedida por Colpensiones y visible a folio 19 del plenario digital, se determina que a 1 de abril de 1994, contaba con 772,53 semanas, en consecuencia **le sería aplicable el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo.**

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 señala que los requisitos para adquirir pensión bajo dicha normatividad, en lo que respecta a los hombres son acreditar 60 o más años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Las anteriores exigencias conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010 y en caso de que los afiliados que no hubieren a la anterior fecha cumplido requisitos para pensionarse, se les otorgaba la posibilidad de hacerlo y extenderseles el régimen de transición hasta diciembre del año 2014, siempre y cuando tuvieran cotizadas 750 semanas a 25 de junio de 2005.

En este caso, como se determinara en primera instancia, y conforme historia laboral visible a folio 19 y s.s. del plenario, el demandante superaba con creces la densidad de cotizaciones en mención a 25 de junio de 2005, por lo que tenía hasta el **31 de diciembre de 2014**, para acreditar el cumplimiento de los 60 años exigidos por el Acuerdo 049 de 1990. No obstante, conforme se verifica de documental contentiva de copia de cédula de ciudadanía, se itera, nació el 9 de mayo de 1957, por lo que alcanzó los 60 años de edad, el **9 de mayo de 2017**, esto es, con posterioridad a la data en que debía haber acreditado edad y densidad de cotizaciones para pensionarse como beneficiario del régimen de transición.

A este respecto, oportuno resulta mencionar criterio jurisprudencial emanado por la H. Corte Suprema de Justicia, radicado No. 75135 del 26 de abril de 2017, M.P. Luis Gabriel Miranda, oportunidad en que la Corte indicó:

“En efecto, el Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005 --publicado el 25 de julio de 2005 en el diario oficial número 45980--, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, en su parte pertinente, dispuso:

“Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo [48](#) de la Constitución Política:

«(...)

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos».

(...)

Parágrafo 1°. (...)

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

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

(...)

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.

Salta de bulto que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 perdió su vigencia el 31 de julio de 2010. Esa fue la regla general constitucional, respecto de la cual en ningún yerro de aplicación o interpretación incurrió el Tribunal, dado que de ella nada distinto es posible concluir, pues su tenor literal no deja asomo de duda sobre su contenido.

Y la sub regla prevista como excepción a la disposición de fenecimiento del régimen de transición al 31 de julio de 2010, es una y solo una: que de la

*fatal fecha se exceptúan quienes al 25 de julio de 2005 --fecha de publicación de la disposición en el diario oficial-- contaren con 750 semanas de cotización, **pues a ellos se les extenderá el régimen de transición hasta el año 2014 --31 de diciembre, entiende la jurisprudencia--**, de manera que si alguno de los requisitos les faltare por cumplir, ese será el plazo con el que contarán para obtener el derecho pensional.*
(negrilla fuera del texto original).

Conforme lo anterior, es claro que el actor al no acreditar la edad requerida a 31 de diciembre de 2014, fecha límite de vigencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es los 60 años, no puede pensionarse bajo las tales prerrogativas, pues ya habían desaparecido del ordenamiento jurídico cuando este alcanzó la edad requerida en el Acuerdo 049 de 1990, no evidenciándose como señala la parte demandante en su recurso discrepancia entre el acto legislativo 01 de 2005 y la Constitución Política como quiera que este último modificó el artículo 48 de la normatividad superior en mención.

De igual manera procede señalar a la parte demandante que no se desconoce el principio de favorabilidad como quiera que este se predica aplicable ante la discrepancia de dos normas legales, presupuesto que no concurre en el presente como quiera que la única normatividad aplicable para el caso bajo estudio esto es, el AL 01 de 2005, que limitó la vigencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que exista en el ordenamiento jurídico normatividad legal que contraría dicho acto legislativo, no siendo dable como lo pretende esta parte extender los efectos del régimen de transición de manera indefinida por el solo hecho de que el demandante contaba con una amplia densidad de cotizaciones.

Por último, las sentencias de unificación a que hace referencia la parte demandante en su recurso, en efecto contemplan que se deben respetar los derechos adquiridos de los beneficiarios del régimen de transición, siempre y cuando los mismos se hayan consolidado previo a la desaparición de este último por virtud del AL 01 de 2005, presupuesto que no se cumple para el caso del señor Ernesto, pues se reitera alcanzó los 60 años de edad luego de la expiración de dicho régimen, razón por la cual, no contaba con un derecho adquirido, siendo pertinente señalar que las sentencias de tutela,

no tienen efectos erga omnes; así las cosas, no hay lugar a modificar la decisión de primer grado en cuanto a la negativa de reconocimiento pensional bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990.

De otra parte y en cuanto al reconocimiento pensional con fundamento en las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se tiene que la decisión de primer grado al abordar el estudio de la prestación por vejez bajo los parámetros de la normatividad en cita, no vulneró el principio de consonancia como lo indica la demandada en su recurso y alegaciones; al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, respecto de la facultad contenida en el artículo 50 del CPTSS señaló en sentencia SL3691 de 2020:

*“no debe olvidar el recurrente que si bien la causa petendi de la demanda inicial, está conformada por las razones de hecho y de derecho que fundamentan las pretensiones, y que el sentenciador conforme al principio de congruencia, no puede alterar o cambiar los hechos o las súplicas para entrar a decidir en uno u otro sentido, y darle la razón al demandante o al demandado, **también lo es que en materia laboral, la referida regla cuenta con una excepción, ya que la ley permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen en torno a súplicas distintas a las pedidas, haciendo uso de las denominadas facultades extra y ultra petita que consagra el citado artículo 50 del CPTSS, cuando los hechos que las originen hayan sido discutidos en el proceso y están debidamente probados, facultad que también tiene el fallador de segundo grado, cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador**”.* (negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, la decisión de primer grado, no extralimitó las facultades conferidas en la norma procesal en cita, ya que el estudio de la prestación bajo normatividad diferente a la solicitada, versó sobre hechos discutidos en el proceso y que se probaron en el mismo, no siendo de recibo como señala la entidad recurrente su afirmación según la cual, versó sobre hechos extemporáneas, pues nada se alegó en el trámite procesal bajo estudio, por fuera de las oportunidades previstas para el efecto.

Determinado lo anterior, esta Sala abordará en grado de **consulta** a favor de la demandada el reconocimiento pensional a que fuera condenada en los términos de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, para lo cual, se tiene que el precitado artículo 33 señala:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*

Sobre el particular, se encuentra acreditado que el señor Ernesto Saiz, para mayo de 2019, alcanzó 62 años de edad, y como bien lo señaló la decisión de instancia, en su historia laboral registra como última cotización el periodo de enero de 2017, alcanzando para dicha data una densidad total de semanas cotizadas de 1944,36, superando así las 1300 exigidas por la normatividad antes citada, habiendo lugar a reconocer a su favor dicha prestación como lo señaló el juzgador de primer grado, a partir del día siguiente al cumplimiento de los 62 años, esto es, el 10 de mayo de 2019.

En cuanto al IBL con el que se debe calcular el monto de la prestación se tiene que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, prevé que este corresponde al promedio de lo cotizado los últimos 10 años o el de toda la vida laboral si resulta más favorable siempre y cuando el afiliado haya cotizado más de 1250 semanas, como ocurre para el caso del señor Ernesto quien supera con amplitud la densidad de semanas cotizadas en mención; así las cosas de liquidación adjunta elaborada por el grupo liquidador de esta corporación se determina que al demandante le resulta más favorable calcular su prestación con el promedio de lo devengado durante últimos 10 años como lo señalara el juzgador de instancia, que arroja como IBL una suma ligeramente superior a la indicada en primer grado, correspondiéndole aplicar a dicho IBL una tasa de reemplazo de 80%.

Dicho cálculo arroja como mesada pensional a favor del actor una suma considerablemente superior a la indicada por el juzgador de instancia como lo advierte la parte demandante en sus alegaciones; así las cosas y como quiera que el monto de la prestación no fue objeto de reparo en el recurso de apelación, lo cierto es que este se centró en la normatividad aplicable para el reconocimiento pensional y al respecto la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia en sentencia SL842 del 6 de marzo de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicó en cuanto a la obligación que tienen los jueces de revisar dicho IBL cuando no se ajusta a la normatividad que gobierna el caso en particular, al respecto indicó en dicho pronunciamiento:

En casos similares, la Corte ha adoctrinado sobre el deber que tienen los jueces de determinar la cuantía de las pensiones, conforme a la norma aplicable y con estricta sujeción a los principios tuitivos del derecho laboral y el postulado «iura novit curia»:

Como se observa, el hecho de que el verdadero fundamento de la petición del demandante, de que su pensión se liquide con el promedio de los salarios sobre los que cotizó durante toda su vida no sea el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como se adujo en la demanda inicial, no impide que la Corte, como Tribunal de instancia, aplique la norma llamada a gobernar el asunto, que en este caso es el artículo 36 ibídem, dado que, como se ha dicho, «el Juez del trabajo es autónomo al momento de la calificación jurídica de los hechos debatidos y demostrados en juicio, de modo que, no está limitado por las normas que invoquen las partes como fundamento de sus pretensiones, ya que quien debe aplicar el derecho es el operador judicial y es esta su función principal en la que, goza de completa autonomía conforme al artículo 230 de la Constitución que establece claramente que “Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley...” (CSJ SL4028-2017).

El inciso 3 del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece dos maneras para obtener el IBL de las pensiones del régimen de transición allí consagrado, en los siguientes términos:

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Tal como se dijo en sede de casación, en casos como el presente es deber ineludible del juez del trabajo realizar el ejercicio de determinar si es superior «el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo», lo que en este asunto es posible con los reportes de semanas cotizadas por el demandante (...). (CSJ SL 735-2018 que ratifica lo adoctrinado en las sentencias CSJ SL 45120, 20 mar. 2012 y CSJ SL 37804, 6 sep. 2012).

A la luz de tales consideraciones, fácilmente se advierte el error del Tribunal cuando se abstuvo de revisar el IBL de la pensión de vejez de la demandante, con el pretexto de que aquella únicamente pretendió se revisara lo concerniente al número de aportes y la tasa de reemplazo empleada por el ISS para el reconocimiento, con lo cual desconoció su deber como administrador de justicia de analizar los elementos de juicio y de aplicar la norma pertinente que regula su cálculo. (Negrilla fuera del texto original).

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta procedente desconocer la diferencia ostensible en el cálculo de la mesada pensional del actor, ya que el juzgador de primer grado determinó que la primera ascendía a \$1.560.038 y conforme la liquidación elaborada por esta Corporación se advierte que el IBL del actor calculado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de su vida laboral, asciende a \$2.168.975, lo que impone modificar el numeral TERCERO de sentencia recurrida para

señalar esta como primera mesada pensional, ya que desconocer tal diferencia, obligaría al demandante a entablar otra acción persiguiendo la reliquidación pensional, lo que iría en detrimento del debido proceso y la eficacia de la administración de justicia, cuando como en el presente se puede advertir y corregir la falencia en que se incurrió en primera instancia.

Prescripción

Como lo señalara el Juez de Instancia, al ser la prestación exigible a partir del 10 de mayo de 2019 y como quiera que la acción judicial fue interpuesta en esa misma anualidad, no transcurrió el fenómeno prescriptivo en esta oportunidad.

Sin costas en esta instancia.

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 y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar como cuantía de la primera mesada pensional a favor del demandante en la suma de \$2.168.975

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. E. Serrano Baquero'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lorenzo Torres Russy'.

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 08-2019-539-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: VILMA HERNÁNDEZ MONTAÑA
DEMANDADO: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 5 de noviembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este alegaciones por ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora VILMA HERNÁNDEZ actuando a través de apoderado judicial, solicita se declare que la demandada no canceló a su nombre aportes a seguridad social durante la vigencia de los diferentes contratos de trabajo suscritos con esta; como consecuencia de tal declaración, solicita se condene a la demandada a efectuar el pago del cálculo actuarial a órdenes de Porvenir S.A., entre el 1 de julio de 1993 al 30 de agosto de 1999. (fl. 1).



Fundamenta sus pretensiones señalando que nació el 28 de diciembre de 1961, laboró para la demanda desde el 1 de julio de 1993 al 6 de junio de 2009, en el cargo de profesora hora cátedra de la Facultad de Ingeniería, indica que la demandada no pagó los aportes al sistema integral de seguridad social a su favor entre el 1 de julio de 1993 al 30 de agosto de 1999 y entre el 1 de septiembre del mismo año hasta la fecha de terminación del vínculo laboral.

Señala que actualmente cuenta con 57 años de edad y ante la omisión de la demandada en el pago de aportes, no ha podido acceder a derecho pensional. (fl. 4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos manifestó no constarle los No. 1, 6 y 7 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de título y causa en la demandante, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe y prescripción. (fl. 60).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, declarando probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas y condenó en costas a la demandante (fl. 228).

Fundamentó su decisión la Juez de conocimiento señalando:

En ese orden conforme a los hechos de la demanda y el pronunciamiento efectuado por la pasiva se tiene que el problema jurídico a resolver dentro del debate procesal se dirige a determinar si le asiste derecho al accionante al reconocimiento y pago de aportes a seguridad social en pensión durante el intervalo de tiempo comprendido entre el 1 de julio de 1993 al 30 de agosto del 99. Para iniciar como quiera que la pretensión principal de la promotora de proceso corresponde a la procedencia o no de reconocimiento y pago del cálculo actuarial por el intervalo de tiempo comprendido entre el 1 de julio del 93 al 30 de agosto del 99 y teniendo en cuenta que la demandada Pontificia Universidad Javeriana aduce no tener obligación de realizar los aportes en pensión durante el interregno reclamado en razón a que se trataba de un contrato de prestación de servicios es



necesario para el despacho abordar el estudio del modo de la vinculación de la demandante para aquella época dado que en los juicios del trabajo es fundamental para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo que resulte ser la fuente o causal de los derechos laborales y acreditado los extremos temporales y la relación y el salario devengado verificaríamos si resulta factible efectuar las condenas rogadas en el caso, en ese orden es menester verificar en el caso concreto y determinar si en efecto durante dado periodo de tiempo existió una relación de índole laboral entre las partes no sin antes reiterar lo que tiene sentado la jurisprudencia sobre el principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del CST, ha sostenido la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral que en uso de la presunción legal prevista en dicha norma, cuando queda plenamente demostrada en la actuación procesal la prestación personal del servicio en favor del demandado se presume la existencia de un vínculo laboral trasladándose la carga de la prueba la demandado quien deberá derruir dicha presunción con los medios probatorios aportados; al respecto se puede consultar la sentencia de sala de casación laboral dentro de la radicación 32701.

Así las cosas se procede al análisis del acervo probatorio vertido, estudio del cual se puede advertir que la accionada en documento SE-0787-2019 expedido el 21 de marzo de 2019 certificó que la señora Vilma Hernández estuvo vinculada en esa institución educativa desde el segundo semestre de 1993 al segundo semestre de 1999 por la duración de cada periodo académico semestral desempeñando el cargo de profesora Hora cátedra en la facultad de ingeniería folios 8 a 10, así las cosas se colige se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte de la actora y en beneficio de la llamada a juicio como docente por obra a cátedra destacando en este aspecto que además de esta prestación fue confesada la contestación de la demanda con la aclaración de que no surgió por un contrato de trabajo si no por un contrato de prestación de servicios sobre el punto advierte el despacho que la ley 30 del 92 “ por la cual se organiza ese servicio público de la educación superior” en su artículo 106 otorgó la posibilidad a las instituciones privadas de educación superior vincular a docentes por horas mediante contrato por prestación de servicios argumento este que precisamente constituyó la defensa por parte de la universidad demandada y el citado artículo reza “las instituciones privadas de educación superior podrán vincular profesores por horas cuando su cargo de docente sea inferior a un profesor de medio tiempo en la misma universidad, bien sea mediante contratos de trabajo mediante contratos de prestación de servicios según los periodos de calendario académico y su remuneración en cuanto a horarios se refiere corresponderá a lo pactado por las partes pero que en ningún caso podrá ser inferior al valor por computo por horas resultante al valor total de 8 salarios mínimos dividido por el número de horas laborables al mes”. De este modo como quiera que para el año 93 se encontraba vigente la anterior normativa ello permita a la suscrita entrar a verificar si se corrobora en la relación vivida entre las partes la mediación de subordinación en virtud de la presunción contenida en el artículo 24 o si por el contrario quedo desvanecida.

En ese orden realiza el despacho el análisis íntegro del acerbo probatorio resaltándose el estudio del mismo se hace de manera conjunta y totalizada hacia las pruebas de proceso y no de las partes, en primer lugar se escuchó en interrogatorio de parte a la demandante señora Vilma Hernández quien dijo haber sido docente de la Universidad por hora cátedra iniciando con 8 horas semanales por lo que recibía un sueldo equivalente a 32 horas mensuales y posteriormente reduciendo la intensidad horaria a 4 horas semanales igualmente indicó que entre el 1 de diciembre del 99 al 21 de julio de 2002 no presto ningún servicio a favor de la universidad demandada vinculándose nuevamente desde julio del 2002 mediante un contrato de trabajo con el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales, de igual forma rindieron testimonio la señora Lena Prieto Cárdenas, Nohora Urrego Bohórquez y Diego Mauricio Téllez; los dos últimos actualmente empleados de la Pontificia Universidad Javeriana habiéndose tachado por sospecha el testigo Diego Téllez razón por la cual el análisis de las manifestaciones del deponente se realiza con mayor rigurosidad en razón al vínculo laboral que los ata con la accionada no obstante para el despacho la prueba testimonial traída al despacho goza de credibilidad pues los testigos fueron espontáneos, se mostraron imparciales sin ánimo de favorecer y dada su cercanía y actividad que desempeñaron o desempeñan para la universidad demandada se puede establecer que sus afirmaciones derivan de los hechos que les constan de manera directa.



La primera de deponente Lena Prieto quien dijo haber sido compañera de trabajo de la demandante en la misma facultad y haber mantenido el mismo tipo de contratación por hora cátedra con la accionada manifestó que la señora Hernández Montaña fue contratada desde el año 93 y que su labor consistía en asistir a dictar clases retirándose después de las instalaciones de la universidad así mismo dijo que en algunas ocasiones se encontraba con la demandante en reuniones o similares, la segunda declarante señora Nohora Urrego indico que para la época todos los profesores de hora cátedra tenían una vinculación por prestación de servicios, sin costarles las circunstancias propias que involucraron la contratación de la demandante por cuanto pertenece a la facultad de ciencias por último el testigo Diego Téllez quien ocupa el cargo de abogado de gestión humana desde septiembre de 2017 informó al despacho que entre los años 93 al 99 la accionada no efectuó aportes en pensión a ninguno de los docentes hora cátedra en cumplimiento de la normatividad vigente para la época y dada la naturaleza del contrato que sostenía con la demandante el cual era de prestación de servicios, contratación que fue modificada desde el segundo semestre del 99 a raíz de una sentencia de la corte constitucional que obligo a las universidades a cambiar los contratos de todos los docentes que mantenían la contratación por prestación de servicios por contrato de obra labor determinada por lo que de dicha data la universidad comenzó a efectuar los aportes a seguridad social con sus respectivos descuentos por tales conceptos a los trabajadores de esta forma y como ya se ha venido exponiendo al existir prestación personal del servicio por parte del accionante a favor de la pasiva se advierte que la presunción legal de que esta prestación emana fue desvirtuada con las pruebas aportadas al diligenciamiento en tanto la relación vivida entre las partes entre el segundo semestre del 93 al segundo semestre del 99 no estuvo regida bajo un contrato de trabajo pues la función de la demandante como profesora hora cátedra se ejecutaba de manera autónoma e independiente pues su función únicamente consistía en dictar las materias que le eran asignadas que para este caso eran las de química general, labor que podía desarrollar sin que se encontrara sujeta al cumplimiento y/o obediencia por parte de la accionada de alguna directriz al impartir sus clases, adicionalmente en el interrogatorio de parte rendido por la gestora del proceso señaló que a la par fue contratada bajo la modalidad de hora cátedra por la universidad de la Salle y conforme se observa de las historias laborales expedidas por Colpensiones y por la AFP Porvenir militantes a folios 23 a 45, la señora Vilma Hernández entre el período de tiempo de bajo estudio prestó su servicio a diferentes instituciones de educación superior tales como la universidad Católica de Colombia, la Universidad Distrital y la Corporación Universidad Libre; circunstancia que por sí sola deja entrever a la suscrita que la accionante tenía la posibilidad de organizar su propio horario y decidir si aceptaba dictar o no determinada clase dependiendo de la disponibilidad con la que contara de acuerdo a las horas contactadas por cada una de las universidades en la que presto servicio como docente. Lo anterior se corrobora con lo expuesto por la testigo Lena Prieto quien señalo a esta juez que la permanencia de la accionante en la universidad Javeriana solamente correspondía a las horas contratadas y eventualmente cuando asistía a una reunión inclusive señalando “ de resto tenía tiempo para sus cosas” , así como también con lo declarado por el testigo Diego Téllez quien manifestó que la contratación de los docentes por hora cátedra se encontraba sujeta a la cantidad de inscripciones que efectuaban los estudiantes en cada materia, vale aclararse el hecho de que la demandante dictara la materia sin nada en determinados horarios programados por la universidad demandada en manera alguna indica algún tipo de subordinación pues es claro que la accionada debe cumplir con el pênsum y jornada estudiantil ofrecida a los estudiantes dicho en otras palabras si bien la accionante debería cumplir o asistir a la universidad en las horas preestablecidas por la universidad el yo obedecía a que tal era la jornada estudiantil por lo que resultaba materialmente imposible que la docente demandante pudiese dictar la clase cuando a bien lo dispusieran pues ellos encontrarían lícitamente relacionado al horario de inscripciones optadas por los educandos.

En ese orden de ideas la prestación del servicio por parte de la demandante entre los años 93 al 99 no acaeció en virtud a un contrato de trabajo en consecuencia ante la inexistencia de una relación de índole laboral en los términos solicitados en la demanda no es posible emitir condenas que son propias de un contrato de trabajo tales como las arrojadas cotizaciones a seguridad social en pensiones y en esa medida no resulta dable para este despacho acceder a las suplicas del accionante tendiente a obtener el cálculo actoral del 1 de julio del 93 al 30 de agosto del 99, sin perjuicio de lo anterior no puede



pasar por alto el despacho el hecho de que para dichos periodos la accionada tampoco se encontraba en la obligación de cotizar a pensiones cuando el contrato era a través de prestación de servicios y la prestación fuera inferior a la de un profesor de medio tiempo lo cual quedó claro en el despacho con la declaración de la demandante al señalar que nunca prestó sus servicios a favor de la accionada por más de 8 horas semanales incluso señalando que desde el año 97 fue únicamente por 4 horas sobre el punto conviene traer a colación lo señalado por la corte suprema de justicia en sentencia del 21 de febrero del 2018 la SL 361 radicación 46729 donde se expuso “ se impone precisar que en esas circunstancias para el año 1994 la actora no tenía la obligación de cotizar al sistema general de pensiones pues para dicha data no había entrado en vigencia la ley 789 del 2003, la cual en su artículo 4 consagro que durante la ejecución de un contrato de prestación de servicios debían efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario e ingresos por su prestación de servicios que aquellos devenguen, de igual forma para la época mencionada aún existía la posibilidad para las instituciones privadas de educación superior de que los profesores hora cátedra cuando su carga docente fuera inferior a la de un profesor de medio tiempo se vincularan mediante contratos de prestación de servicios en razón a que la declaración de inexequibilidad de las expresiones o mediante contrato de prestación de servicios y en cuanto a horarios se refiere contenidas en el artículo 106 de la ley 30 del 92 se surtió mediante sentencia C517 del 99 como ya se anotó”.

Con lo anterior este despacho absolverá a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la accionante reiterándose que el pretendido pago por concepto de cálculo actuarial rogado en la demanda tendía de la prosperidad de la existencia de una relación laboral aunado a que como se había venido señalando la demandante no prestó servicios a favor de la universidad por un periodo igual o superior a un profesor contratado por medio tiempo, siendo entonces a la resolución de las excepciones propuestas por la accionada y en ese orden dada las resultas del caso se declarara probada la excepción inexistencia de obligaciones demandadas y dada las resultas del proceso el despacho se releva del estudio de pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que no existió reparo en cuanto a la prestación del servicio de la demandante a favor de la demandada por el periodo comprendido entre julio de 1993 a julio al 30 de agosto de 1999, en el cargo de profesor de hora cátedra, pues así lo certifica la demandada como se verifica en documental expedida por esta visible a folio 8 del plenario, igual información se reproduce en documental aportada por esta última a folio 86 del expediente.

Ahora bien, como acertadamente lo concluyó la decisión de primer grado, para la data en que se solicita se pague el cálculo actuarial petitionado, se encontraba vigente el texto original del artículo 106 de la Ley 30 de 1992, previa la declaratoria de inexequibilidad de algunos de sus apartes a través de la sentencia C – 517 de octubre 1999, preceptiva legal que es aplicable al caso bajo estudio, como quiera que regulaba la forma de contratación de los



docentes en las instituciones privadas de Educación Superior como lo es la demandada, señalaba el artículo en comento:

ARTÍCULO 106. *Las instituciones privadas de Educación Superior podrán vincular profesores por horas cuando su carga docente sea inferior a la de un profesor de medio tiempo en la misma universidad, bien sea mediante contratos de trabajo o mediante contratos de prestación de servicios, según los períodos del calendario académico y su remuneración en cuanto a honorarios se refiere, corresponderá a lo pactado por las partes; pero que en ningún caso podrá ser inferior al valor de cómputo hora resultante del valor total de ocho (8) salarios mínimos dividido por el número de horas laborables mes.*

Así las cosas, se tiene que en efecto con el acervo probatorio se logra derruir la presunción de que trata el artículo 24 del CST, como quiera que con las mismas afirmaciones de la demandante como lo indica la demandada en sus alegaciones, se logra corroborar que únicamente prestaba sus servicios para la demandada 8 horas a la semana, las que posterior al año 1997, pasaron a reducirse a 4, de igual manera, las testimoniales vertidas dieron cuenta de tal circunstancia; esto es, de la labor autónoma e independiente que ejercía la demandante en las clases que impartía, programación que si bien era proporcionada por la demandante, ello no da cuenta de la existencia de una verdadera relación laboral, como quiera que dicha programación está sujeta al calendario académico, aunado a lo cual la misma parte demandante allega historias laborales expedidas por Colpensiones y Porvenir a folios 23 y s.s., que dan cuenta que entre 1993 a 1999, prestaba simultáneamente sus servicios para otras instituciones educativas, razón de más para concluir la autonomía en la labor que prestaba para la demandada propia de un contrato de prestación de servicios, forma de contratación que se itera, estaba autorizada por la Ley para la época de prestación de servicios de la demandante a favor de la demandada.

Ahora bien, determinada la índole de la relación que unió a las partes, se tiene que la obligatoriedad de las cotizaciones bajo la vinculación de prestación de servicios como lo fue la demandante, sólo se estableció a partir de la expedición de la Ley 797 de 2003, cuyo artículo 4 modificó el artículo 11 de la Ley 100 de 1993; de tal manera que para la data en que tuvo lugar la relación contractual de la demandante y demandada, contrario a lo señalado por la parte demandante en sus alegaciones, no existía precepto



legal alguno que obligara a esta última a efectuar pago de aportes pensionales a favor de la primera, razones suficientes para **confirmar** la sentencia de primer grado.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 10-2016-0686-02

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: FABIO AUGUSTO MAHECHA MAHECHA

DEMANDADOS: AFP PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de noviembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto.



ANTECEDENTES

El señor Fabio Augusto Mahecha por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de padre de la causante Dayana Liceth Mahecha conforme los presupuestos de la Ley 100 de 1993, artículos 46 y 47, norma modificada por la Ley 797 de 2003; que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de prestación deprecada, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, la causante nació el 15 de noviembre de 1991 y falleció el 27 de diciembre de 2014 por causas de origen común; que la hija del demandante para el momento de su muerte se encontraba afiliada a la AFP Protección S.A., que cotizó un total de 159,71 semanas, de las cuales 141,05 fueron cotizadas dentro de los 3 años anteriores al deceso, esto es, entre el 27 de diciembre de 2011 y el 27 de diciembre de 2014; que los padres de la causante reclamaron ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, frente a la cual la demandada mediante comunicación DS SOB DEP del 20 de junio de 2016 informó la misma densidad de semanas citadas antes, y que además los padres de la afiliada no tienen derecho al reconocimiento pensional al constatar la entidad, que los primeros no dependían económicamente de la segunda y que pueden subsistir sin que se vulnere el “mínimo existencial”.



Que en igual fecha se advirtió a los padres de la causante que ante la falta de beneficiarios de la prestación pensional, les entregarían a cada uno de los dos en proporción del 50% los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la Dayana Mahecha, no obstante, advierte que no reclamaron el dinero; que su hija nunca contrajo matrimonio, ni convivió con una persona distinta a sus padres, que era soltera, que no tuvo hijos, que desde que su hija empezó a trabajar siempre contribuyó económicamente al sostenimiento del demandante, de manera esporádica, y que el actor sufre de padecimientos de salud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La AFP Protección S.A. contestó con oposición a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con las fechas de nacimiento y de fallecimiento de la causante, la afiliación ante la demandada, el número de semanas cotizadas y el trámite de reclamación pensional y la oposición a recibir los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de propiedad de su hija, y manifestó no constarle los demás. Como excepción previa formuló ineptitud de demanda por indebida acumulación de pretensiones, y de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por activa e incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica reclamada; prescripción y buena fe.

Al trámite fue vinculada la señora madre de la causante, Marleny Benavides Rojas en calidad de litisconsorte necesaria, en cumplimiento a lo dispuesto por esta Sala de Decisión mediante auto del 1° de octubre de 2018 (fls.166 a 167), quien por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda con



aceptación a la totalidad de los hechos y con allanamiento a las pretensiones, sin que presentara excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA E INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN ECONOMICA RECLAMADA propuesta por la parte demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, **ABSOLVER** a la demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor FABIO AUGUSTO MAHECHA MEHECHA, en su condición de padre supérstite de la causante, su hija DAYANA LICETH MAHECHA BENAVIDES (q.e.p.d), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de \$350.000

TERCERO: En caso de no ser apelada la sentencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado de consulta.

Las partes quedan notificadas en **ESTRADOS**

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:



“Que se encuentra probado que la causante es hija del dte, que ella falleció el 27 de dic de 2014 por causas de origen común, que al momento de la muerte se encontraba afiliada ante la demandada, quien además realizó la investigación y se determinó que los padres de la fallecida contaban con ingresos que les permitían subsistir, que el dte goza del apoyo económico de la hermana que vive en EE.UU quien le suministra el dinero para la EPS, y que el hijo Heider le ayudaba mensualmente con la ayuda de \$300.000.

En cuanto al derecho a la pensión de sobrevivientes solicitado por el dte, que la normatividad aplicable son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, vigente para el día del fallecimiento de la causante; teniendo en cuenta que la señora Benavides se allanó a las pretensiones de la demanda, el problema jurídico consiste en establecer si el dte tenía dependencia económica respecto de su hija y en caso afirmativo si hay lugar a reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su calidad de supérstite; que el afiliado debe haber cotizado 50 semanas dentro de los tres anteriores a su fallecimiento, lo cual no es objeto de discusión que la causante cotizó un total de 159,71 semanas y que 141, 05 fueron dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento, la discusión se centra en la dependencia económica del dte respecto de su hija; en cuanto a los beneficiarios el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, menciona la posibilidad que lo sean los padres que demuestren la dependencia económica respecto de su hijo; que de las pruebas allegadas se puede establecer que la causante es hija del dte y de la señora Marleny Benavides; que la dda negó el reconocimiento el 20 de junio de 2016; pagos funerarios.

Interrogatorio de parte al dte y la señora Marleny Benavides y los testimonios de Vanesa Matiz y Heider Mahecha; que no hay duda que la señora Liceth Mahecha dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pero que la demandada negó el derecho por circunstancias de dependencia económica más no por cumplimiento de requisitos; que en relación con la dependencia económica del dte respecto de su hija, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 529 de 2020 79458, que para el caso, se tiene la investigación administrativa realizada por la afp, como la afiliación de la causante a folio 83 del 10 de mayo de 2011, que era dependiente, que tenía un salario del mínimo, que ella no estableció información sobre beneficiarios, que no relacionó a los padres o beneficiarios; que la investigación que realizó la empresa asir ltda, que la señora Marleny se separó del dte desde el año 2006, que tenían tres hijos y se indica que la causante trabajaba y convivía con la mamá, que estuvo vinculada laboralmente con quala desde el año 2011 y hasta el 28 de dic de 2014 teniendo como salario de \$774.000; indicó la señora Marleny que ella tenía un pequeño negocio donde vende dulces, gaseosas y jugos, en donde recibía ingresos de \$689.500 y que la hija aportaba para el grupo familiar la suma de \$500.000 mensuales.

Que extrañamente en el interrogatorio de la señora Marleny cambió al afirmar que recibía la suma de \$250.000, ya no 500 mil pesos, y al ser preguntada sobre la diferencia por la afectación del fallecimiento de su hija y que por esa razón no sabía que era lo que estaba diciendo para el momento en que hace esa declaración; que a folios 97, 98 y folio 99 y hasta el folio 101 del plenario, que esta declaración no se surtió inmediatamente seguido al fallecimiento de la causante, que la investigación se hizo en abril de 2016, por lo que no podría encontrarse afectada la señora Marleny para haber dado un valor diferente al que está dando en el interrogatorio de parte, disminuyendo la credibilidad de la señora Benavides. En la investigación se pudo establecer que el valor de los gastos asumidos por la señora Dayana ascendía a la



suma de \$1.463.000 y que era cubierto entre ella y la señora Dayana el valor de dichos gastos, pero la causante solo devengaba el valor de \$774.000, es decir, solo el salario mínimo, lo que lleva a concluir que estaría aportando más de \$773.000; así mismo, se señala en la investigación que ayudaba con 200 mil pesos al padre; que en la declaración rendida ante el juzgado se habla de la suma entre 300 y 350 mil pesos, la señora Benavides manifestó que eran 200 mil pesos, el dte dice que la hija le daba 300 o 350 mil pesos, a pesar que manifestó que los gastos de servicios públicos eran muy bajos, alrededor de 28 mil pesos, pero no le indicó al despacho esos gastos a cuanto ascendían, que no dijo cuál era el presupuesto de gastos para la data en que falleció la señora Dayana, solamente se alude a 300 o 350 mil pesos, encontrando contradicciones con el dte al indicar este que su hija era quien lo ayudaba económicamente, señaló que para el año anterior al fallecimiento de su hija, su hijo Heider Mahecha no lo ayudaba económicamente porque él se encontraba en el ejército, que solo venía cada tres meses cuando le daban permisos, entonces no había ayuda económica, que Heider Mahecha le dijo al despacho que el salió del ejército el 5 de enero de 2013, que duró como seis meses sin trabajo, y que una vez tuvo trabajo Dayana le solicitó que le ayudara a su padre, y que por ello empezó a ayudarlo con 100 o 150 mil pesos, pero el dte le dice al despacho algo contrario a los señalado por su propio hijo, porque dijo que en el año inmediatamente anterior su hijo se encontraba en el ejército, cuando el hijo dijo que salió en enero de 2013, seis meses sin salario es decir que aprox a julio ya tenía salario y que ahí empezó a ayudar al padre, y su hermana fallece en diciembre de 2014.

Que la señora Benavides indicó que el hijo había estado en el ejército en el año 2011 o 2012; la testigo Vanesa indicó que su primo había estado en el ejército algún tiempo; que el dte se contradice con la investigación por allá dijo que su hija le ayudaba con 200 mil pesos y en el interrogatorio de parte dijo que le ayudaba entre 300 y 350 mil pesos, lo cual presenta una discrepancia frente a la ayuda de la causante al dte; que llama la atención que la hija no tuviera afiliado al padre a salud siendo que ella estaba afiliada y él podría ser uno de los beneficiarios en salud, a lo que hay una inconsistencia, porque la señora Benavides indicó que ella se encontraba afiliada era por sisben, que era cabeza de familia, en el sisben y que se encontraba afiliada a Capital Salud EPS y en el interrogatorio señaló que ella si era beneficiaria de la causante, pero que no sabía porque no tenía afiliado a su papá, frene a lo cual dijo el dte que su hermana lo ayudaba económicamente con lo del seguro, no indicó exactamente cual era el valor de la ayuda total dada por su hermana que vive en EEUU, y que ese dato también se dio a conocer en la investigación administrativa.

Que también llama la atención que al preguntársele al dte con quien convivía Dayana para la fecha de su fallecimiento, manifestó que ella vivía unas épocas con él y otras con su señora madre, la señora Benavides y el señor Heider y Vanesa señalaron al unísono que Dayana vivía con su mamá, y que siempre fue así, que se quedaba donde su papá esporádicamente cuando le cogía la noche, que si se contrasta lo dicho por el dte en la investigación administrativa, en donde responde a la pregunta si vivía con el afiliado bajo el mismo techo hasta el día del fallecimiento, señaló que no, desde cuándo? Desde el año 2006 se separó de la madre de la afiliada, e indicó que vivían separados, que si bien es cierto en estos casos no se requiere demostrar una convivencia, pues lo que se observa que estos aspectos hacen perder credibilidad a los dichos del dte dado que presenta inconsistencias, aunado a ello obra a folio 118 una hoja de vida de la causante en donde señala que tiene unos gastos de 600 mil pesos y cuando se le pregunta los conceptos solo indica vivienda, alimentación, gastos personales y transporte, en ningún momento indica que le ayuda a su padre;



que cuando vemos la información familiar donde se le pregunta por su núcleo familiar, ella solo relaciona a su mamá y sus hermanas y en ningún momento relaciona a su señor padre, que haga parte de su núcleo familiar, a lo que se pregunta el despacho, si ella era una hija tan preocupada y colaboraba con su padre, como es que ni siquiera lo relaciona como parte del núcleo familiar o que tenga gastos relacionados con él; a folio 125 formato de afiliación a salud total no se relaciona beneficiarios, contrario a lo manifestado por la señora madre; ocurre lo mismo a folio 126 con la afiliación a Colsubsidio; la testigo Vanesa Matiz indicó que acompañaba a Dayana a llevarle el dinero a su papá y que le daba de 250 a 300 mil pesos, pero dijo que a veces no era dinero, sino mercado, que no iba todos los meses con Dayana, es decir, no le consta, que la ayuda fuera de todos los meses, tampoco a Heider le consta porque inicialmente dijo que estaba muy alejado del papá pero luego dice que iba a acompañar a la hermana y que veía que le daba dinero al papá, entonces si estaba o no alejado del papá?, después dice que la causante le ayudaba al papá con 300 o 400 mil pesos, entonces de todas las pruebas de interrogatorios y testimonios tenemos:

La señora Benavides indicó que la ayuda que le daba Vanesa al papá era alrededor de 200 mil pesos; Heider señaló que entre 300 y 400 mil pesos y el señor Mahecha entre 350 y 400 mil pesos y Vanesa Matiz nos indica que era entre 250 a 300 mil pesos, no queda establecido dentro del proceso cual era el valor de la ayuda que realmente le suministraba Dayana al padre.

En cuanto a los gastos del dte no hay certeza de los mismos, este solo señala que eran de 350 a 400 mil pesos pero no existe dentro del proceso una prueba que permita establecer de donde provienen los gastos, él señala que en servicios eran de 28 mil pesos en servicios, dijo que no pagaba luz, que los servicios en ese momento eran mínimos y solamente se limita a decir que tenía esos gastos de 350 mil pesos pero sin que se aporte a este proceso una documental de cuanto gastaba en alimentación, vestuario, médicos, transporte, vestidos, no se allega ninguna prueba siquiera de servicios, solo tenemos el dicho del señor Mahecha, y recuérdese que nadie pueda derivar efectos probatorios de su propia manifestación.

En consecuencia, la parte actora no logra demostrar cual era el monto de la ayuda económica que suministraba al padre, la señora Benavides manifiesta que si había una ayuda económica, el monto no puede establecerse porque los valores que dan son diferentes, la Corte ha establecido que lo que hay que establecer en el caso concreto... es la dependencia total porque no lo exige la norma, sino una dependencia que no tiene que ser total pero si debe ser significativa la dependencia frente a los gastos de la persona, que con su fallecimiento se vea afectada su supervivencia porque ese apoyo o ese aporte afecte su subsistencia en su manutención; primero, no se logra demostrar cual era el valor del aporte que le daba, segundo, quedó probado que el dte tenía un negocio de panela, pero todos omitieron decir cuanto era lo que devengaba el dte de ese negocio, él dice que eran 70 mil pesos lo que le quedaba pero nadie puede derivar efectos probatorios de su propio dicho; los testigos Heider y Vanesa dijeron que sabían que tenía el negocio, que era muy mínimo, pero no le dicen al despacho cuanto era; Heider manifestó que su papá desarrollaba el negocio de panela y que en aquella época la panela si valía, pero no que no sabía cuanto le dejaba el negocio al papá; no se acreditan los gastos que tenía el actor en total y cuales sus ingresos y aportes que le daba la causante para que el juzgado pueda concluir que la ayuda económica de Dayana, aunque no tenía que ser total, si lograra demostrar que era considerable frente a sus necesidades de sostenimiento y que al fallecer esa ayuda hacia falta al dte para suplir sus necesidades; que de las pruebas no se logra acreditar esa situación, se dice que el



señor tenía problemas de hernias, de la próstata, cirugías, lo que sí es claro, es que estaba realizando una actividad económica de la que no se logra establecer a cuanto ascendía la misma, ni la ayuda que le daba la hija, no se logra establecer la significancia del aporte de la señora Dayana frente a esos gastos que tenía el dte, razones por las cuales no se logra probar la dependencia económica del dte respecto de su hija y por ello, este estrado judicial absolverá a la demandada y declarará probada la excepción falta de legitimación por activa e incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica reclamada, y se abstendrá del estudio de las demás, las costas a cargo de la parte dte a favor de la dda, serán tasadas por secretaria.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Interpongo recurso de apelación conforme los siguientes argumentos: que son varios los puntos por los cuales el juzgado considera que la parte actora no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes específicamente en cuanto a la dependencia económica, por lo que los otros requisitos que se exigen para esa prestación salen del litigio.

Que en cuanto a la prueba documental a la que se hizo referencia en el fallo en cuanto a la investigación administrativa si bien es cierto es del 20 de abril de 2016 que fue por los abogados consultores e investigadores de riesgos – asir ltda- contratada por la demandada, que también lo es que se encuentra suscrito por el gerente de dicha empresa, lo que significa que, si se firma en esa fecha no significa que la investigación así como la visita que se realizó a los señores Fabio Mahecha y la señora Marleny Benavides Rojas haya sido en esa misma data, todo lo contrario, fue antes del 20 de abril de 2016, recuérdese que para dichas investigaciones conforme con los decretos reglamentarios que se realizan y que se efectúan en la Ley 100 de 1993 no se hacen en un promedio de un día ni mucho menos una semana, se hace con meses de antelación, para que después una de las empresas consultora externa, la afp tome una decisión, se allega dicho concepto a la afp meses después, ni mucho menos un día, dos días, o cuatro semanas antes, por ello es que el señor Heider Mahecha al momento de declarar como testigo y padre de los señores agosto y Marleny Benavides dicen que estaba muy reciente para ello, primero hicieron una averiguación, fueron directamente a la empresa, donde le reconocieron la liquidación definitiva tras la muerte de la señorita Dayana Liceth y después fueron ellos directamente a la Afp, que se supone realizó una investigación exhaustiva que no se toma en una o dos semanas, sino que eso tiene su tiempo; entonces si se tratara de un acta suscrita tanto por el gerente de dicha empresa como por las partes que hicieron dicha investigación, al demandante y a la llamada litisconsorte necesario evidentemente si se deja constancia que fue ese día, pero el documento se trata de la conclusión de una visita por eso es que no se realizó esa investigación el 20 de abril de 2016 sino que por obvias razones mucho antes, para el año 2015, considerando que la causante falleció terminado el año 2014.

Por otra parte, el juzgado hacer referencia a las tres condiciones para la dependencia económica conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre las que se destacan la del 5 de octubre del 2016 en la que se dice que la dependencia económica debe ser cierta y no presunta, debe ser regular y no periódica, y las



contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas respecto al total de ingresos que tenga la parte que reclama o la persona que reclama la prestación, sentencia 52951.

Que los testigos indicaron tanto la señora Valencia como el señor Heider que efectivamente esa ayuda económica si existió, que la causante le colaboraba económica y sentimentalmente a su señor padre porque se encontraba viviendo en una invasión, que al ser preguntada la señorita Vanesa como testigo, por parte del despacho cada cuanto visitaba o cada cuanto iba a ver cuando le pagaban ella decía que eran muchas veces pero no siempre iban, es imposible establecerlo de esta manera, de ahí que los testimonios son una aproximación de acuerdo con los hechos que efectivamente les consta.

En lo que respecta al valor exacto de la contribución que algunos dijeron que eran 200 otros 250, 300 y hasta 400, es claro que, si no se tiene con exactitud el monto, lo cierto es que como mínimo eran 200 mil pesos; que es un hecho notorio frente a los gastos por servicios públicos en una invasión para el año 2014 conforme la pagina del acueducto de Bogotá el agua era de \$13.000, por lo que la ayuda de la causante era significativa, sino que prácticamente era el total de todo.

Que en cuanto a la ayuda del señor Heider, que el dte dijo que él no le colaboraba porque prestaba servicio militar, que lo hizo durante 18 meses, y que durante este tiempo no colaboraba, pero que cuando comenzó a laborar pero que la misma no era ostentosa ni ostensible y era menos de lo que daba la causante, por lo que, al tenerse que era como mínimo 200 mil pesos para el año 2014, incluso desde antes, porque otra condición es que tiene que ser antiguo, como mínimo cuando trabajaba en quala que fue en 2011 le colaboraba económicamente durante 4 años hasta la fecha del fallecimiento.

En lo relativo al negocio de panela que no se mencionó de manera expresa en cuanto las condiciones en que se realizó porque no era siempre, ni el negocio de panela ni el otro negocio, o la venta de maní, que no dieron un monto de ingresos porque no era representativo, no era nada, frente a la ayuda que si le brindaba la causante.

Que a los testigos Heider y Vanesa se les preguntó que, si el dte podía autosostenerse económicamente sin el aporte de la causante, ellos contestaron que no, porque lo que ella les daba era el 100% del total de ingresos del dte, y que si tuvo ingresos no eran constantes, lo único periódico era el aporte de la hija hoy fallecida.

En lo relacionado a la afiliación a la EPS no hay discusión que una hermana del dte lo tenía afiliado en la cual le paga los aportes a salud, que el valor pagado del aporte entre 70 y 80 mil es ínfima con relación a la ayuda que le daba la hija y que hoy asume el señor Heider debido a que el dte no puede laborar que esta demostrado que no laboraba para el momento en que la hija sufragaba los gastos personales, que tampoco quedó demostrado cuales bienes comerciales o inmuebles eran de su propiedad, que no tiene ni siquiera una cuenta de ahorros, por eso no se solicitó un extracto bancario por el dte no tiene, por ello es que la dependencia económica se puede acreditar a través de los testigos como fueron practicados; que el hecho de no aportar una factura para demostrar los gastos no se aportó porque no existe, que el artículo 161 del CPT y de la SS el juez tiene libertad probatoria para demostrar los hechos que se intentan acreditar, que aquí no hay hechos que se tengan que acreditar por medio de un documento y por eso es que se traen los testimonios, teniendo en cuenta esto y todos los demás los argumentos se encuentra acreditada la dependencia económica, por lo que solicito al Tribunal revocar totalmente la sentencia proferida y acceder a las pretensiones de la demanda.



APODERADO SRA. MARLENY BENAVIDES ROJAS

“Coadyuva la apelación presentada por el abogado de la parte actora, seré muy breve porque ha sido magníficamente sustentado, pero quiero apoyar este recurso; tenemos que dentro de la decisión tomada se habla del dte, se trata de un señor que hace muchos años no trabaja, que en su vida tuvo una situación penal que lo envió a su domicilio para pagar una pena, se habla de un negocio de panela, yo creo que hoy en día ni siquiera un trapiche tiene unos ingresos tan buenos como vender unas cuantas panelas para subsistencia, que es más que notorio que un negocio de panela no puede ser el sustento de una persona tratándose de la vida digna del dte, que está demostrado que había una ayuda económica, que no se hayan puesto de acuerdo porque precisamente la causante no llevaba recibos, que es un poco ridículo pedirle al papá un recibo del dinero que ella le entregaba y mucho menos que su hermano, que su mamá, su amiga Vanesa tenga que conocer exactamente la ayuda, lo único que es cierto y está demostrado es que el señor Fabio recibía ayuda 100 o 200 mil pesos que lo favorecía y podía mantener una vida digna familiar que es lo que la Corte siempre ha propugnado en sus sentencias, entonces no es necesario mostrar recibos, que el dinero recibido posterior a la muerte de Liceth no tiene nada que ver en este proceso, que una hermana lo esté ayudando o que su hijo lo ayude, que este afiliado a una EPS paga por su hermana, eso no tiene nada que ver para el momento en que su hija vivía, y le ayudaba.

Que es mi deseo que el Tribunal revoque la decisión tomada y pueda el señor Mahecha recibir esta pensión que le va a ayudar a tener una vida digna, que no es necesario demostrar viviendo en un sitio de invasión no es posible que el pueda tener una vida digna, y ahora menos cuando la ayuda de su hija no existe, muchas gracias”.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, el cual coadyuva el apoderado de la señora Marleny Benavides Rojas quien actúa en calidad de litisconsorte necesaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que, en síntesis, corresponden a: la solicitud para que se revoque la decisión y en su lugar se accede a las pretensiones de la demanda, al manifestar entre lo más importante, que para la fecha que aparece en la investigación administrativa que obra en el proceso, esto es, 20 de abril de 2016, no corresponde a la data en que realmente se realizó la misma, al agregar



que, la visita efectuada a los padres de la causante fue antes del año 2015, teniendo en cuenta que el fallecimiento de la señora Dayana Mahecha tuvo lugar el 27 de diciembre de 2014.

Entre otros puntos de apelación, también hizo parte del recurso la solicitud para que las manifestaciones de los testigos Heider Mahecha y Vanesa Matiz se tengan en cuenta, al considerar que con su dicho se logra acreditar la dependencia económica del demandante respecto de su hija; aduce que, como mínimo la contribución económica que recibía el actor correspondía a \$200.000 suma que era significativa teniendo en cuenta las condiciones de vida del demandante; que los ingresos percibidos por el negocio de panela o maní ejercido por el promotor no eran significativos; que la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud del señor Fabio Mahecha no se compara con la ayuda que su hija le proveía, y que al no tener ni siquiera una cuenta de ahorros, el único medio probatorio para acreditar la dependencia económica resulta ser los testigos referidos.

En primer lugar, no se encuentra en controversia el parentesco del demandante respecto de la causante, su hija, la señora Dayana Liceth Mahecha Benavides, y que ella falleció el día 27 de diciembre de 2014.

Por otro lado, le asiste razón al juzgado de instancia al analizar el caso bajo la norma vigente para el momento del fallecimiento del afiliado, esto es, el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 el cual señala que: “*A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste*”, norma de la que la Corte Constitucional mediante sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006 declaró inexecutable la expresión “*de forma*



total y absoluta”, es decir, que en lo sucesivo, tal dependencia económica será parcial.

En tal orden de ideas, procede la Sala a resolver el recurso formulado por el apoderado del demandante el señor Fabio Augusto Mahecha, partiendo de las consideraciones jurisprudenciales al respecto, criterios que se tornan pacíficos al interior de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo, que para acceder a la pensión de sobrevivientes la dependencia de los padres no tiene que ser total y absoluta, y por tanto, pueden recibir ingresos por su propio trabajo o recursos de otras fuentes, siempre y cuando esto no los convierta en autosuficientes. (SL3536-2021).

En el presente caso, se hace necesario contrastar la información recaudada en la investigación realizada por la sociedad ACIR LTDA a favor de la AFP Protección S.A., (fls.85 a 96), con las diferentes declaraciones rendidas tanto por los testigos Heider Mahecha (hermano de la causante), y Vanesa Matiz, así también, de la madre y el padre demandante con ocasión del interrogatorio de parte, para que sean valoradas en conjunto con los demás medios probatorios documentales allegados al proceso, sin perder de vista el principio de consonancia que debe conservar recurso de apelación formulado.

A folios 129 a 131 obra comunicación de fecha 20 de junio de 2016 suscrita por la entidad demandada y dirigida a los padres de la causante, los señores Marleny Benavides Rojas y Fabio Augusto Mahecha Mahecha, mediante la cual les informan, que una vez realizada la investigación concluyó el Fondo de Pensiones que los progenitores no dependían



económicamente de la fallecida, al constatar que sin el aporte de la afiliada los padres podían subsistir sin ser vulnerado el “mínimo existencial”.

Del escrito de investigación se puede leer que la sociedad que investigó el caso, de manera general refirió sobre la causante que esta convivía con la madre y hermanos en un inmueble arrendado; que laboraba al servicio de la empresa Quala S.A. desde el 11 de abril de 2011, vinculada por medio de un contrato de trabajo a término indefinido ocupando el cargo de operaria de máquina de fabrica devengando como salario mensual la suma de \$774.000, un poco más del mínimo legal para el año 2014.

De la madre de la fallecida, esto es, de la señora Marleny Benavides Rojas, encontró que labora de manera independiente en una tienda de su propiedad, ubicada en el primer piso donde reside, que vende dulces, gaseosas y jugos, actividad de la que percibe como ingresos la suma de \$689.500, que la afiliada aportaba para los gastos del grupo familiar la suma de \$500.000 mensuales, representados en el pago de arriendo, servicios y alimentación.

Que la señora Marleny Benavides con posterioridad al deceso de su hija continuó subsistiendo con los ingresos provenientes de la tienda y del aporte mensual que le procura su hijo Heider Mahecha en la suma de \$100.000; que la empresa donde laboraba la causante le entregó la cantidad de \$1.433.349 por concepto de liquidación de prestaciones sociales.

Llama la atención que la investigación recolecto datos que no conducen al convencimiento que la causante destinara parte de sus ingresos al



sostenimiento de su padre hoy demandante, simplemente porque teniendo en cuenta que su ingreso no superaba la suma de \$774.000, es por lo que no se entiende lo siguiente:

Que los egresos del grupo familiar ascendían a la suma de \$1.463.000, representados en alimentación pro \$400.000, servicios públicos \$150.000, arriendo \$600.000, otros egresos \$313.000, mientras que por ingresos la causante aportaba \$500.000 y la madre \$689.500, cifras que no resultan concordantes, y no permiten una apreciación probatoria conducente y pertinente a acreditar los supuestos facticos planteados por el demandante en el escrito inicial, aunado al hecho el padre reclamante no convivía con la afiliada fallecida.

Continuando con el análisis de la investigación realizada por la demandada por intermedio de un tercero, en otro aparte de la misma se observa que, la afiliada aportaba como ya se indicó, para el sostenimiento de su núcleo familiar la suma de \$500.000, y que el valor restante lo destinaba en suma de \$200.000 para su padre, y los \$74.000 restantes los utilizaba para vestuario y transporte.

Así las cosas, no resulta concordante lo afirmado por el demandante al momento de la entrevista con ocasión a la investigación, con lo escrito en la demanda y lo manifestado por este al contestar el interrogatorio de parte ante el juzgado de instancia, comoquiera que, en el escrito inicial no se informa cifra alguna mensual, en la declaración rendida señaló que la suma recibida por su hija estaba por encima de los \$300.000 o \$350.000, y en la investigación dijo que eran \$200.000.



Agregó el demandante en la investigación que su hijo Heider había incrementado el aporte mensual de \$150.000 a \$350.000 debido a la falta de la ayuda de su hija, dato que además de resultar desproporcionado, es contrario al hecho afirmado en el interrogatorio por el actor, esto es, que en el año inmediatamente anterior al deceso de Dayana Mahecha su hijo se encontraba prestando servicio en el ejército, y entonces desde cuándo empezó a recibir la ayuda por parte de su hijo, siendo que este último en calidad de testigo manifestó que había salido del servicio militar el 5 de enero de 2013, y que había conseguido trabajo aproximadamente seis meses después, y que por ello fue que empezó a colaborarle a su padre con la suma entre 100 y 150 mil pesos mensuales, afirmaciones abiertamente contrarias.

Llama la atención que el propio demandante es el único que comenta que la causante vivía con él por “épocas”, toda vez que de las declaraciones testimoniales de los señores Vanesa Matiz y Heider Mahecha, primero, no se puede inferir que así sucediera, y segundo, contrario a lo manifestado por el apoderado del actor en el recurso, tampoco se puede inferir que, respecto de la demandante, el señor Fabio Mahecha dependiera económicamente, por lo menos de manera parcial, ya que no se observan ni siquiera indicios de una ayuda permanente, importante y determinante para satisfacer sus necesidades.

Contrario a ello, lo que persiste es una orfandad probatoria al respecto, sin que resulte caprichosa tal conclusión, ya que son evidentes las serias contradicciones entre los deponentes que concurrieron al proceso, no solo con las cifras de la presunta ayuda económica, sino con la cronología de los hechos comentados.



Ahora, si el recurrente precisa que el medio probatorio idóneo para acreditar la dependencia económica del padre respecto de su hija Dayana Mahecha, son los testimonios, lo cierto es que, del dicho de aquellos no se logra tal propósito; por ejemplo, la señora Vanesa Matiz indicó que acompañaba a la causante a llevar el dinero a su padre en sumas entre 250 mil y 300 mil pesos, información que contradice no solo lo consignado por el demandante en la investigación, sino también lo afirmado por este en el interrogatorio de parte, incluso la testigo indicó que a veces la ayuda no era en dinero sino en mercado ,y que no la acompañaba siempre, por ende, con la deponente no es posible acreditar una ayuda económica significativa y constante.

Por parte del dicho del señor Heider Mahecha la situación no es distinta, al no estar seguro si la ayuda de la fallecida era de 300 mil o 400 mil pesos, y algo importante, informó al juzgado que su relación con su progenitor no pasaba por buen momento, manifestación que aparte de no contribuir a probar la dependencia económica parcial del demandante respecto de su hija, tampoco permite deducir con claridad que le consta las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la manera en que la señora Dayana Mahecha contribuía con la subsistencia del actor.

Por último, si bien es cierto que la reclamación pensional se hizo por los padres de la causante ante la demandada en el mes de febrero del año 2015, y que el informe rendido por la sociedad ACIR LTDA sobre la investigación realizada tiene fecha del 20 de abril de 2016, ello no es óbice para que la información que allí aparece aportada por los reclamantes y demás entrevistados no se tenga en cuenta, o no corresponda para el momento del deceso de la señora Dayana Mahecha, puesto que se trata de



versiones libres y espontáneas que refieren hechos anteriores que comprometen la participación de la fallecida, por consiguiente, la inmediatez de la investigación realizada y la correspondiente respuesta entregada por el Fondo de Pensiones demandado, no alteran la conclusión a la que arribó la juez a quo y ahora la Sala, esto es, la falta de acreditación del requisito de dependencia económica, por lo menos parcial, del demandante respecto de la causante la señora Dayana Mahecha.

En cuanto a lo manifestado por el apoderado de la señora Marleny Benavides, al aducir que coadyuvaba el recurso formulado por la parte actora, cabe indicar que, no refiere una inconformidad distinta que deba ser resuelta con el recurso principal, y contrario a ello, su sustentación no pasa de ser un alegato de instancia, puesto que no es posible resaltar un discurso argumentativo dirigido a controvertir la decisión de primera instancia, ni siquiera se alude al material probatorio que sirva para la prosperidad del recurso presentado por su antecesor.

En consecuencia, por todo lo antes considerado se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 10-2019-74-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: YUDY DAMARYS MATALLANA
VARGAS**

DEMANDADO: BANCOLOMBIA SA

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Una vez, corrido el traslado de ley, el apoderado de la parte demandada, presentó alegatos de conclusión.

P R E T E N S I O N E S

YUDY DAMARYS MATALLANA VARGAS, mediante apoderado, instauró demanda contra **BANCOLOMBIA SA** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 5 de marzo de 2014, con una asignación salarial de \$1.182.000, más bonificaciones, que se terminó por un despido ilegal e injusto, vulnerando el debido proceso, por lo que carece de efecto jurídico. Solicita pago de salarios prestaciones, vacaciones aportes, indemnización por despido y sanción moratoria. (fls 65 al 75).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que laboró para la demandada en el cargo de gestor de microfinanzas, ingresando el 5 de marzo de 2014 y despedida el 25 de julio de 2016, que se caracterizó por ser una excelente trabajadora, que se afilió a los sindicatos que el 30 de junio de 2016, el grupo de trabajo decidió salir a departir fuera del horario laboral, sin prendas del Banco en un bar ubicado en el centro comercial centro suba, salida que no tuvo novedad, que el 25 de julio recibió un escrito por el cual se le despedía con justa causa y que tenía 10 minutos para retirarse del Banco, que no fue llamada a descargos, que no existen pruebas, que no tuvo oportunidad de controvertir, sin cumplir con la sentencia SL 15245 de 2014. (Fls 65 al 75). Luego de su inadmisión la demanda fue subsanada

La demanda fue contestada mediante apoderado quien se opuso a todas y cada unas de las pretensiones de la demanda, excepto a declarar la existencia del contrato de trabajo, aclarando que inicialmente fue a término fijo. Afirmó que el contrato de trabajo se terminó con justa causa, que no existe acción de reintegro ni estabilidad laboral reforzada y que pagó todo lo adeudado. Negó los hechos, se itera excepto el 1 y 2 en cuanto al contrato. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, justa causa para terminar el contrato de trabajo, imposibilidad de reintegro por ausencia de circunstancias de las que se pueda derivar una estabilidad laboral reforzada, prescripción. (Fls 101 a 114)

Tramitada la primera instancia, la Juez 10 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno, (2021), por la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre YUDY DAMARIS MATALLANA VARGAS y la demandada sociedad BANCOLOMBIA SA existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de marzo de 2014 y finalizó el 25 de julio de 2016, por decisión unilateral del empleador sin justa causa; que la demandante devengaba un salario de \$1180.920 más bonificaciones y el Despacho declara un salario promedio del último año laborado en \$3.047.806 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Vacaciones aportes, indemnización del art 65 CST, pago de aportes en pensión, en consecuencia, se ABSUELVE de estas pretensiones, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad BANCOLOMBIA SA a pagar a favor de la demandante YUDY DAMARIS MATA LLANA VARGAS la indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del CST., suma que deberá pagarse debidamente indexada, en la suma de \$5.775.153,83 de conformidad con la parte motiva de la sentencia...”

Para llegar a esa decisión señaló la Juez en síntesis que: “...tenemos como hechos probados que la parte demandada Bancolombia, acepta en la contestación de la demanda que la demandante desde el 4 de marzo de 2014 al 25 de julio de 2016 al 25 de julio de 2016 laboró para la entidad, desempeñaba el cargo de gestor comercial microfinanzas en la sucursal mi negocio de Suba. Indica la demandada que no se acepta el salario de la demandante establecido en los hechos de la demanda porque tenía un salario básico de \$1.180.920 pesos.... Los problemas jurídicos son: causal de despido y de igual manera debemos entrar a establecer cuál es el salario real que devengaba la demandante; pues mientras la actora indica que era un salario básico más comisiones, la parte demandada indica un salario básico de \$1.180.920 pesos. Entonces este despacho deberá establecer en primer término, la naturaleza del contrato y el valor del salario de la señora demandante, así mismo deberá entrar a establecerse efectivamente si existió un despido con justa causa de parte de Bancolombia y estudiar así las pretensiones. Para resolver este proceso tenemos que se aportaron como pruebas el reglamento interno de trabajo de Bancolombia, la carta de despido del 25 de julio de 2016, contrato individual de trabajo a término fijo, acuerdo de confidencialidad, formulario y afiliación al sistemas, seguridad social así como las afiliaciones a caja de compensación familiar, la comunicación del 2 de Octubre de 2014 donde se notifica no proroga de contrato a término fijo, cláusula adicional del contrato de trabajo en donde demandante y demandada acordaron modificar la naturaleza del contrato de termino fijo a contrato a término indefinido, formato de la descripción del cargo de la demandante, formato de contribución con la organización, valoración del desempeño de colaboradores del año 2015, carta de terminación del contrato con justa causa del 25 de julio de 2016, liquidación del contrato, formato de datos de retiro del empleado, certificación expedida por Bancolombia del 4 de agosto de 2016 y comunicación dirigida a protección para que la demandante pueda retirar cesantías, escrito de la demandante donde autoriza la consignación de las prestaciones sociales, autorización de examen médico de retiro, comprobante de pago a la seguridad social de los últimos 3 meses, código de ética de Bancolombia, correo electrónico sobre la declaración de lo sucedido en el bar, impresión de correo electrónico ocurrido en el bar en 30 de junio del año 2016 con la demandante y sus compañeros de trabajo se practicó dentro del proceso el interrogatorio de parte del representante legal Andrés Felipe, así mismo el interrogatorio de parte de la señora Yudi Damaris Matallana Vargas, se recibieron las testimoniales del señor Cristian, del señor Édison Alberto, del señor Oscar Alexander García y de la señora Patricia del pilar, los demás medios de prueba que han sido decretados por el despacho para la parte demandante. Entonces el despacho entra a resolver en primer término, lo que corresponde al primer interrogante y es que dentro de este proceso está demostrada la relación laboral de la

señora demandante dado que Bancolombia S.A no desconoce la relación de trabajo y señala que efectivamente laboró desde el 4 de marzo de 2014 hasta el 25 de julio de 2016, que el último cargo fue de gestor comercial microfinanzas en la sucursal suba y lo único que indica es que inició el contrato de empleo con un contrato a término fijo y luego hubo una modificación a contrato de termino indefinido. Tenemos que efectivamente obra en el plenario el acuerdo firmado por las partes en donde tenemos que inicialmente también obra el contrato a término fijo y que está a folio 115 118 que era inferior a un año, por 8 meses en donde se señaló que inicio el 5 de marzo de 2014 al 4 de noviembre del año 2014 con un salario de \$1.014.631 pesos, luego a folio 27 se encuentra dicha cláusula adicional al contrato, en donde las partes entidad y trabajadora de mutuo acuerdo deciden cambiar la modalidad de contrato a término fijo de un año a uno por termino indefinido con inicio del 5 de noviembre de 2014. también obra el formato de descripción del cargo de la demandante, se confirma el cargo y a folio 138 y 139 obra certificación laboral de 4 de agosto de 2016 expedida por la aquí demandada donde se certifica que la demandante laboro desde el 5 de marzo de 2014 hasta el 25 de julio de 2016 en el cargo de gestor comercial y que el retiro fue con justa causa, y obra a folios 22 y 23 y folio 133 y 134 la carta de despido de la accionante de fecha 25 de julio 2016, también obra a folio 432 documento de liquidación de la demandante en donde efectivamente se realiza liquidación y se hace el pago de la correspondientes liquidaciones realizadas por la entidad demandada y en la liquidación de contrato se puede establecer que tiene como fecha de ingreso el 5 de marzo de 2014 y que la terminación fue el 25 de julio de 2016 con un salario de \$1.180.920 y esa fue la fuente de la liquidación. De lo anterior se logra entonces reafirmar que lo manifestado por Bancolombia S.A al responder la demanda en pacto a que efectivamente la señora demandante laboró para la demandada desde el 5 de marzo de 2014 hasta el 25 de julio de 2016 en el cargo de gestor comercial microfinanzas sucursal suba. Sin embargo, no existe un acuerdo ni aceptación por parte de Bancolombia de la manifestación hecha en la demanda en cuanto a que la señora demandante devenga un salario de \$1.182.000 más bonificaciones, la demandada asegura que su salario básico era de \$1.180.920 pesos, al respecto tenemos que efectivamente tenemos que el salario de \$1.180.920 figura en la liquidación de contrato de trabajo, pero también tenemos que aunque no se acreditaron nóminas ni desprendibles de nómina, **si se acreditaron a folio 155 a 158 las correspondientes planillas de pago a seguridad social en donde allí se puede establecer que se informa como salario básico \$1.180.920 pesos, pero como ingreso base de cotización la suma que recibida el trabajador efectivamente como salario y tenemos que se cotiza en el ingreso base de cotizaciones seguridad social, integral y específicamente esta operadora en el interrogatorio de parte, se le preguntó al representante legal de la demandada si la empresa había cotizado seguridad social por la demandante sobre el salario efectivamente devengado por la demandante y efectivamente dio la respuesta de que si se tramitaba por el valor efectivamente devengado por la señora demandante. Aunado a ello tenemos que el señor Édison Alberto fue el jefe inmediato de la señora demandante e indicó a este estrado judicial donde se le preguntó que si la demandante recibía un salario básico más bonificaciones mensuales y él dijo que si, que recibía un salario básico más bonificaciones mensuales, bonificaciones que era por el cumplimiento de metas comerciales y entonces tenemos que efectivamente está, demostrado en el proceso la afirmación hecha por la demandante en la demanda de recibir un salario básico más bonificaciones y que de conformidad entonces a las planillas de seguridad social que según el representante legal se cotizaba por el salario y que adicionalmente el jefe inmediato notifica que esas bonificaciones eran unos pagos por el cumplimiento de metas cumplidas que se le indicaban a la**

demandante, tenemos entonces que dicha bonificaciones si retribuían directamente el salario porque dependían del cumplimiento de sus metas laborales. Entonces tenemos que al revisar las documentales de ingresos bases de cotización reportados por la demandada a la demandante se puede establecer que la señora demandante para el mes de julio del año 2016 se le reporto un ingreso base de cotización de \$2.569.000 pesos y se reportaron 30 días de cotización, que para el mes de junio de 2016 se reportó, \$5.269.000 pesos, para el mes de mayo \$2.312.000 pesos, para el mes de abril de 2016 fueron \$1.902.000 pesos, para el mes de marzo \$2.528.000 pesos, para el mes de febrero 2016 \$2.654.000 pesos, en enero de 2016 \$2.436.000 pesos, en diciembre de 2015 \$6.023.000 pesos, en noviembre 15 \$2.388.000 pesos, octubre de 2015 \$2.476.000 pesos, en septiembre del año 2015 \$1.285.000 pesos, en agosto \$4.409.000 pesos, y en el mes de julio \$4.505.000 pesos, por que? hace esta revisión el despacho, porque lo que se puede determinar era que la señora demandante tenía entonces un salario variable y necesita establecer el despacho cual era ese salario promedio mensual que devengaba la demádate, por ello tenemos entonces que no podemos que no podemos tomar el valor total del mes de julio de \$2.569.000 pesos dado que se reportó, que era por 30 días y la señora demandante solo labor 25 días por eso este despacho para efectos del mes de julio del año 2016 con esos 25 días toma la suma de \$2.140.833 pesos y en relación al mes de julio del año 2015 tenemos entonces que este despacho toma y tiene en cuenta que se reportó, a seguridad social la suma de \$4.505.000 pesos pero estos 4 millones es por 30 días cotizados y la señora demandante para tomar 1 año anterior, desde el 25 de julio de 2016 hasta el 25 del año 2015 por tanto solo podemos tomar 5 días de ese periodo y será \$750.833 pesos porque sumadas estas cantidades nos permite establecer, **un salario promedio mensual de \$3.047.806 pesos y así se declara como la declaración.**

Ahora bien, también se declarará que el contrato era un contrato a término indefinido. En cuanto al despido unilateral sin justa causa por parte del empleador, debemos tener en cuenta que no hay discusión sobre la fecha de terminación y que obra a folio 20 y 21 del expediente la carta de terminación enviada por la demandada a la demandante en los siguientes términos... (cita la carta).

Analizando la situación es oportuno traer aquí a colación en este momento las normas que enunció la parte demandada para dar por terminado el contrato a la señora demádate, (las cita nuevamente). Agregó la Juez que cuando se aduce la existencia de un despido sin justa causa por la parte actora o por el trabajador, tenemos que la jurisprudencia de la honorable corte suprema de justicia tiene asentado que corresponde al trabajador demostrar el hecho del despido y una vez demostrado del despido se invierte la carga y corresponde a la parte demandada demostrar la justeza de la causa invocada, es decir, que sea justa causa para el despido.

Luego acude a las pruebas y concluye que la demandada, Bancolombia S.A no logra demostrar ante este proceso la justa causa para haber terminado el contrato de la demádate la señora Damaris por las siguientes razones.

Primero tenemos que en la carta del 25 de julio de 2016 en la cual se le da por terminado el contrato de trabajo, a la demandante se le enumeran una serie de normas que se señalan transgredidas por la demandante, pero cuando estamos hablando ya de los motivos, los motivos que se le expresan a la demandante son de manera indeterminada, imprecisa, inconcreción hechos, teniendo en cuenta que en la carta de terminación del contrato, en primera instancia se le dice a la señora demandante es que la gerencia comercial, la gerencia de talento humano y esta coordinación ha decidido en 3 ocasiones diferentes durante los últimos dos meses quejas verbales de los compañeros de trabajo en las cuales manifiestan su inadecuado comportamiento su

forma de relacionarse con ellos falta de cortesía, cordialidad y respeto; **pero no se señala quienes fueron los compañeros que impusieron las quejas, no se le indica a la señora demandante cuando ocurrieron los hechos de estas transgresiones que se le imputan en su actuar y en su comportamiento frente a los compañeros.** entonces tenemos en primer lugar no están establecido de quienes son las quejas, no se indica cuando fueron dichas quejas solo se indica que fueron en los últimos 2 meses, pero mucho menos se indica a la señora demandante en la carta cuando ocurrieron los hechos que ocasionaron esas 3 quejas. Ahora también tenemos que en la aludida carta se indica a la señora demandante, que se recibió vía línea ética del banco una queja el día 19 de julio del año 2016 que tampoco indica si fue anónima, si se conoce a la persona que la interpuso y vuelve y se señala que es que es por el respeto y que está generándole afectaciones en la salud emocional a algunos de los compañeros. pero no se indica de cuales compañeros ni a quienes es que ha estado maltratando la señora Damaris para que se llegue a esta queja, ni se dice que en la línea de ética se indique cuáles son las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos con los cuales se presenta la queja, es decir, es una queja indeterminada. Ahora se señala que el día 6 de julio de 2016 se tuvo conocimiento sobre una situación presentada el jueves 30 de junio de 2016 en un bar ubicado en el tercer piso del centro comercial de suba, donde también queda situada la oficina, en esa oportunidad las personas que estaban allí evidenciaron que ella y sus compañeros hablaban en un tono muy alto, que hacían comentarios indecentes sobre algunos compañeros de la institución y que lo sabían por que portaban el uniforme de Bancolombia y así hacen que quede mal el nombre del banco, en la carta no se indica por medio de que personas se conoció esta información y tampoco se indica ni siquiera de que compañeros estaba hablando o a que compañeros estaba irrespetando en la dicha conversación del 30 de junio de 2016. Que el señor Huerfano es quien firma la carta de terminación de contrato de la demandante y Édison Alberto como coordinador de ventas en la sucursal de suba indica que habiendo tenido ese conocimiento él se dirigió al bar en cuestión y procedió a hablar con el administrador del bar el día 6 de julio del año 2016 y que corroboró los hechos, el administrador manifestó su indignación por la falta de respeto, amabilidad, etc también se le indicó a la demandante que a ella se le había dado la capacitación sobre estos temas, que debía observar los valores corporativos del grupo Bancolombia, que tenemos en relación a estas manifestaciones, nos encontramos en el expediente que se allega por parte de Bancolombia una documental correspondiente a la impresión de un correo electrónico que se cruza entre lo que corresponde al señor Huerfano y a la señora Patricia del Pilar Rubiano, que se encuentra ubicado en el expediente a folio 151 al folio 152 y 153 del plenario en donde encontramos en el folio 152 específicamente que el señor Édison Alberto Huerfano el día 22 de julio de 2016 envió un correo a Patricia del Pilar Rubiano en donde le indica que quiere ponerle en contexto el suceso del 5 de julio, en donde la funcionaria Nicol manifiesta una conversación de una persona llamada, Dana administradora de un banco del centro comercial centro suba señalando lo siguiente:” el día 30 de junio se encontraban unas personas en el bar del centro comercial ubicado en el tercer piso y ella estima que más o menos habían 6 personas y se dio cuenta que eran de Bancolombia ya que llevaban algunos uniformes que los identificaban, **Dana manifiesta que había una señora medio gordita que gritaba mucho y dentro de su vocabulario estaba señalando el nombre de dos de sus compañeros Nicol y Lina quienes no estaban en el momento, acuérdesese de que en la carta de terminación de contrato nunca, se le hablo a la señora demandante que ella estaba hablando mal de trabajadoras llamadas Nicol y Lina. Ahora más adelante se agrega que entre palabras de grueso calibre, que la señorita quedó asombrada de cómo se dirigían a estas dos personas, casualmente la administradora resultó siendo**

*amiga o conocida de Nicol, la auxiliar de mi oficina, manifestándole por medio de WhatsApp lo sucedido y las palabras que utilizaba la funcionaria Damaris en ese momento y sus compañeros. Indica el señor Huérfano me tome el atrevimiento de subir y hablar con la señorita Danna, quien muy amablemente me dio a conocer el suceso antes descrito y de igual manera me disculpe por llevar el nombre de Bancolombia en un lugar público, pues no es apto para nosotros como empleados con el logotipo que nos identifica del banco. La señorita me señaló con pena y dolor que no le gustó el comportamiento de los personajes que estuvieron ya que hablaban en palabras de grueso calibre señalando a Nicol y a Lina diciendo que ojalá fueran trasladadas y que en otro lado no las aguantarían, que no merecían estar en la entidad. **Según Dana señalan una señora medio gordita, dos hombres y una persona de cuerpo delgado pero que la que más hablaba era la gordita a grito entero y que estaban sentados en la barra, casualmente resultó sin nada que ver, una amistad de la señorita Nicol que quedo inquieta con sus palabras en la manera en cómo se manejó el dialogo entre los funcionarios que en ese momento estaban compartiendo. La señora Patricia del Pilar Rubiano según la contestación del correo le pregunta que cuando fue que habló con la señora, y le dijo que el 5 de Julio, posteriormente le responde nuevamente la señora Patricia del Pilar y le dice me queda la duda porque cuando yo estuve en suba fue el miércoles 9 de Julio y ese día tu no habías conversado con la señora. Quedo atenta y ratifica entonces que, efectivamente ese día 6 fue a las 2 de la tarde. Que tenemos frente a este correo?, primero hay que hacer una observación lo trae la parte demandada y se debe aclarar que la impresión del correo está incompleta aunque a folio 153 claramente dice mensaje recortado, que le preguntó a la señora Patricia del Pilar si sabía porque no se había entregado la totalidad y ella indicó que se le había entregado a los apoderados la totalidad y que no sabía por qué se había cortado eso tenemos que al respecto el señor Huérfano en este escrito dirigido a la señora Patricia del Pilar quien es analista de gestión humana le indica que él habló con una administradora, con una señora Danna, y primero es eso, en la carta de terminación del contrato de trabajo se indica que se habló con un administrador y en esta comunicación que traen ellos se indica que se habló con una señora Danna. Cuando se interroga al señor huérfano en su testimonial, por esta operadora judicial se le preguntó si ella era la administradora dice que realmente no recuerda si era la administradora o una mesera del lugar, en primer término. Segundo cuando le pregunta esta operadora judicial como supo a quien se le estaba indicando que se le había informado a él que era la señora Damaris, aquí demandante la que estaba hablando con improperios, palabras gruesas había sido Damaris, que si la señora Aldana se lo había dicho expresamente, **indicó a este estrado judicial que no, que como lo dicen en el correo electrónico le dijo que era una señora medio gordita que gritaba mucho y que por eso él llegó a la conclusión era Damaris en su concepto la única señora gordita en su sede está la señora Damaris situación que difícilmente se puede establecer en el despacho** dado que se ha dicho que son 12 personas las que laboraban pero tenemos el dicho del último testigo el señor Óscar García a quién le preguntaron qué personas estaban ese día 30 de junio del año 2016 e indicó que estaba la señora Tatiana, Damaris, Mayerly, Marcela es decir cuatro mujeres dos hombres él y Cristian se le preguntó si estas Damas era gruesitas y él explicó que sí que incluso Damaris y Mayerly se parecen mucho y que las otras dos compañeras tenían más de 170 de estatura y que también podrían caer en la definición de gruesitas llegar a decir que eran gordas o gorditas, entonces tenemos que el dicho del señor huérfano, de que solamente la señora Damaris era la única que podía catalogarse o describirse como gordita, no lo es, sin querer este estrado judicial ser irreverente con la señora Damaris y las demás compañeras de trabajo según el dicho del señor Óscar García incluso se indicó la señora Mayerly era parecida a la señora***

Damaris y al ser preguntado por este estrado judicial el señor Wert cómo llegó a la conclusión indica que para él la única gordita era la señora Damaris, le pregunta el despacho al señor huérfano y a la señora sí cuando se presentaron estas situaciones el 30 de junio del año 6 se habló con los implicados es decir con las otras personas que estaban supuestamente con la señora Damaris y si el habló con los compañeros de trabajo el día 30 de junio de 2016 también se indicó que eran Paola Tatiana Oscar Christian ellas esto es coincidente con los testigos cristianos y el señor Óscar García que también relacionaron a las mismas personas y **entonces el señor huérfano cuando se le pregunta si se consultó a estas personas para corroborar la versión de la señora Dana informa que no, que no se investigó, no se llamó a hablar con ellos porque es que la señora Damaris traía antecedentes de mal comportamiento con sus compañeros** lo mismo dijo la señora Patricia del Pilar, es más la señora Patricia indicó en su declaración que ellos sabían quiénes eran los compañeros que estuvieron con ella el banco **pero también dijo que no los había escuchado ni se había hecho ninguna investigación ni se les había preguntado entonces encontramos que la identificación del Banco que la señora Damaris era la que estaba realizando esa conducta inadecuada** y hablar de unas trabajadoras que nunca fueron mencionadas en la carta y sorprendentemente en las declaraciones si vienen a dar los nombres, que son Carol y Lina, **no se hizo ninguna investigación al respecto solamente fue una deducción como queda claramente establecido, el señor huérfano en su afirmación “es que la persona gordita” la única persona gordita que había en la seccional en la oficina era Damaris, afirmación que no encuentra soporte en el proceso, es difícil para este estrado judicial establecer si efectivamente la señora Damaris era la única persona de dicha característica.** Ahora también tenemos que cuando se le preguntó al representante legal este no sabía prácticamente nada, él solamente supo que habían antecedentes de unas conductas pero no sabe que trabajadoras las pusieron, cuando las colocaron, de que se trataron los hechos, tampoco sabe que conductas se siguieron por el Banco, habla de una queja ante la línea de ética pero tampoco sabe si fue personalizada ni cuales fueron los hechos y aquí viene a decir en términos generales **que la señora Damaris se portaba mal con sus compañeros, pero no relatan ni en la carta ni aquí cuando ocurrieron los hechos de maltrato de los cuales hablan para que pueda el Despacho entrar a corroborarlos,** porque se le pregunta al señor Guaqueta y al señor Oscar García si ellos presenciaron en alguna oportunidad que la señora Damaris hubiese maltratado a sus compañeros de trabajo o hubiese tenido problemas, señalan que de corma conteste que no, que nunca que había una muy buena relación en la oficina e incluso se señala que Carolina era un poco apartada del grupo, pero en gracia de discusión, se diría, bueno son los testigos de la parte demandante **pero es que cuando analizamos la declaración del señor huérfano, jefe inmediato, si bien es cierto indicó, que la señora demandante tenía problemas con los compañeros, ni siquiera precisó con cuales compañeros como se hizo en la carta sin precisar con cuales,** tenemos que más adelante, él mismo indica, es que ellos tenían muy buena relación de compañeros eran una hermandad, salían, compartían, almorzaban y luego lo que no estaban integradas a esa hermandad del grupo de trabajo Carol y Lina, entonces cómo es posible que se hable de maltrato de la señora demandante ya que en la carta se habla es de que es con compañeros de trabajo, y el señor huérfano venga a decir, no, era que había una relación de hermandad de amigos, de compañerismo el mismo esta desvirtuando lo que se dice en la carta. Ahora que más tenemos dentro de este asunto, recordemos que dentro de las causales que se están invocando, dentro de la normatividad que se invoca por la demandada tenemos que se hace a lución a causales correspondientes o que tienen que ver con el reglamento interno de trabajo con las obligaciones y los

deberes generales que es respeto y subordinación a los superiores y ni siquiera en la carta se alude a que ella le haya faltado al respeto a un superior, en ninguna parte se alude a esta situación. Ahora tenemos también que dentro de las cláusulas que también se invocan se señala respeto a sus compañeros de trabajo, pero si bien es cierto la carta invoca que hay una falta de respeto con sus compañeros de trabajo lo que tenemos es que la carta ni siquiera se señala contra cuales compañeros de trabajo y se señaló que eran amigos, pero en ningún momento nos relatan los compañeros de trabajo que hayan observado discusiones o problemas de malos tratos de la señora Demandante a ninguno de sus compañeros de trabajo. Se habla en la carta de que ese día portaban el uniforme, pues eso no lo logra demostrar el banco ya que solo está el dicho del señor huérfano que habla de una señora llamada Danna y el viene y nos relaciona aquí u habla de Danna, pero no sabe si era administradora o mesera y finalmente y entonces se dice que esa señora le dijo que tenían el uniforme, cuando interrogamos a las personas que estuvieron físicamente presentes en la reunión del 30 de junio de 2016, dijeron no llevábamos los uniformes, nos quitamos los uniformes y el carne del banco entonces no se encuentra demostrado que estuviera portando alguna insignia del banco ese día. Ahora dice el señor huérfano y la señora Pilar, es que eran conocidos en el centro comercial y en el Bar, pero si eran conocidos e indican que la señora Damaris hacia cobros al dueño del Bar porque habían créditos, entonces si es así, entonces porque no le informó el nombre al señor huérfano y solo le indicaron que era una señora gordita, es más, la señora de la que se habla en el correo, señora Ana no fue traída a este estrado judicial para esa información, solo tenemos las manifestaciones del señor huérfano. Se dice que se debe realizar la labor personalmente y en los términos estipulados, pero aquí no se le dice que dejó de realizar alguna labor o hubiese desconocido alguna orden. Y guardar la moral con sus superiores y compañeros, pero no se alegó algún altercado con su superior y solo se aducen circunstancias genéricas y no relatan los hechos para poder corroborar la existencia de los mismos.... **En relación a la terminación del contrato encuentra esta operadora judicial que de las pruebas allegadas no logra establecer en el presente proceso y demostrar que ese despido lo fue por justa causa, se enumeraron una serie de normas pero no se señalaron realmente los motivos y el parágrafo del art. 7 impone al empleador dar a conocer esos hechos y motivaciones para que después no se puedan alegar y es solo en un correo que se habla de unas trabajadoras Carol y Lina, pero no hay prueba de que ellas hubieran presentado ninguna queja. Aunado a lo anterior, a la demandante no se le dieron a conocer estos hechos ya que esta operadora judicial preguntó sobre si se le informaron a lo que se respondió por parte de la demandada que no recuerda el señor huérfano si habló con ella y viene la señora patricia del Pilar y le dice al Despacho es que sí el señor huérfano previamente a entregarle la carta la llamó y le dio la oportunidad de que se explicara y se manifestara sobre los hechos relatados en la carta, no señalan que previo a ello se le haya manifestado que podía presentar su versión a la señora demandante, sin que se trate de un proceso disciplinario. Entonces por estas razones considera el despacho que no se encuentran demostradas la justa causa, o las justas causas que invoca el banco, Bancolombia para despedir a la demandante, por ende existió un despido unilateral y sin justa causa... No está probado que la señora demandante gozara de algún tipo de fuero especial para efectos de terminar su contrato, es decir que fuera una aforada por ser directiva de un sindicato o que la señora demandante tuviese un fuero de estabilidad laboral reforzada por estado de salud y por ende se requiriera el permiso del Ministerio de Trabajo y tenemos entonces que no hay una razón para dejar sin efectos jurídicos el despido realizado por Bancolombia S.A. Por tanto no hay lugar a ordenar un reintegro, ni mucho menos el pago de salarios, prestaciones sociales y**

demás pretensiones principales, ya que se presentó como subsidiaria el pago de la indemnización por despido sin justa causa, por lo que es procedente en este caso condenar a la demandada Bancolombia S.A. a que pague a la señora demandante la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el art. 64 del CST, en cuantía de \$5.875.153,83 a razón de 861 días laborados.

Así mismo se encuentra que la indemnización contemplada en el art. 65 del CST, no es procedente en el presente caso ya que no se emitió condena por salarios y prestaciones sociales, y la indemnización por despido injusto no es una prestación ni constituye salario, razón por la cual no habrá condena por este aspecto, sin embargo se recuerda que también se solicita la indexación y esta considera el despacho que por el transcurso del tiempo el dinero pierde poder adquisitivo y por justicia y equidad es dable que se condene a la demandada a que cancele la condena de manera indexada...”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso así:”... Me permito presentar recurso de apelación contra la decisión tomada la cual pasó a sustentar en las siguientes razones primero respecto el salario en ningún momento se llega a probar dentro del proceso cuáles eran las bonificaciones que recibe la señora Yuri Damaris **no hay prueba alguna de qué tipo de bonificación recibió para poder calcular el salario base de la señora y así considerar que el salario debe hacer de \$3.047.806,83 en ningún momento en la parte la parte demandante adujo sobre qué factores se debía tener en cuenta el salario respecto de estas de estas bonificaciones y no llegó a demostrar una remuneración distinta a la que se estableció para liquidar la el contrato de trabajo. **En segundo lugar respecto de la justeza del despido la señora Yuri Damaris sí bien a la señora no se no se le llamó para para rendir descargos o para que diera su versión de los hechos la corte ha dicho que en estos casos no es necesario seguir un procedimiento establecido para que la parte demandante o en la parte trabajadora rinda su testimonio entonces por tal motivo las razones del despido estuvieron de diferentes sustentadas en la carta de terminación del contrato del contrato de trabajo** ya ando aquí la información pertinente y dándosela a conocer los motivos por los cuales se les daba se le da por terminado el contrato de trabajo. Así mismo con él con la declaración de parte del representante legal el doctor Andrés Fetiva en ningún momento se desprende algún se desprende de lo que dijo en audiencia confesión alguna que fuera en contra de Bancolombia y simplemente pues se limitó a la tarde sobre los hechos que tenía que tenía conocimiento. **Asimismo el señor el señor huérfano acreditó los hechos por los cuales se sustentaba la justeza del despido y dio a conocer cuáles eran los tratos que la señora ellos y Damaris realizó en contra de la señora Nicole la cual era la auxiliar de en la sucursal de suba indicando pues que le tiraba cosas y dando acreditación a cuáles eran las conductas indebidas que realizaban frente a esta a esta a esta trabajadora,** igualmente la con el testimonio la señora Patricia Pues quedó establecido que se le dio el trámite pertinente para validar los hechos que conllevaron a la justeza del despido e igualmente se corroboraron los hechos que se suscitaron en el bar frente a, a las palabras obscenas o fuertes que utiliza la señora Yuri Damaris frente a sus compañeros de trabajo. Ahora respecto de los extremos de la relación laboral que en cuenta para liquidar la indemnización por despido sin justa causa tenemos que si bien la relación laboral de la señora Yuri Damaris inició el 5 de marzo de 2014 hay que tener en cuenta que desde esa fecha se inició fue un con un contrato a término indefinido, a término a término fijo inferior a un año hasta el 4 de noviembre de 2014 razón por la cual está indemnización debía desplazarse desde el 5 de marzo Perdón desde el 5 de**

noviembre de 2014 hasta el 25 de julio de 2016, lo cual nos daba que como como bien lo indicó la señora juez por ya sé sería del 5 de noviembre 2014 hasta el 4 de noviembre de 2015 serían los 30 días para calcular y a partir del 5 de noviembre 2015 hasta el 26 de julio 2016 tasar el promedio que son 232 días respecto del segundo año de servicio que son 20 salarios 20, son 20 días de indemnización. Finalmente, sobre la indexación observada la demanda tenemos que ninguna en ningún numeral la parte demandante solicito la indexación de las sumas no, no se observa que lo haya solicitado entonces también Solicito Pues que se revoque esta esta esta decisión entonces frente a estos puntos le solicito al H. Tribunal que revoque las condenas interpuestas a mi representada...”

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá los motivos de apelación, a saber: i) salario ii) justa causa y iii) días a liquidar y iv) indexación.

Por razones de método la Sala resolverá en primer lugar lo relativo al despido, pues de ello depende el análisis de los demás puntos de reproche.

De la justa causa

Afirma el recurrente que no es necesario llamar a descargos, cuando se trata de despido con justa causa, señalando que ese ha sido el criterio de la Corte Suprema cuando indica que no hay que seguir un procedimiento y agrega de otra parte que, si se probó la justa causa invocada.

En cuanto al primer punto, es decir frente al hecho probado y aceptado de no habersele dado a la trabajadora la oportunidad de pronunciamiento sobre la causal alegada, es claro que de vieja data la jurisprudencia ha considerado que la terminación unilateral del contrato con justa causa por parte de empleador no es una sanción, luego no es que deba seguirse un **procedimiento previo como si lo fuera**, pues ello no tiene sustento legal alguno, a menos claro, que este establecido en pacto convención reglamento etc.

No obstante, la H Corte Constitucional en sentencia C-299 de 1998, señaló que el trabajador, **puede ejercer su derecho a la defensa frente al empleador antes de que le terminen el contrato y en consecuencia el**

empleador está obligado a darle oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, lo que reiteró para todas las causales en sentencia T-546 de 2000, obligación que desde esos pronunciamientos se considera de estricto cumplimiento, sin que desde luego se trate de un proceso solemne riguroso, **sino de la oportunidad que se otorgue al trabajador de explicar la conducta que se le atribuye, en diligencia, que puede ser de manera verbal, sin formalidades, sin que sea exactamente denominada de descargos y sin que se constituya en proceso disciplinario previo, lo que en este caso NO ocurrió,** luego el despido realizado en esa forma se torna ilegal e indemnizable. Vale insistir en que efectivamente el despido no es una sanción, como señala la Corte Suprema, lo que no significa que no se dé la oportunidad de defensa a la que se refirió la Corte Constitucional, pero también recientemente la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2351 Ras 53676 de julio 8 de 2020, MP OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR, sentencia a la que es necesario acudir.

Expresó la Corte:

“(…)

Sobre la constitucionalidad de la distinción entre despido y sanción que la censura pone en tela de juicio, basta leer la sentencia T-546 de 2000 citada por la misma recurrente, para encontrar que la postura de vieja data de esta Corporación que diferencia entre despido y sanción ha sido acogida por la Corte Constitucional. Ver también la sentencia CC T-075A-11.

3. Las razones de igualdad que invoca la censura para que la exigencia de oír previamente al trabajador impuesta por la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST (sentencia C-299 de 1998), se haga extensiva automáticamente a todas las demás justas causas de despido desconocen la *ratio decidendi* de dicha sentencia de constitucionalidad.

En la sentencia en comento, la Corte Constitucional se pronunció sobre la particularidad de dicha causal respecto de las demás causales. Esta causal refiere a conductas del trabajador realizadas por fuera del trabajo, así: «3. *Todo acto de grave violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador **fuera de servicio**, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores*». Destaca esta Sala.

Para la Corte Constitucional, la exigencia legal al trabajador, en aras del debido respeto y lealtad para con el empleador, de no ejercer actos de violencia, injuria, ni maltratamientos contra este y las demás personas señaladas en la norma acusada, «*aún fuera del servicio*», no

viola la Constitución, pues uno de los fines esenciales del Estado es precisamente, «asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo» (art. 2 C.P.), y no puede olvidarse que «la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento» (art. 22 ib).

No obstante ser esa causal acorde con la norma superior, la Corte Constitucional encontró que el conflicto con la Constitución se presentaba en la aplicación de esta causal y decidió declararla exequible de forma condicionada en cuanto al procedimiento a seguir para que el empleador la pueda hacer valer.

Los motivos por los cuales el tribunal constitucional condicionó la exequibilidad de dicha causal a que el trabajador debe ser oído previamente a su aplicación por el empleador son inherentes a las circunstancias que rodean la misma causal, como se puede apreciar en los siguientes apartes:

El propósito o finalidad de la disposición impugnada que, como ya se ha expresado, es fomentar la lealtad y el respeto en las relaciones laborales, no riñe con el ejercicio de los derechos fundamentales de las partes involucradas. No obstante, el demandante considera que en el numeral 3o. del literal a) del artículo 62 del C.S.T. se traslada la subordinación del contrato de trabajo a lugares diferentes de aquél en el que se debe desarrollar éste (la empresa), estableciendo así una forma de esclavitud.

*Este punto de vista no lo comparte la Corte, pues se trata de dos asuntos distintos que el actor interpreta erróneamente. La subordinación a la que está sujeto el trabajador en el contrato de trabajo rige solamente para los efectos propios que se derivan de la relación laboral, es decir, para el cumplimiento de la actividad, servicio, o labor contratada y que, como se expresó, permite al empleador dar órdenes, dirigir al trabajador, imponerle reglamentos, o sancionarlo disciplinariamente, y otra es la prohibición contenida en la norma citada, **que pretende simplemente, evitar que el trabajador observe algunos comportamientos que lesionen moral o físicamente al patrono, su familia, sus representantes y algunos empleados, fuera del lugar de trabajo, pero que pueden afectar el cumplimiento armónico y pacífico del contrato de trabajo. Cuando ocurra una de las situaciones descritas en la norma, y una vez se haya oído al empleado, el empleador puede recurrir a la terminación del contrato a manera de sanción para el comportamiento reprochable del trabajador; así como en la conducta socialmente reprochable** existe la sanción penal por parte del Estado, la ley ha querido otorgar al empleador la posibilidad de sancionar una conducta que va en contra del comportamiento deseado dentro de una relación laboral, sin que con esto se pretenda "esclavizar" al trabajador. Simplemente se propende a conservar una situación de respeto mutuo y lealtad con ocasión de la relación laboral, y cuando ella se hace imposible por una conducta del empleado, su empleador pueda terminar el vínculo.*

[...]

Dado que la norma demandada no contiene una lista de las conductas que configuran los hechos allí señalados, se debe determinar en cada caso particular y concreto si los ultrajes, insultos, ofensas, injurias, improperios o actos de violencia, en que incurre el trabajador son realmente graves y ameritan que el empleador tome la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo. Por tanto, los hechos que dan lugar a la configuración de la causal referida deben ser analizados por el empleador en forma razonable, objetiva e imparcial y estar plenamente demostrados para evitar decisiones injustificadas que puedan perjudicar al trabajador.

(...)

Cabe agregar también, que si el trabajador no está de acuerdo con la causal invocada por el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, bien puede acudir a la jurisdicción laboral a impugnar esa decisión; un juez se encargará de evaluar objetivamente los hechos que dieron lugar a la controversia, y determinará si la decisión adoptada se ajusta o no al ordenamiento.

Este es el último recurso, pues el propósito de la norma, dentro de un Estado Social de Derecho, es que de acuerdo con una interpretación más favorable para el trabajador, sea ejercido el derecho de defensa, y se solucionen las controversias laborales a través del diálogo y los medios pacíficos. Se trata, en últimas, de evitar que todos los conflictos sean materia de pronunciamientos judiciales, y conseguir que los problemas se resuelvan por un acuerdo de las partes, respetando el debido proceso.

Si, luego de confrontar las versiones sobre los hechos, el empleador concluye que en realidad éstos existieron, y que su gravedad es tal que definitivamente entorpecen las relaciones laborales hacia el futuro, puede legalmente terminar de manera unilateral el contrato de trabajo; y el empleado, (afectado su derecho a trabajar, pues al momento de ejercer esta opción ya ha sido retirado de su puesto) si aún persiste en su descontento, podrá acudir a la jurisdicción laboral, para que el juez evalúe objetivamente los hechos y sus consecuencias, y diga la última palabra respecto al conflicto.

De otra parte, es preciso recordar que el Código Sustantivo del Trabajo exige en el parágrafo del mismo artículo 62 - declarado executable por la Corte en la sentencia C-594/97, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero-, que quien pretenda finalizar unilateralmente la relación de trabajo, debe dar a conocer a la otra la causal o el motivo de su decisión. Causal que, se repite, debe estar plenamente demostrada. En consecuencia, no es posible alegar con

posterioridad, causales distintas a las invocadas.

[...]

(...)

i) El alcance del debido proceso del artículo 29 constitucional frente a las actuaciones del empleador a la terminación del contrato de trabajo, en concordancia con la jurisprudencia constitucional

Esta Sala considera, al igual que lo ha dicho la Corte Constitucional¹, que la aplicación del derecho al debido proceso del artículo 29 superior siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es corolario del principio de legalidad; por ello, se estima por esta Corte que, para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.

De tal manera que no pudo incurrir el *ad quem* en el desconocimiento del «*debido proceso*» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el *ad quem*, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.

El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, en razón a que estableció que, en el *sublite*, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido y, menos aún, la obligación de escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).

También la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que

[...] el conjunto de limitaciones y obligaciones que tiene el empleador para terminar unilateralmente el contrato al (sic) trabajador, no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales [...]².

Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo

¹ T-546 de 2000

² T-546 de 2000.

antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

- a) **La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos.**
- b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.
- c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;
- d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
- e) **La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que esta Corte precisó lo siguiente en la misma sentencia SL-15245 de 2014:**

No basta con que la empresa no haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con las previsibles consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido (según lo visto en el estudio del primer cargo, la actora confesó que le había avisado al gerente dos días después de lo sucedido, porque no le había sido posible encontrarlo antes), y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, sí le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo.

En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La

oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa.

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualq

uier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°....”

Salta a la vista que en este caso las circunstancias fácticas imponían la obligación al empleador de garantizarle a la trabajadora la oportunidad de pronunciarse frente a unos hechos que ni aún la entidad tenía claros en el momento del despido ni menos aún el transcurso del juicio en el que tal y como encontró la Juez, la demandada, solo acudió a deducciones, incluso faltas de consideración por decir lo menos, en la forma en como pretendía demostrar que la actora, había incurrido en actos de irrespeto hacía algunas de sus compañeras.

Es claro que como de manera clara había estudiado la Corte Constitucional, algunas de las justas causas pretenden evitar comportamientos inadecuados, no solo frente al empleador, sino frente a sus compañeros, comportamientos que deben estar plenamente establecidos antes de la terminación, ya que de no estarlo el empleador debe asumir las consecuencias que contempla la ley para los despidos injustificados, siendo entonces no solo de gran importancia para el trabajador dar su versión, sino que también para el empleador, pues ello le permitirá establecer si en verdad existen hechos constitutivos de justa causa.

En ese orden este derecho del trabajador de ser escuchado y más en circunstancias como esta, en las que se le acusa, de actos bochornosos e irrespetuosos con sus compañeros, de los que se enteraron de oídas, por comentarios de personas ajenas a la entidad, toda vez que sucedieron fuera de ella y de los que se itera, ni siquiera estaban seguros ya que identificar a una persona por su contextura física luce arbitrario, lesivo e indigno para el trabajador que así es encontrado responsable de una conducta.

El solo hecho de no haber otorgado ese derecho que es el nuevo criterio de la Corte Suprema, en este caso, hace que el despido sea ilegal, sin embargo, no solo eso consideró la Juez quien de manera juiciosa analizó las pruebas, partiendo de la comunicación de despido, que de por si también era imprecisa y abstracta corroborando desde su lectura, el despido injustificado.

Es que allí solo para reafirmar lo dicho, se le atribuye a la trabajadora un trato falto de cortesía, cordialidad y respeto a los compañeros de trabajo, lo cual aseguran fue conocido por quejas recibidas en tres ocasiones diferentes, de lo cual no hay prueba alguna, ni siquiera de la autoría de la denuncia a línea ética, luego se itera, solo a deducciones como muy bien señaló la Juez, fue a lo que la demandada acudió para finalizar el contrato de trabajo.

Ahora que los trabajadores se encontraban en un bar con el uniforme del Banco, no hay prueba de ello, que hablaban mal de otros, tampoco hay prueba, solo “comentarios” contradictorios además ya que en la comunicación de despido se afirma, que fue el administrador del Bar el que les contó, luego en el juicio que fue una mujer. de nombre Dana que no se sabe si era administradora

o mesera del Bar y otra serie de circunstancias que no evidencian el requisito necesario para que exista justa causa y es que esta esté plenamente demostrada.

En consecuencia y por acertada se confirma la decisión de la Juez de primera instancia en este punto.

Del Salario Días a liquidar e Indexación

Por su estrecha relación estos temas se resolverán en conjunto, advirtiendo desde ya que lo decidido por la Juez de primera instancia será CONFIRMADO. Veamos las razones.

En cuanto al salario tomado para efectos de liquidar la indemnización basta con afirmar que se equivoca el recurrente, cuando afirma que no hay prueba del tomado por la Juez, ya que esta fue aportada por la misma demandada, quien aportó las planillas y salarios con los que hizo las cotizaciones al sistema de seguridad social, que fue el tomado por el A Quo para encontrar el salario realmente devengado. Pero no solo fue esa documental la analizada, sino que previo a tomar esos salarios, la Juez lo verificó con el representante legal a quien le preguntó si los salarios con los que se cotizaba eran los que la demandante devengaba, a lo que contesto que sí, luego sin duda esta respuesta corrobora, la información que por si debe tenerse por valida.

Ahora bien, nada tiene que ver la naturaleza del contrato con el tiempo de servicio, así que el argumento del recurrente en cuanto a que primero existió un contrato a término fijo y luego se modificó su duración a indefinido, resulta irrelevante, para determinar el tiempo de servicios y en consecuencia la indemnización; lo cual realizó la Juez de manera adecuada, por lo que se confirma también la suma liquidada.

Finalmente, en cuanto a que no se solicitó la indexación de la indemnización, la Sala se remite a la sentencia SL 859-2021 Rad N° 85856 de 24 de febrero de 2021 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

“(.....)”

En este punto, se advierte que, si bien dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones del escrito inicial, lo cierto es que su imposición oficiosa es viable comoquiera que la indexación no comporta una condena adicional a la requerida. Así lo explicó esta Sala en sentencia CSJ SL359-2021, al referir que:

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (artículo 53 de la Constitución Política), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «*el pago efectivo es la prestación de lo que se debe*», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 *ibidem*. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.

Desde este punto de vista, cuando el juez del trabajo advierte un menoscabo a los derechos de las partes y, por este motivo, impone el pago de prestaciones económicas derivadas del sistema de pensiones, su labor no puede limitarse a la restitución simple y plana de dichos rubros; tiene la obligación de imponer una condena que ponga al perjudicado en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo, según lo dispone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual «dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales». Y la forma en que aquello se garantiza, en el marco de la protección especial a la seguridad social, es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda.

Sobre esta materia, la Sala de Casación Civil de esta Corte, en sentencia CSJ SC 6185-2014, a través de la cual reiteró la CSJ SC, 18 dic. 2012, rad. 2004-00172, adoctrinó: (i) la indexación no

pedida en la demanda, pero concedida por el juez de segundo grado, no trasgrede alguna disposición sustantiva, «*dado que en verdad, en ésta no se concedió más de lo requerido, sino la misma cantidad, pero traída a valor presente [...]*»; (ii) ello no excede el orden legal o constitucional, sino que, contrario a ello, «*lo respeta y preserva, mayor aún, si se tiene en cuenta que la actualización del monto del perjuicio, lo que comporta es desarrollo del principio de equidad y plenitud del pago implícitamente solicitado*»; y (iii) la consecuencia de esto es que el referido ajuste deba entenderse «*[...] como un factor compensatorio, con el que se mantiene el poder adquisitivo de la moneda, cuando por el transcurso del tiempo, ésta se devalúa*».

En la misma sentencia, la Sala de Casación Civil sostuvo que «*si para la condena al pago del perjuicio, el ad quem, en atención a lo reclamado en la apelación que al respecto se propuso “tom[ó] como base la suma referida por la parte demandante en el marco de sus pretensiones” y soportado tanto en el canon «16 de la ley 446 de 1998», como en «jurisprudencia constitucional», la actualizó a la época de la decisión impugnada, se itera, la incoherencia advertida por el casacionista no se estructura, puesto que se repite, el citado ejercicio, per sé, no comporta un elemento adicional que se esté resarciendo, como tampoco tiene la virtud de afectar el contenido y alcance de la reclamación, ni la naturaleza del daño, pues aunque objetivamente se observe un aumento en su cuantía, en realidad sigue siendo equivalente a la misma de la época en que se produjo la lesión al respectivo bien jurídicamente tutelado, fenómeno que lo explica la pérdida del poder adquisitivo de monedas como la nuestra, a medida que el tiempo transcurre*».

Por lo visto, el juez del trabajo tiene el deber, incluso con el empleo de las facultades officiosas, de indexar los rubros causados en favor de la demandante, lo cual, en vez de contrariar alguna disposición sustantiva o adjetiva, desarrolla los principios de equidad, justicia social y buena fe que tienen pleno respaldo constitucional; de paso protege la voluntad intrínseca del interesado, puesto que es impensable que desee recibir el crédito causado en su favor con una moneda depreciada.

Debe insistirse en que la indexación no aumenta o incrementa las condenas, sino, más bien, garantiza el pago completo e íntegro de la obligación. Sin la indexación, las condenas serían deficitarias y el deudor recibiría un menor valor del que en realidad se le adeuda, premisa que tiende a agudizarse en tiempos de crisis y congestión judicial.

En suma, la imposición officiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integridad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero

pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral...

En consecuencia, la indexación ordenada es procedente y aunque en la sentencia de la Corte en principio se habla de derechos pensionales, luego extiende su dicho a rubros laborales, luego ninguna razón existe para no ordenarla en una indemnización por despido.

Por lo expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, la cual la Sala encuentra acertada.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.

Los Magistrados


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACIÓN DE VOTO. Suscribo la providencia porque no se demostró la existencia de una justa causa al margen de que se hubiera llamado o no a descargos a la trabajadora, formalidad que no afecta en mi criterio la validez de un despido.


LORENZO TORRES RUSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 11-2017-577-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: JAIRO ALBERTO GALVIS CARRASCO

DEMANDADO: LINDE COLOMBIA SA

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de noviembre de 2020. (Fis 338 y Siguintes)

P R E T E N S I O N E S

El señor **JAIRO ALBERTO GALVIS CARRASCO**, mediante apoderado, instauró demanda contra **de LINDE COLOMBIA SA**, para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió una relación laboral desde el 27 de abril de 1998, que se declare que el acta de terminación por mutuo acuerdo firmada el 15 de septiembre de 2014, no es válida, que en virtud del principio de la primacía de la realidad se declare que la

decisión de terminar el contrato fue del empleador y sin justa causa. Que se declare que al momento del despido el trabajador gozaba de estabilidad laboral reforzada (Ley 361 de 1997). En consecuencia, solicita pago de indemnización adicional de la ley 361 de 1997, artículo 26, reliquidación por no haber pagado en su totalidad las prestaciones, reintegro. En forma subsidiaria solicita indemnización por despido, intereses del Código Civil e indexación. (Demanda subsanada fls 237 a 253).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que ingresó a laborar para la demandada, mediante contrato a termino indefinido, desde el 27 de abril de 1998 y hasta el 15 de septiembre de 2014, que el último cargo desempeñado fue el de jefe de plataformas, que el último salario devengado fue de \$14.219.102, en modalidad integral, que de manera habitual de pagaban bonificaciones, que desde junio de 2013, la salud del trabajador comenzó a deteriorarse, que en 2014 informó que debía hacerse una operación de hombro, que además sufría de fatiga crónica que el 9 de septiembre de 2014, se realizó una inspección al puesto de trabajo, que el Dr MAURICIO HERNANDEZ, quien la realizó, le informó que el puesto no cumplía con los requisitos mínimos para preservar su salud, que 4 días después el 15 de septiembre funcionarios del empleador “lo interceptaron”, “lo encerraron y lo comunicaron” en un cuarto diciéndole que lo iban a despedir sin justa causa, que encerrado allí le mostraron dos documentos uno de despido y otro de terminación por mutuo acuerdo, que presionado y engañado firmó la terminación de mutuo acuerdo ya que pensó que no podría operarse al quedar sin póliza, que el acuerdo firmado señalaba que para recibir el dinero debía hacerse una conciliación en un juzgado la cual no se hizo, por disposición del apoderado de la demandada, que a la fecha de presentación de la demanda no le han pagado prestaciones. (Fls 237 a 253).

La demanda fue contestada a través de apoderado quien se opuso a las pretensiones afirmando que son improcedentes fundadas y temerarias, pues la terminación del contrato por mutuo acuerdo se firmó de manera libre y voluntaria, que las pretensiones carecen de fundamentos fácticos y jurídicos. En cuanto los hechos, solo aceptó del primero al tercero, negó los demás, siendo enfática en que desconocía las presuntas situaciones de salud del actor, asegura que son afirmaciones infundadas y temerarias. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en

juicio a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, pago, buena fe de la demandada, mala fe del actor, prescripción, compensación y genérica. (Fls 264 al 276).

Tramitada la primera instancia, el Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, decidió DECLARAR que el contrato de trabajo existente entre las partes fue terminado sin justa causa. En consecuencia, en el numeral segundo de la parte resolutive decidió CONDENAR al pago de indemnización por despido en cuantía de \$121.336.328 indexada al momento del pago. En los numerales dos y tres ABSUELVE de las demás pretensiones. Condenó en costas. (Fls 338 y Sigüientes).

Para llegar a esa conclusión en síntesis afirmó el Juez: *“...Para el juzgado es claro que no es materia de discusión la existencia de la relación de trabajo que vinculó a las partes para el interregno comprendido entre el 27 de abril de 1998 y el 15 de septiembre del año 2014; desempeñándose el demandante en el cargo de jefe de plataformas y devengando como salario mensualmente la suma de \$14.119.101, lo que fue aceptado por la demandada al momento de responder la demanda, así como también da cuenta de ello la prueba documental arrimada al plenario, particularmente la liquidación definitiva de prestaciones sociales, visible a folio 46 y 209. Así mismo, contamos con el contrato de trabajo visible a folio 132-134. Folio 228 a 230 y 276-279, 291. Así mismo el certificado laboral a folio 134 a135,230-231 y 285. Por lo tanto, el problema jurídico al interior de la presente actuación procesal se suscribe a determinar en un primer objeto de análisis, si el aquí demandante le asiste el derecho al reintegro pretendido junto con el pago de los salarios dejados de recibir y demás acreencias laborales reclamadas desde el momento de la terminación del contrato de trabajo y hasta tanto se verifique su reincorporación por motivo de su estado de salud. En forma subsidiaria. Si resulta jurídicamente procedente ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa; tomando como punto neurálgico en el que se centra esta discusión jurídica la eficacia y validez del acta transaccional...”* “En Cuanto a la condición de discapacidad y terminación del contrato del trabajo, sea lo primero precisar y remitiéndonos a la normativa aplicable al caso de marras o bajo estudio, esto es en primera medida el ART 5 de la ley 361 de 1997, art 26. (cita la norma). Aclarado lo anterior y con el fin de establecer si el aquí demandante a la fecha de finalización de su relación laboral con la encartada, era o no sujeto estabilidad reforzada, acude al despacho a lo que para tal efecto han planteado los órganos de cierre. En primera medida nos remitimos a la sentencia de constitucionalidad 531 del 5 de mayo del año 2000, en donde dispuso la interpretación, alcance y efectos de la norma en cita a la luz de la carta política; enseñando que “la legislación que favorezca a los discapacitados no consagra derechos absolutos a perpetuidad, que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del estado y la sociedad o a los derechos legítimos de los otros”. Por manera que solo en el escenario en el que se demuestre que la causa motivante del despido la originó la condición de discapacidad, plenamente demostrada, la terminación de la relación laboral; se traduce entonces en una vulneración efectiva al derecho de estabilidad en el empleo consagrada en el ART 53 de nuestra norma superior. Para el caso de

personas discapacitadas, conlleva una protección reforzada al respecto en la aplicación de la dignidad humana y al derecho de la igualdad en el los ART 2 y décimo tercero del estatuto superior. Lo anterior en armonía con la protección constitucional de aquellos que padezcan una disminución cualquiera sea su origen y como lo ha expuesto nuestra constitución política en sus arts 47 y 54. Cabe también entonces aclarar que no toda persona que padezca cualquier tipo de limitación es beneficiaria a la protección a la estabilidad reforzada, que trata la ley en cita (361 de 1997) en la medida que debe verificarse con certeza que el trabajador padezca de una deficiencia física, sensorial o mental relevante que lo ubique como de esas personas en protección. Seguidamente deberá demostrarse que el empleador conocía del estado de salud, para de esta forma dar aplicación a la presunción que la relación finiquitó por razón a su limitación física y sin previa autorización del ministerio del trabajo. Soportando entonces y de conformidad con el precedente normativo, art 167 CGP, con el precedente jurisprudencial la sentencia del 11 de abril del año 2018 con radicado 53394; que soporta la prueba del empleador con miras a desquiciar la anterior presunción, tal y como lo ha señalado tanto la norma en cita como el precedente judicial. Es de esta manera que habiendo puesto presente la premisa normativa como la premisa jurisprudencial, en aras de dilucidar el primer objeto de estudio del caso de marras; procede entonces a verificar el acervo probatorio allegado a la foliatura, lo anterior en aras de establecer si hubo mengua a la salud de la aquí demandante y que en consecuencia de esto lo ubiquen como una persona con discapacidad. De aparecer su demostración, entonces se procederá verificar o establecer si se presenta un caso de discriminación para con él para que lo haga merecedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada. En primera medida, respecto a las documentales con relación al concepto médico ocupacional, folio 40-42, fotografía del puesto de trabajo folio 43, comunicaciones vía correo electrónico 47-53 64-82, historia clínica 54-63 84-130, se tiene que con dicha documental es posible colegir que el actor padece aproximadamente desde el año 2013, un dolor en su hombro derecho diagnosticado como bursitis estando en tratamiento de analgésicos observándose una única incapacidad para el año 2013 por un término de 4 días, no evidenciándose entonces con fecha posterior otra incapacidad. Es entonces importante también resaltar que a folio 128 obra concepto medico de mayo 2014, donde se le indica al extrabajador que no presenta ninguna restricción, para desempeñar su labor. De igual manera, se observó, que una vez culminada la relación de trabajo el aquí demandante, padeció de una intensa ansiedad y trastorno de adaptación. **Ahora bien, estudiando entonces el material probatorio en su totalidad y de conformidad con los artículos 60 y 61 del CPT y SS aunado a los conceptos científicos, es posible afirmar que la parte actora no acreditó su condición de discapacitado.** Esto al echarse de menos un dictamen de pérdida de capacidad laboral, que de forma certera acredite la existencia de una patología grave y relevante que lo ubique como sujeto de especial protección constitucional o encontrarse en estado de debilidad manifiesta, pues nótese, como ya se indicó lo que se dijo es que no contaba con restricciones para desempeñar su labor, concepto de mayo de 2014. Se aúna a lo anterior que no demostró que la demandada tuviese conocimiento de su patología de bursitis o siquiera que había iniciado trámites para obtener un dictamen de pérdida de capacidad labora, ni tampoco allegó incapacidades o no la trajo a juicio; aspectos que fueron corroborados por los testigos de la demandada entre otros el de Víctor Andrés Sepúlveda Caro y Francisco Javier Díaz Bernal, quienes negaron conocer cualquier restricción o incapacidad del demandante a pesar de los correos aportados que solo parten de opiniones del demandante, echándose de menos prueba declarativa de cualquier otra índole que acredite que la demandada conocía el estado de salud

del trabajador. Por tanto, el Juzgado concluye que al momento del despido no aparece que el actor tuviera una dolencia significativa que lo ubicara como un sujeto especial de protección por lo que no procede el reintegro.

Sin embargo, en lo que respecta a la validez del acta de transacción la conclusión es distinta. De la indemnización por despido. Recordó que el contrato terminó por un acuerdo el 14 de septiembre de 2014 en donde las partes de mutuo acuerdo dan por terminado el contrato recibiendo una suma que estaba condicionado a una conciliación. Este acuerdo es cuestionado en dos aspectos: i) que el actor fue presionado y ii) que no recibió suma alguna. Acto seguido el Juez se refiere a las normas del Código Civil y laboral señalando que quien pretenda desconocer la validez de estos acuerdos, debe demostrar los vicios del consentimiento. Se refiere a sentencias al respecto. Se el art 1502 del CC para validez de estos acuerdos, así como el 1508 de ese ordenamiento sobre vicios de consentimiento, esto es error, fuerza o dolo. Dados los hechos planteados se trata en este caso de fuerza, la define de acuerdo con al art 1513 del CC. Señala entonces que de acuerdo con el art 167 del CGP el demandante tenía la carga de acreditar la existencia de este vicio del consentimiento por lo que de acuerdo con las pruebas esto es las declaraciones de Andrés Bernal y Javier Sepúlveda y el interrogatorio de parte, se tiene que; **el testigo Diaz Bernal señaló que fue testigo de la diligencia y que por eso sabe que el demandante fue citado a la oficina de recursos humanos en donde se le entregó una copia para su lectura indicándole la representante si tenía dudas, que el demandante preguntó cuales serían los pasos y la representante se los indicó negando así cualquier presión y sin que el demandante presentara objeciones. También negó que el demandante hubiese sido encerrado o presionado, sino que por el contrario calificó de cordial la reunión que terminó en la firma del acta. En cuanto al testigo Sepúlveda Caro señaló que el demandante terminó el contrato de trabajo de mutuo acuerdo que no tenía conocimiento de patologías que sufriera el actor. Estos testigos fueron claros coherentes, no se evidencian contradicciones por tanto son creíbles y no se evidencia el vicio de fuerza, no se acredita el mismo.** Concluye que no hay prueba de presión en la firma de ese acuerdo y que el hecho de pagar una indemnización no lo es porque la empresa ofreció las dos alternativas, estando al arbitrio del actor acogerse o no; luego al no existir vicio del consentimiento no hay lugar a declarar nulo el acuerdo de transacción, el cual fue celebrado por personas capaces y conscientes luego el acuerdo es válido. No obstante, y luego de analizar los requisitos de la transacción señaló que de acuerdo con el artículo 2469 del CC, si en ellos no se hacen concesiones mutuas o renunciaciones es decir que cada parte pierda el derecho que se cree tener no hay transacción, afirma que si solo se reconocen derechos a una de las partes o estas no renuncian a ellos no hay transacción y así lo ha sostenido la corte en sentencia de 19 de noviembre de 1956 y aún se sostiene dicho criterio, por ejemplo en sentenciade 7 de junio de 2017, Rad N° 75199, luego para el juzgado es claro que el acuerdo adolece para su validez del requisito de concesiones mutuas, porque solo el trabajador honró el de terminar el contrato de mutuo acuerdo mientras que la demandada no reconoció suma alguna y aún no lo hace lo que desdibuja el requisito de las concesiones mutuas, de ahí que la conducta se aparta de las leyes en materia laboral que no es otro de propender por la justicia y equilibrio según el artículo 1 del CST, mostrando por el contrario una actitud que desconoce ese principio, por tanto solo puede concluir que el contrato terminó sin justa causa, condenando a la indemnización”

Inconformes con esta decisión las partes presentaron recurso afirmando, en síntesis:

Parte demandante: *"....Considera que si existió un estado de indefensión del cliente por el estado de salud conocido por el empleador, razón de ser del retiro. En realidad, el demandante fue sujeto de un plan de retiro voluntario que culminó en un acuerdo de terminación de mutuo acuerdo en los que se pagaba una suma por despido sin justa causa, de ahí el valor y son los términos en lo que se desarrollan los planes de retiro. Como el trabajador tenía un estado de salud y tenía una póliza le ofrecieron unos meses más lo cual fue una argucia un engaño, el primer engaño y bajo ese engaño y bajo coacción y sin conocer de la estabilidad fue lo que lo llevó a firmar es decir no solo fue la fuerza sino fue el engaño el error en lo que lo hicieron caer, se aparta entonces de que no se sabía del estado de salud, pues ello fue notificado al empleador y solo 4 días después fue que se decidió terminar el contrato ni siquiera se pagó lo ofrecido lo que demuestra la mala fe. **Afirma que cuando el trabajador fue al juzgado a firmar encontró que no se decía nada sobre la póliza** y el abogado simplemente dijo que el trabajador no quería firmar y que como no había firmado no había lugar al pago. Si el trabajador hubiese sido libre bastaría con una sola firma, pero el trabajador firmó dos veces, el acuerdo, lo que indica que lo hizo porque le prometieron lo de la póliza. Desgraciadamente los trabajadores que declararon no dan fe de ello. pero esas dos firmas debieron valorarse de otra manera. Afirma que ampliará la apelación e insiste en la estabilidad laboral reforzada"*

Parte demandada: *"...Discrepo de la condena a indemnización porque se contradice en sus argumentos, dado que por una lado declara la validez del acuerdo y en ello estamos de acuerdo, es valido y en este documento las partes declaran que terminan el contrato por mutuo acuerdo, luego no genera pago de indemnización y si es legal, no puede generar pago de indemnización. diferente es cuando se transan otras situaciones en la relación laboral, la transacción no se hizo porque estaba supeditada a una condición, la transacción tenía una condición y era ir a un juzgado o al ministerio para hacer conciliación y una vez se firmara se entregaba el pago; el señor se rehusó no quiso firmar, fue al juzgado y no firmó luego no se debe pagar el dinero pues son cosa independientes, pues la terminación ya se había dado y se dio con la firma en el acta de terminación, no hubo presión no hubo coacción, luego solo se demostró el buen actuar de la compañía, de buena fe, se sentó a negociar y se negoció por unos eventuales derechos, pero ante todo, se dejó sentada una terminación por mutuo acuerdo, en un documento legal, no hay vicios, es valida y de ninguna manera se puede condenar a una indemnización porque es que no hubo despido sino terminación por mutuo acuerdo, no hay causa para esa condena, no hubo despido sin justa causa, es contradictorio una condena por una indemnización que no se genera porque no hay causa. Apelo en consecuencia todos los numerales menos el tercero, porque el contrato no terminó por justa causa sino por mutuo acuerdo...."*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S la Sala resolverá los recursos comenzando por razones de método por el del demandante.

Es bueno advertir que, se resolverán los puntos sustentados en la audiencia en que fue presentado el recurso ya que esta es la única posibilidad de hacerlo, sin que en esta instancia puedan ampliarse o incluir nuevos puntos y argumentos. No sobra recordar que las alegaciones de instancia solo pueden dar apoyo a lo allí, se itera, sustentado.

Precisado lo anterior se resuelve el recurso en el que se insiste en un estado de indefensión por estado de salud siendo este el motivo del retiro, como uno de los primeros argumentos.

Al respecto entonces, la Sala entiende, que ello se dirige a obtener la indemnización adicional prevista en la ley 361 de 1997, art 26, pues no fue claro el recurrente indicando si con ello lo que pretende es el reintegro que presentó como pretensión principal, lo cual de hecho excluiría la pretensión subsidiaria a la que condenó el Juez y de la cual guardo silencio, desde luego porque le favorece, sin que se itera entonces pueda pretenderse el reintegro.

Vale decir que el argumento del recurrente luce contradictorio, pues afirma que la razón del retiro fue el estado de salud del demandante y acto seguido que fue no solo la fuerza sino el engaño, al prometer una póliza y unos beneficios que no se cumplieron lo que lo llevó a firmar el acuerdo, sin cuestionar se itera en forma clara los argumentos del Juez, para concluir que no existió ningún vicio del consentimiento en la firma de ese documento, o por lo menos no se acreditó mediante las pruebas necesarias para ello.

De ninguna de las afirmaciones del recurrente y desde ya lo advierte la Sala existe prueba, ni del estado de indefensión por razones de salud del actor ni del engaño o fuerza como motivos de la firma del acuerdo de terminación del contrato, ni menos aún del conocimiento por la demandada de ese estado como generador de una estabilidad laboral reforzada.

Conviene así recordar que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona

podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...**”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencia 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica,** pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: **“(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.**

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad **o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, pues si ella existe el despido o terminación** se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.

Ahora, no desconoce la Sala que la Corte Constitucional se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP), pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez que ni siquiera incapacidades se dieron, solo una, como señaló el Juez, pero ninguna para la fecha de terminación del contrato, esto es septiembre de 2014.

Obsérvese como en la historia clínica, que aparece en el expediente a folios 54 y siguientes si bien se indica la existencia de un dolor en el hombro, diagnosticada como bursitis del hombro y que en 2013/07/02 generó 4 días de incapacidad, no se dieron o por lo menos no se aportaron, otras, siendo evidente que en 2014/05/23, cambia el diagnostico a síndrome del manguito rotador, el cual se recomienda tratar con terapias físicas y medicamentos, con la posibilidad de reparación del manguito rotatorio, si no hay mejoría, lo que indica justamente que podría obtenerse, sin incapacidad, se itera, alguna y menos aún, sin que se diese un dictamen de pérdida de capacidad laboral. (fls 57 y 58).

No sobra destacar que, para septiembre 24 de 2014, pocos días después de la terminación del contrato, el demandante asiste a cita en Unimarly, pero por una pérdida de memoria y para valoración neurológica y todo lo relacionado con el hombro fue posterior a septiembre de ese año, sin que tampoco para esa fecha existiera un dictamen, luego imposible resultaría a la demandada conocer una patología que no se había diagnosticado, aún meses después de la terminación del contrato.

No sobra agregar que los correos que aparecen en el expediente a folios 47 y siguientes son en su mayoría posteriores e la terminación y ninguno de ellos acredita un conocimiento previo de la demandada de un estado de salud tal que ubicara al actor como sujeto de estabilidad laboral reforzada.

Conviene y no sobra también agregar que en reciente sentencia **SL572 de 2021 Rad 86728, M P LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**; la C S J insiste, en que **exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral no es un capricho, porque la protección derivada de la ley 361 de 1997, requiere de una situación de discapacidad, al tiempo afirma, “que ello implica soportar un**

nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido". Incluso agrega la Corte que, para conocer ese nivel de disminución en la capacidad laboral por razones de salud, **no basta una historia clínica, sino que es necesario establecer la limitación para laborar** y ello solo se logra con una evaluación de carácter técnico, donde se valore **el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional**.

La Sala itera, que revisó el expediente y aunque encontró una historia clínica del demandante con ciertos quebrantos de salud, ninguno de ellos suficiente para, establecer ese estado real de salud, que le impidiera al demandante desarrollar su labor, al punto de poder presumir que la terminación del contrato fue discriminatoria y por esa causa; **y por tanto en este caso no existe la presunción, de terminación discriminatoria por lo que se aplican plenamente las sentencias de la Corte Suprema al respecto que como ya vimos explican detalladamente el tema y en las que se insiste se sigue sosteniendo que esta protección opera solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido o la terminación se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio; luego no hay lugar a pago de lo previsto en la ley 361 de 1997 y menos aún a un reintegro que se itera no fue ni siquiera presentado como objeto del recurso.**

Ahora bien, el recurrente insiste en que existió engaño y fuerza que llevaron al demandante a firmar el acta de terminación del contrato, pero solo presentó desde la demanda afirmaciones, no solo contradictorias sino carentes de sustento probatorio. Veamos.

En la demanda en el hecho 22 específicamente indicó que funcionarios del empleador el día 15 de septiembre, "lo interceptaron lo encerraron y lo incomunicaron", en un cuarto para **decirle que lo despedirían sin justa causa, que a partir de ese momento no pudo usar celular, siendo bloqueado su correo electrónico**. Que le mostraron dos documentos uno de despido y otro de terminación de mutuo acuerdo, pero que le dijeron que si era despido sin justa causa darían malas recomendaciones de su labor, mientras que si era por mutuo acuerdo todo saldría bien. Señaló que el actor expresó que tenía problemas de salud creadas por su empleador y estudios sobre su cerebro

pendientes por salir, por lo que informaron que no habría problema porque eso lo cubría la póliza, lo que no era cierto porque se encontraba vencida desde el 1 de septiembre. Aseguró que fue esa presión y engaño lo que lo obligó a firmar.

Desde luego y de acuerdo con las reglas de la carga probatoria le correspondía probar todas esas circunstancias, llamando poderosamente la atención de la Sala que, ni siquiera para hacerlo pidió la práctica de declaración de terceros ni aportó cualquier otro medio probatorio para intentar demostrarlo en el juicio, sin que pueda admitirse que sea prueba el que en el acuerdo, el actor hubiese estampado dos firmas, lo que según el recurrente debe valorarse como indicativo del ofrecimiento de la póliza, pues no se encuentra explicación alguna para llegar a esa conclusión. Encuentra además la Sala que no podría indicar el actor que tenía problemas con el cerebro el 15 de septiembre de 2014, cuando la consulta en Unimarly por esta patología fue el 24 de septiembre de 2014, (fl 59) y llama la atención también, que el demandante diga que la póliza estaba vencida desde el 1 de septiembre de 2014, cuando en esa consulta aparece que estaba siendo atendido por ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA; así como también causa por lo menos sorpresa que ahora en el recurso se diga que hubo “un plan de retiro voluntario, que se reflejó en las sumas ofrecidas y en la póliza” , que al no ser incluida en el acuerdo que firmaría en el Juzgado hizo que se negará a firmar, cuando nunca mencionó, este supuesto plan de retiro, se itera, solo en el recurso; pues siempre había señalado haber sido objeto de presión y engaño.

Insiste la Sala entonces, en que ni una prueba existe sobre la presión y engaño ni del encierro ni del ofrecimiento de mantener la póliza, lo que debía demostrar el actor, sin que pueda la Sala inferir que de la nota que aparece en el acuerdo de terminación, realizada por el actor, y en donde se expresa que se ratifica como fecha de firma el 15 de septiembre, se pueda concluir algún otro tipo de ofrecimiento.

En ese orden y tal como concluyó el Juez ningún vicio ni fuerza ni engaño, fueron acreditados, luego el documento que aparece a folio 44 y 45 del expediente no fue producto de vicios del consentimiento, luego los argumentos del demandante no tienen la fuerza para derribar tal conclusión haciendo énfasis la Sala que de hacerlo, solo podría dirigirse a obtener el reintegro y la indemnización adicional de la ley 361 de 1997, excluyendo la subsidiaria a la

que accedió el Juez, aclaración que se hace en gracia de discusión, pues nada dijo el recurrente al respecto.

Resuelto el recurso de la parte actora resuelve la Sala el de la demandada, en el que se afirma que no puede prosperar una indemnización por despido, cuando no existió ya que el contrato terminó por mutuo acuerdo mediante la firma de un documento que el mismo Juez encontró válido.

Desde ya advierte la Sala, le asiste razón a la recurrente, luego la decisión del Juez será revocada. Veamos las razones.

Se apoyó el Juez en decisiones de la Corte en donde se expresan los requisitos de la transacción, así como en las normas del Código Civil al respecto, para concluir que al no haber renunciadas ni concesiones mutuas no podía hablarse de un contrato de transacción por lo que consideró entonces hubo un despido sin justa causa.

Bien efectivamente en AUTO AL 3608 de junio 7 de 2017 Rad 75199, MP DR FERNANDO CASTILLO CADENA, la CSJ al aceptar una transacción señaló lo siguiente:

“(...)

*Es pertinente precisar que el escrito allegado no puede catalogarse como un acuerdo conciliatorio, dado que para ello era necesario que estuviese suscrito o aprobado por el respectivo funcionario competente y encargado legalmente de garantizar que no se vulneren los derechos ciertos e indiscutibles. **En tales circunstancias, la Sala de esta Corte ha entendido que si tal documento es celebrado por los contendientes, adquiere la connotación de una transacción que no requiere para su validez el aval de autoridad competente, de ahí que sea suficiente la manifestación de voluntad allí plasmada, de forma consiente y libre de apremio, y que por supuesto, no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, como se precisó recientemente en sentencia CSJ SL2503-2017, a menos que se contemple una obligación condicional para que genere plenos efectos jurídicos, como sería supeditar su validez a la aprobación por parte de autoridad judicial.***

Esa figura jurídica, la de transacción, ha sido analizada por esta Corte en distintas oportunidades, en las que ha presupuestado que la transacción resulta válida cuando: i) exista un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas.

En lo que hace al primer requisito, es claro que debe existir un conflicto, o supuestos fácticos que eventualmente puedan generar un pleito judicial entre los contratantes (litigio futuro o eventual), y bajo esa lógica el acuerdo funge como modo de precaverlo o terminarlo extrajudicialmente en caso de que haya nacido, en razón a la cosa juzgada que lo acompaña y que impide el resurgimiento de la controversia judicial (CSJ AL607-2017).

También es necesario que los derechos en disputa sean inciertos y discutibles, esto es que tengan un carácter dudoso (res dubia); dicho en breve, que lo pretendido no pueda establecerse a priori, sino mediante sentencia en firme, de ahí que ante tal escenario, sea posible transigirla.

Este requisito es predominante, pues como se dijo en el precedente referenciado entre paréntesis,

Sin acreditarse la incertidumbre aludida, no puede abrirse paso el análisis del siguiente presupuesto, es decir las concesiones mutuas, puesto que, desde una perspectiva finalista del derecho del trabajo y como insistentemente se ha detallado, estas cesiones únicamente son procedentes si se trata de transigir pretensiones inciertas, y no derechos.

[...]

Precisamente, la transacción impedirá saber cuál de las tesis resultaría vencedora o vencida, por lo que la reciprocidad se vislumbra cuando cada uno de los sujetos procesales pierde parcialmente el derecho que cree tener, que en síntesis se traduce en que el demandante acceda en parte a la pretensión que aspiraba, pero obtiene más de lo que la demandada estaba dispuesta a otorgar y, asimismo, este último renuncia a su negativa absoluta de pagar.

Las referidas concesiones mutuas, son de la esencia de la transacción, lo que implica que cada contendiente «pierda parte del derecho que cree tener. Si el acto se limita a reconocer derechos a una sola de las partes o a renunciar a los que no se disputan, no hay transacción» (CSJ SL, 19 nov. 1959, citado en decisión destacada), apreciación que deriva textualmente del artículo 2469 del Código Civil.

Justamente fue la condición de someter este documento a la aprobación de un Juez o funcionario de competente; la que pasó por alto el Juez de primera instancia, haciendo que partiera de una tesis equivocada, esto es que el documento que aparece a folios 44 y 45 del expediente era una transacción, toda vez que este se denominó simplemente como **“ACTA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO”**, plasmada en 5 cláusulas cuyas tres primeras resulta básico transcribir, toda vez que solo constituyen un acuerdo de voluntades propios de la existencia del contrato de trabajo, el cual **es eminentemente consensual, es decir surge por acuerdo y también de este mismo modo puede terminarse a menos que se de una causal legal o**

sea a instancia de una sola de las partes; trabajador-renuncia o despido indirecto-; empleador despido con o sin justa causa-.

Señaló el acta en sus tres primeras cláusulas:

“PRIMERO: Que las partes decidieron en forma libre y voluntaria dar por **terminado por mutuo acuerdo y consentimiento** el contrato de trabajo con efectividad al quince (15) **de septiembre de dos mil catorce (2014)** contrato que tenía vigencia desde el día veintisiete **(27) de abril de Mil Novecientos Noventa y Ocho (1998)**.

SEGUNDO: Que la decisión de EL TRABAJADOR fue tomada libremente sin presiones ni coacciones de ninguna clase y en pleno uso de sus facultades mentales.

TERCERO: Que como consecuencia de la anterior determinación conjunta de las partes LA EMPRESA pagará EL TRABAJADOR su salario y prestaciones sociales a que tenga derecho liquidadas hasta el quince (15) de Septiembre de dos mil catorce (2014) fecha de terminación formal y real del contrato por mutuo acuerdo por mutuo acuerdo del Contrato de Trabajo que los vinculó. La decisión de terminar el contrato por mutuo acuerdo es irreversible e irrevocable y no susceptible de retractación alguna por parte de EL TRABAJADOR”.

Como se observa y se itera, en esta acta se deshizo el contrato de trabajo como surgió, por acuerdo de voluntades lo cual es absolutamente legal y válido, más como cuando ya se estableció esto fue libre de vicios del consentimiento.

Ahora en la cláusula cuarta de este documento se señala de forma clara: **“...Independiente de lo anterior y con el fin de transigir y conciliar todas las diferencias reales o eventuales que pudieran haber existido durante la vigencia del contrato tales como”**

Para la Sala es claro que este pacto es independiente de la terminación de mutuo acuerdo y que lo ofrecido allí estaba sujeto para su validez a una condición, es decir no existiría, hasta que se realizara ante una autoridad competente, una conciliación y como bien indicó la CCJ en el auto antes transcrito una de las diferencias de la conciliación y la transacción es que esta

última no requiere presencia de una autoridad, **a menos que se contemple una obligación condicional para que genere plenos efectos jurídicos, como sería supeditar su validez a la aprobación por parte de autoridad judicial.**

Fue eso lo que sucedió en este caso, lo acordado en la cláusula cuarta que era independiente de lo pactado en las tres primeras cláusulas, esto es la terminación de mutuo acuerdo, estaba sujeto para su validez a la intervención de una autoridad competente. Es decir, se contempló allí una obligación condicional, el pago de una suma, para zanjar derechos que aún no estaban en disputa, solo y únicamente si se suscribía un acta de conciliación en donde se dejaran planteadas las posibles diferencias sobre los derechos conciliados y la constancia de un acuerdo total y definitivo sobre toda clase de pretensión laboral.

Es por ello que no es posible hablar de la inexistencia de concesiones mutuas o de renunciaciones de las partes, pues aún no existían derechos en disputa, luego no podría ni siquiera determinarse que tesis sería la vencedora, para que la transacción evitara el juicio.

De otra parte y si en gracia de discusión aceptásemos que el documento suscrito por las partes no es una transacción por falta de este requisito como concluyó el Juez, ello no significa tampoco que existió un despido sin justa causa, pues en todo el transcurso del debate, lo único que quedó establecido es que fue así que terminó, con este acuerdo y que fue el actor el que se negó a firmar la conciliación en el juzgado, es decir incumplió lo pactado, pues no debemos olvidar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1530 del CC la obligación condicional es la que depende de un acontecimiento futuro que puede suceder o no y en este caso para que la empresa pagara la suma ofrecida; el trabajador debía suscribir la conciliación, a lo que se negó, argumentando que no contemplaba aspectos negociados, aspecto que tampoco pudo demostrar.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, segundo, cuarto y quinto de la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY