República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-004-2014-00261-01. Proceso Ordinario de Camilo Gaitán Pérez contra José Plinio Garay Ortiz y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las parte frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de abril de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene al reintegro del trabajador en las mismas condiciones que tenía al ser despedido el 7 de diciembre de 2011, o se efectúe la reubicación laboral en un puesto acorde con su salud, hasta que se emita concepto favorable de rehabilitación o consolidación del derecho pensional, junto con la afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad

Social y a gestionar lo necesario para garantizar al trabajador incapacitado la prestación de los servicio médicos para lograr su recuperación y rehabilitación o hasta que pueda mantener su subsistencia mediante salario o pensión de invalidez, junto con el pago de salarios dejados causados a partir del despido sin justa causa por la suma de $22.400.000 y las costas del proceso.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que se encontraba vinculado con los demandados Angy Girley Virguey Miranda y José Plinio Garay Ortiz mediante contrato de trabajo verba la a término indefinido a partir del 7 de noviembre de 2011 y con fecha de terminación el 7 de diciembre de la misma anualidad, con un horario de trabajo desde las 6:00 horas hasta las 20:00 horas de domingo a domingo, teniendo como cargo el de oficios varios, ya que debía cargar y descargar mercancía, venta, cobro de cartera y mensajería en motocicleta, la que era de propiedad de la señora Angy Girley Virguey Miranda, con un salario por la suma de $800.000 mensuales, contrato que terminó sin justa causa el empleador con ocasión del estado de incapacidad del trabajador; que el empleador no realizó afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social; que el 7 de diciembre de 2011 a la 5:56 horas se accidentó de tránsito en la motocicleta de propiedad de la señora Angy Girley Virguey Miranda, contra un micro bus de servicio público de propiedad del señor Barajas Moreno Yeiner; que con ocasión del accidente se le diagnosticó al trabajador *Edema Cerebral Traumático, fractura dela diáfisis del fémur, fractura de la diáfisis inferior de la tibia, contusión del tórax, lesión axonal difusa, politraumatismo y secuelas de traumatismo craneoencefálico severo, fungemia por candida albicams tratada, POP osteosíntesis del fémur y peroné izquierdo*, siendo otorgada incapacidad por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en cuatro oportunidades, cada una de ellas por 120 días, indicándosele en

la última, que se diagnosticaba deformidad física permanente de órganos se locomoción, permanente perturbación funcional en el órgano de locomoción, y pese a las múltiples intervenciones y tratamientos no ha podido recuperar su salud.

Señaló que ante la falta de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral no ha recibido el auxilio por su incapacidad, ni prestación económica alguna, no obstante, la cobertura del accidente se cubrió de forma parcial por el SOAT dela motocicleta, no obstante, cuando llegó a su tope, se debió firmar pagaré para cubrir los restantes gastos médicos y se decidió afiliar al trabajador por parte de su familia como trabajador independiente a la EPS CAFESALUD; que el empleador no solicitó las autorización ante el Ministerio de Protección Social para desvincular al trabajador, aunado, con que no se pagó la liquidación final de prestaciones sociales; que se aportó documento de compraventa de la motocicleta para desacreditar la existencia del contrato de trabajo, no obstante, el mismo es falso, por cuanto la dueña de dicho rodante siempre fue la señora Angy Girley Virguey Miranda, no obstante, se verificó ante el Ministerio Transporte el 27 de octubre de 2015, que la motocicleta seguía perteneciendo a la misma demandada; que con ocasión del accidente de tránsito, se abrió denuncia por el delito de lesiones personales culposas, en la que consta que el rodante es de propiedad de la encartada y que se efectuó su entrega provisional a la misma el 7 de diciembre de 2011.

El aquo declaró la existencia de la relación laboral deprecada por el período comprendido entre el 7 de noviembre y el 7 de diciembre de 2011 y condenó al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor del actor a partir de la fecha de estructuración que ocurrió el 5 de junio de 2017, producto del accidente de tránsito que padeció el

demandante, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y dispuso el pago de los aportes en el Sistema General de Pensiones durante la vigencia de la relación laboral y total satisfacción de la administradora de pensiones, teniendo en cuenta un IBC por la suma de $800.000 mensuales, no obstante, absolvió de los demás pedimentos del libelo demandatorio, por cuanto no se demostró la terminación del contrato de trabajo por parte de los demandados y que generan el reintegro y pago de prestaciones solicitadas.

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las partes interpusieron recursos de apelación los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

La apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, en cuanto absolvió a los demandados al pago de los salarios dejados de percibir, ya que si bien no se demostró el despido, sí se causó un perjuicio al no estar afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, por cuanto no pudo reclamar ninguna incapacidad o medio para subsistir o por lo menos que dicha condena se imponga hasta cuando se estableció la invalidez superior al 50% del actor, con ocasión de dicha afectación.

La apoderada de la demandada solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida y en su lugar se advierta la vulneración al debido proceso, ya que el juez encontró probada la prestación del servicio por el período comprendido entre el 7 de noviembre y el 7 de diciembre de 2011, así como el salario, no obstante, no se logra establecer el medio probatorio respectivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 del C.P.C., hoy 167 del C.G.P., sin embargo, la única prueba es el testimonio del hermano, el que fue tachado y respecto del cual no se

realizó pronunciamiento al respecto y que en todo caso en contrario a la demanda, ya que afirma que la relación fue por espacio de dos meses o dos meses y medio, siendo que en la demanda se plantea el vínculo en un solo mes, situación que ocurre en le mis sentido por el otra testigo quien afirmó que la prestación del servicio fue por espacio de ocho meses y medio, aunado, con que indican el salario debía ser el mismo que a ellos les pagaban. De igual forma, no hay certeza respecto del horario laboral, por cuanto el hermano informó que comenzaban sus actividades a las 4 o 5 de la mañana y el otro informa que sobre las 7 de la mañana, situación que es sospechosa y por la cual se tacharon a los testigos de sospechoso y frente a la que no se pronunció el juzgado, enfatizando, que teniendo en cuenta lo anterior, no se logra saber respecto de que medios de prueba se declaró la existencia de la relación laboral.

Así mismo, señaló que se advirtió un prejuzgamiento en la decisión por cuanto se declararon unos testimonios de oficio, situación que es permitida por la norma pero para el esclarecimiento de un hecho particular y no de la totalidad del litigio, así como, por cuanto o se permitió el interrogatorio de parte al demandante por cuanto no era necesario de conformidad con el material probatorio recepcionado en el proceso, al igual, que menciona un accidente de trabajo, pero no hay claridad en el mismo, toda vez que como ya se dijo, no había certeza respecto del horario en que sufrió el demandante el accidente de tránsito.

Finalmente, señala que causa más extrañeza la posición adoptada por el fallador de primer grado de no encontrar probada la excepción de prescripción y que advierte la interrupción con la acción de tutela adelantada por el demandante, bajo el supuesto que es un simple escrito de reclamo, no obstante, no se cuenta con el auto admisorio de la tutela,

ni la fecha de presentación del mismo, por lo que está acreditado el medio exceptivo.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la sala determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, así como como si del mismo se derivó el accidente de tránsito que padeció el demandante y de encontrarse probados dichos presupuestos, establecer si hay lugar o no al reconocimiento de la pensión de invalidez que se reclama.

De acuerdo con lo anterior, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de una relación laboral, prestación personal del servicio, retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable del contrato de trabajo, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas.

La prestación personal del servicio, primer elemento del contrato de trabajo, corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de

empleador, de ahí que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presuma la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, al demandante le corresponde acreditar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, para que de allí se presuma la existencia de la relación laboral, para lo cual, la parte actora solicitó los testimonios de los señores Eliseo Gaitán Pérez, Liliana Gaitán Pérez, Mónica Gaitán Pérez y José Wilmer Becerra Najar, quienes informaron lo que les constaba de la relación laboral, no obstante, tan sólo los señores Eliseo Gaitán Pérez y José Wilmer Becerra Najar informaron lo referente a la prestación personal del servicio por parte del demandante, quienes indicaron que en efecto el señor Camilo Gaitán Pérez le prestó sus servicio al señor José Plinio Garay Ortiz y a la señora Angy Girley Virguez Miranda, ejerciendo el cargo de vendedor y cobrador, ejerciendo la última función en una motocicleta de propiedad de la demandada señora Virguez Miranda. Así mismo, manifestaron que los tres se estaban acompañando el día del accidente del demandante, momento en el cual se desplazaban a cumplir las funciones para las que habían sido contratados.

En ese orden de ideas, se advierte que en efecto el demandante acreditó la prestación personal al servicio con los medios de prueba aportados al plenario, no obstante, para descartarse la existencia de la relación laboral, le corresponde a los demandadas acreditar que la prestación personal del servicio obedeció a cualquier otro tipo de relación contractual, situación que no fue acreditada por los encartados, ya que de los testimonios que rindieron los señores Ángel Antonio Garay Torres y José Alberto Arenas Lancheros no se puede extraer tal situación, más aún, cuando se observa que de los mismos se advierten contradicciones, aunado, con que lo que

pretenden los demandados es descartar la existencia del vínculo laboral bajo la tacha de falsedad que proponen en contra de los señores Eliseo Gaitán Pérez y José Wilmer Becerra Najar, no obstante, se debe advertir que los testimonios rendidos por los mismos fueron contestes, claros y concisos, ya que no por el vínculo de consanguinidad que se ostente con el demandante es suficiente para declarar la tacha de falsedad, más aún, si se tiene en cuenta que los dos deponentes que demuestran la existencia del vínculo laboral fueron compañeros del demandante y fueron las personas que estuvieron en el momento del accidente, por lo que sus dichos generan certeza para la Sala de Decisión, sin que tenga trascendencia el término del contrato de trabajo, ya que si ben tanto los testigos, como el escrito de demanda refieren unos términos diferentes de la relación contractual, también lo es, que para el momento en que ocurrió el accidente de tránsito el actor, ya desempeñaba funciones al servicio de los demandados.

Ahora bien, frente al accidente de trabajo, debe indicarse en primer lugar, que no fue objeto de discusión que el actor no se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, por lo que no contaba con afiliación, ni cotización alguna en Salud, Pensión o ARL, por lo que en efecto las consecuencias del accidente de tránsito padecido por el señor Camilo Gaitán Pérez deben ser cubiertas por sus empleadores, quienes no cumplieron con el deber de afiliación de su trabajador.

En ese orden de ideas, debe indicarse que si bien no quedó claro el horario de prestación de los servicio del demandante, ya que los deponentes informaron horarios de trabajo diferente, no es menos cierto, que ambos afirmaron que a la hora en que ocurrió el accidente de tránsito ya se dirigían hacia los pueblos en los cuales debían efectuar el cobro de las ventas de colchones, siendo además, otorgado el vehículo para

trasladarse a dichos sitios por el empleador, por lo que bajo tal efecto y de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se advierte la ocurrencia del accidente de trabajo en el desplazamiento del trabajador, cuando es el empleador quien otorga los medios de transporte para el cumplimiento de las funciones, conclusión a la que se arriba, por cuanto obra dentro del plenario certificado de propiedad de la motocicleta con la cual se accidentó el actor y en la que consta que la propietaria es la señora ANGY GIRLEY VIRGUEZ MIRANDA y de los testimonios referidos de forma anterior, quienes informaron que incluso se les otorgaba por los encartados los viáticos para el viaje y dinero para el combustible de los vehículos, por lo que en efecto se puede advertir el accidente de trabajo padecido por el señor Gaitán Pérez al servicio de los demandados y por lo que se confirmará el miso, así como la consecuencia derivada, que no es otra que el reconocimiento de la pensión de invalidez por accidente de trabajo, en la suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, atendiendo a que en efecto la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca estableció una pérdida de capacidad laboral del 51.90%, con fecha de estructuración al día 5 de junio de 2017, derivada del accidente de tránsito, por lo que será a partir de dicha data que se proceda con el pago de la mesada pensional.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción, se debe recordar que los derechos laborales quedan cobijadas por esta figura si no son reclamados dentro del término trienal previsto en los artículos 151 del CPL y 488 del CST; no obstante lo anterior, el artículo 489 ibídem, fija la interrupción de la prescripción por una sola vez, con el simple reclamo escrito efectuado por el trabajador, momento a partir del cual comienza a contarse nuevamente el término de tal efecto por un período igual.

En el asunto, como ya se indicó, el derecho pensional en cuanto a su pago surgió en la fecha de estructuración establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca para el día 5 de junio de 2017, fecha en la cual ya se encontraba en trámite el proceso ordinario laboral, por lo que no podría declararse el medio exceptivo respecto de las mesadas causadas, así como tampoco respecto de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, por cuanto dichos aportes son imprescriptibles para la conformación del derecho pensional, más aún, como ocurre en el caso bajo estudio, que no medió afiliación alguna por parte de los empleadores, por lo que se genera un cálculo actuarial que es imprescriptible de conformidad con lo dispuesto en la sentencia SL 738 de 2018.

Finalmente, tampoco le asiste razón a la apoderada de la parte demandante, en el sentido que si bien no se demostró el despido del trabajador, se debió condenar al pago de perjuicios ante la falta de afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral, ya que dicha pretensión no fue elevada en la demanda, ni se incluyó fundamento fáctico alguno del que se pueda extraer la falta de pago de las incapacidades, por lo que no es posible acceder al estudio de dicho pedimento, pues sería sorprender al extremo activo con pretensiones y fundamentos nuevos, que eventualmente vulnerarían el derecho al debido proceso y defensa de los demandados, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión de primer grado en su integridad.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedan a cargo de los demandados y sin costas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE 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 de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** de primera instancia a cargo de los demandados y sin ellas en la alzada, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-009-2015-00789-02. Proceso Ordinario de Anyely Caicedo de Castañeda contra la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por la partes frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de julio de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que la demandada incumplió el contrato de trabajo a término indefinido, en cuanto no respetó la opción pactada de efectuar los aportes a seguridad social en Colombia y como consecuencia de lo anterior, se condene a la expedición del acto administrativo mediante el cual se liquide y pague a la administradora Porvenir el valor de las

cotizaciones que debió efectuar a partir del 7 de diciembre de 2009 y hasta la terminación del vínculo laboral, junto con los rendimientos legales a que hubiere lugar, tales como sanción moratoria, cálculo actuarial y demás , tomando el IBC en moneda extranjera, debidamente incrementado en el IPC, junto con los aumentos salariales a partir de 2012, así como al pago de las prestaciones sociales que tiene derecho el trabajador colombiano tales como cesantías, primas de servicio y vacaciones y las costas del proceso.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que fue servidora pública con vinculación legal y reglamentaria adscrita al consulado de Colombia en Santiago de Chile por el período comprendido entre el 18 de noviembre de 2004 y el 6 de diciembre de 2009, cotizando a Porvenir, no obstante, se produjo novación de la relación laboral, al suscribirse contrato de trabajo a término indefinido, no obstante, la demandada cesó el pago de los aportes pensionales a Porvenir, incumpliendo con lo pactado en la cláusula décimo quinta del contrato de trabajo suscrito el 7 de diciembre de 2009, en la que se pactó la posibilidad de efectuar aportes en el régimen de seguridad social colombiano o chileno, escogiendo el Sistema General de Pensiones Colombiano en Porvenir mediante carta de fecha 14 de diciembre de 2009, pactando percibir su salario en dólares americanos el 30 de noviembre de 2011; que se generó un congelamiento salarial, ya que durante el año 2010 y 2011 se pagó la suma de 1.500 dólares, concediendo la suma de $1.034.700 pesos chilenos, salario que tiene repercusiones en los aportes a seguridad social; que la demandante es Colombiana, sin que ostente doble nacionalidad y le pagan su salario del presupuesto nacional; que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha omitido pagar las prestaciones sociales reconocidas en las leyes colombianas, no obstante la cláusula décimo segunda dispone que se somete al régimen laboral Chileno en

materia de contratos; que se elevó la reclamación administrativa, la que fue negada por el empleador.

La aquo declaró que la demandada desconoció la cláusula décimo segundo del contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 7 de diciembre de 2009, no obstante, ordenó que la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores proceda a efectuar el aportes ~~de los aportes~~ en el Sistema General de Pensiones en la AFP Porvenir, teniendo en cuenta el salario realmente devengado y absolvió de las demás peticiones de la demanda. Lo anterior, por cuanto si bien se incumplió la cláusula del contrato de trabajo, también lo es, que existe el convenio entre Colombia y Chile que permite el cómputo de tiempos cotizados entre los dos países, por lo que no quedaría desamparado el derecho a la seguridad social.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación, los que fueron otorgados de forma oportuna por la falladora de primer grado.

El apoderado de la parte actora interpuso recurso en lo desfavorable de la decisión y solicitó se confirme en lo demás la sentencia. Lo anterior, por cuanto existe una contradicción en el fallo proferido, ya que si bien se encontró la vulneración del contrato de trabajo, así como que la demandante acogió el Sistema General de Pensiones Colombiano, no obstante, manifestó que habría un doble pago de conformidad con lo manifestado por el artículo 128 de la Constitución Política, sin embargo pasó por alto que la palabra decisoria es la simultaneidad de pago o ingreso, ya que no se generaría el pago al trabajador, sino a un tercero que es el Sistema de Pensiones Chileno, por lo que no se genera el doble pago, aunado, con que el Estado Colombiano puede recuperar las cotizaciones efectuadas, vulnerándose el principio internacional de

libertad de escogencia, consagrado en la Ley 100 de 1993. De igual forma, manifestó que se vulneró la libertad de escogencia, aunado, con que la actora puede ver postergado su derecho pensional, con ocasión de la conmutación de las cotizaciones efectuadas en ambos países, para lo cual se debe revocar la decisión de primer grado, en el sentid de disponer el pago de los aportes no desde el año 2018, sino desde el 2009.

Por su parte, la apoderada de la demandada también interpuso recurso de apelación en lo desfavorable y frente a la imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a la decisión, ya que no se puede cotizar en Colombia tan solo el tema pensional, pues se deben pagar la cotización en bloque, situación que ocurre en igual sentido en Chile, por lo que se advierte el doble pago de las mismas prestaciones en Colombia y Chile, situación que mitigó el convenio entre los países, enfatizando, que la fecha la actora no cumple requisitos en ninguno de los países, aunado, con que si bien existe una cláusula exorbitante o imposible de cumplir en su numeral, décimo quinto, ello no quiere decir que se pueda dar aplicación al mismo, bajo el entendido que la demandante se encuentra domiciliada en el país de Chile, por lo que sería ilógico cotizar en Colombia, cuando los riesgos para salud, pensiones y riesgos laborales deben ser cubiertos en el país donde desempeña sus funciones, lo que generaría que ante cualquier padecimiento de salud, se llegara al extremo de tener que trasladarse la actora hasta Colombia para que le sea prestado el servicio. Finalmente, refiere que no se puede imponer condena en costas en su contra, por cuanto siempre ha actuado de buena fe, aunado con que se probó las excepciones de cobro, pago de lo no debido e inexistencia de la obligación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no hubo controversia alguna en lo referente con la existencia de la relación laboral, así como el extremo inicial y que la misma se encuentra vigente; el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si hay lugar a ordenar a la encartada proceder con el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones en la AFP Porvenir o si por el contrario, con los aportes efectuados en el país Santiago de Chile se satisficieron los mismos.

Al respecto, debe indicarse que la parte actora solicita se ordene el pago de las cotizaciones en pensiones con destino a la AFP Porvenir, teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusula décima quinta, pretensión a la que se opone la parte encartada, bajo el sustento que no es posible proceder con dicho, pago teniendo en cuenta que se encuentra domiciliada en la ciudad de Santiago de Chile, lugar en el cual se efectúan los aportes correspondientes, ya que no es posible fraccionar o dividir los riesgos derivados de la relación laboral.

En ese orden de ideas, se encuentra que el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, de fecha 7 de diciembre de 2009, estableció en sus cláusulas décima segunda y décima quinta, lo siguiente:

> *"**CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- DOMICILIO Y LEY APLICABLE.** Las partes quedan sujetas en su relación laboral, al régimen laboral vigente en Chile para esta clase de contratos. Para todos los efectos de este contrato, las partes fijan como domicilio en la ciudad y comuna de Santiago y se someten a la competencia de sus tribunales de justicia.*

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA.- *En virtud de lo dispuesto en el Convenio Bilateral de Seguridad Social suscrito el 9 de diciembre de 2003 entre la República de Colombia y el Estado de Chile, aprobado mediante la Ley 1139 de junio de 2007, EL TRABAJADOR podrá optar dentro de los 3 meses siguientes a las suscripción del presente contrato, entre la aplicación en materia de seguridad social, de la legislación del Estado Colombiano o el Estado Chileno, respectivamente.*

En caso de que no se efectúe la opción dentro de dicho plazo, se considera que el TRABAJADOR opta por acogerse a la legislación del país donde desarrolla su actividad.".

En uso de la cláusula décima quinta, la demandante radicó escrito ante el Consulado General en Colombia en Santiago de Chile, de fecha 14 de diciembre de 2009[1], en la que indicó:

"... estoy interesada en seguir cotizando mi pensión en Colombia a través de PORVENIR S.A., Entidad en la cual llevo cotizando más de 25 años".

De lo anterior se advierte, que en efecto la señora Caicedo de Castañeda realizó la manifestación correspondiente escogiendo el Sistema General de Pensiones Colombiano, de conformidad con la cláusula de su contrato de trabajo que así lo permitía, para lo cual escogió la AFP Porvenir S.A., por lo que de acuerdo con el contrato que es Ley para las partes, en principio se advierte el incumplimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores de las cláusulas pactadas en el contrato de trabajo.

No obstante lo anterior, se hace necesario advertir que no ha sido objeto de controversia que en efecto se han realizado aportes en pensiones por

[1] Cfr. Fl. 32.

parte de la demandada en el Sistema General de Pensiones, conforme lo expuso la misma parte actora, en el sentido que manifestó que la República de Colombia puede solicitar el reembolso de los aportes ante la administradora de pensiones en la que se han realizado las cotizaciones, por lo que se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en los artículos 2°, 3° y 5° de la Ley 1139 de 1997, que aprobó el *"Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y la República de Chile"*, en los que se dispuso:

*"**ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL***

1. El presente Convenio se aplicará:

A) Respecto de Chile, a la legislación sobre:

a) El Sistema de Pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, basado en la capitalización individual;
b) Los regímenes de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, administrados por el Instituto de Normalización Previsional, y
c) Los regímenes de prestaciones de salud, solo para efectos de lo dispuesto en el artículo 21 del presente Convenio;

B) Respecto de Colombia, a la legislación sobre:

a) Las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones -Prima Media con Prestación Definida y de Ahorro Individual con Solidaridad, en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común;
b) Las prestaciones de salud, solo para efectos de lo dispuesto en el artículo 19 del presente Convenio.

2. El presente Convenio se aplicará igualmente a las disposiciones legales que en el futuro complementen o modifiquen las señaladas en el número precedente, siempre que la Autoridad Competente de uno de los Estados

Contratantes no comunique objeción alguna dentro de los seis meses siguientes a la notificación a la que se refiere la letra d) del artículo 27 del presente Convenio.

3. La aplicación de las normas del presente Convenio excluirá las disposiciones contenidas en otros Convenios bilaterales o multilaterales celebrados por uno de los Estados Contratantes, en relación con la legislación que se indica en el número 1 de este artículo.

ARTÍCULO 3o. AMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

El presente Convenio se aplicará a las personas que estén o hayan estado sometidas a la legislación mencionada en el artículo 2o de uno o ambos Estados Contratantes y a sus beneficiarios:

ARTÍCULO 4o. IGUALDAD DE TRATO.

Las personas mencionadas en el artículo 3o que residan en el territorio de uno de los Estados Contratantes, tendrán las mismas obligaciones y derechos establecidos en la legislación de ese Estado Contratante para sus nacionales.

ARTÍCULO 5o. EXPORTACIÓN DE PENSIONES.

1. Las pensiones que se paguen de acuerdo con la legislación de un Estado Contratante, no podrán estar sujetas a reducción, modificación, suspensión o retención por el hecho de que el titular de la pensión se encuentre o resida en el territorio del otro Estado.

2. Las pensiones que deban pagarse por uno de los Estados Contratantes a los nacionales del otro Estado, que residan en el territorio de un tercer Estado, se harán efectivas cumpliendo las mismas condiciones y con igual extensión que a los propios nacionales que residan en ese tercer Estado.".

Teniendo en cuenta las normas anteriores, se advierte que existe Convenio Pensional entre la República de Colombia y la República de

Chile, con el que se amparan las contingencias de la invalidez, vejez y muerte, para lo cual se trasladarán las semanas cotizadas en uno u otro país y para lo cual se aplicara condiciones de igualdad, como si se tratara de connacionales.

En ese orden de ideas, si bien existe una vulneración por parte de la encartada en las condiciones pactadas en el contrato de trabajo, esto por cuanto se efectuaron cotizaciones en la República de Chile, siendo que la demandante escogió el Sistema General de Pensiones Colombiano, también lo es, que de procederse en la forma como lo solicita la parte actora, en efecto existiría un doble pago, yendo en contra de la prohibición expresa contenida en el artículo 128 de la Constitución Política[2], ya que se efectuaría un doble pago por los aportes de pensiones, así como de salud, los que ya fueron cubiertos en la República de Chile y se debería destinar una nueva asignación del tesoro público para cancelarlos en Colombia, los que no pueden ser pagados de forma individual, ya que conforme con la Ley 100 de 1993, cuando existe la relación laboral, se deben pagar de forma conjunta los apotres en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, situación que implica una imposibilidad por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores en pagar las cotizaciones tanto anteriores, como posteriores de la demandante mientas preste sus servicio en la República de Chile, ya que debería cancelar los emolumentos que conformen el Sistema Integral de Seguridad Social

---

[2] *ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.*

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

tanto en el lugar de prestación de servicios, como en Colombia, lo que también implicaría un doble gasto por una misma prestación del servicio.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que tal como se ha hecho referencia, en el presente caso no se pierden las cotizaciones efectuadas en el Estado Chileno si desea solicitar la pensión en Colombia o las del Estado Colombiano si desea solicitar la prestación en la República de Chile, ya que lo que indistintamente el sitio donde se solicite, la totalidad de las cotizaciones servirán para la financiación del derecho pensional, que es en últimas lo que pretende la demandante, asegurar las contingencias de Invalidez, Vejez y Muerte.

De igual forma, debe indicarse que la cláusula décima segunda del contrato de trabajo estableció "*Las partes quedan sujetas en su relación laboral, al régimen laboral vigente en Chile para esta clase de contratos.*", lo que advierte que en efecto, también se le puede aplicar la normatividad consagrada en Chile a la relación laboral.

Así mismo, es necesario advertir, que en efecto le asiste razón a la pasiva en cuanto al no poder fraccionar el pago de los riesgos derivados del contrato de trabajo, se llegaría al punto que al efectuarse el pago de Salud, Pensión y Riesgos Profesionales, se entraría en una mixtura de normatividades, ya que se debería determinar las coberturas en salud y riesgos profesionales Colombianas, respecto de las que contiene la República de Chile y de esta forma, establecerse la garantía al trabajador, situación que no puede estimarse en dicha forma, fundamentos por los cuales se ha de revocar la decisión de primer grado y en su lugar se absolverá de los pedimentos de la demanda, sin que sea necesaria la declaratoria del incumplimiento del contrato de trabajo y que en efecto se advierte en las diligencias, como quiera que el fin último perseguido con

el litigio, es que se proceda con el pago de los aportes en el Sistema General de Pensiones Colombiano por intermedio de la AFP Porvenir, situación que se reitera, no es posible dado el doble pago que se generaría por tales conceptos en favor de la demandante.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin Costas en las instancias, dado que les asiste razón de forma parcial razón tanto a la parte demandante, como demandada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 30 de julio de 2018 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: SIN COSTAS** en las instancias. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C. treinta (30) octubre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-014-2017-00334-01. Proceso Ordinario de Armando Morales Latorre contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las partes frente a la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de julio de 2018; así como, el grado jurisdiccional de consulta en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación por la demandada Colpensiones.

Previo a resolver lo que corresponde, se observa que la parte demandada allegó poder visible a folios 112 a 115 del plenario, por lo que se procede a reconocer personaría a la doctora Dannia Vanessa Yusselfy Navarro Rosas identificada con C.C. No. 52.454.425 y T.P. No. 121.126 del C.S. de la J., para actuar como apoderada principal de la demandada Colpensiones, de conformidad con la escritura pública conferida; así mismo, se reconoce personería a la doctora Angélica María Medina Herrera identificada con C.C. 1.143.366.390 y T.P. No. 272.397 del C. S. de la J., para actuar como

apoderada sustituta de la demandada Colpensiones de conformidad con el poder a ella conferido.

ANTECEDENTES:

El accionante solicitó el reconocimiento del incremento pensional del 14% y el 7% por cónyuge a cargo e hijo menor de edad, desde la fecha del reconocimiento pensional, esto es, a partir del 1° de noviembre de 2005, junto con el retroactivo pensional, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

Tuvo como fundamento de sus pretensiones, que se encuentra pensionado por el entonces ISS, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, mediante resolución No. 006168 de 2005; que se encuentra casada y convive con la señora Ana Leonor Abril de Morales y es padre del joven David Mauricio Morales Castro, quien nació el 1° de febrero de 2003, con quienes comparte techo y mesa; que elevó solicitud para el reconocimiento y pago del 7% y del 14% ante Colpensiones, los que fueron negados mediante oficio de fecha 10 de marzo de 2016.

La *aquo* consideró frente al 14%, que no se acreditó la dependencia económica para el reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo, no obstante, otorgó el incremento del 7% por hijo menor de edad, ya que no es necesario demostrar la dependencia económica, indicando, que se debía aplicar la prescripción parcial de los incrementos dejados de reclamar con anterioridad al 10 de marzo de 2013, ya que si bien los incrementos no son un elemento constitutivo de la pensión, si depende de forma directa de la misma y por ello, la suerte de lo principal lo sigue lo accesorio, que en el caso bajo estudio, no sería otro que la prescripción parcial, estimando su retroactivo hasta el 30 de junio de 2018 en la suma de $3.497.730,04.

Inconformes con la decisión, los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos de forma oportuna por la falladora de primer grado.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación de forma parcial contra la sentencia proferida, tan solo frente a la negativa al reconocimiento del 14%, teniendo en cuenta que no se tuvo en cuenta normas que en efecto otorgaban el derecho al incremento pensional, así como las sentencias con radicado No. 29531 de 2017, así como la T 067 de 2009. Aunado a ello, por cuanto está demostrado que el actor se encuentra casado con la señora Ana Leonor Abril, que se procrearon hijos con la misma, que conviven y que depende económicamente del pensionado, tal y como se deprende del testimonios del señor Efraín Morales Gil, quien afirmó que conoce al actor desde hace más de 30 años y por ello conoce a su esposa, quien es ama de casa y no cuenta con entrada económica alguna y que si bien María Dalila Puentes afirmó que la actora si realiza actividades, ello no implica que obtenga remuneración u honorarios alguno, ya que realiza las labores del hogar, la atención a su esposo, atiende desayuno, almuerzo y cena, por lo que la ayuda económica deriva de su esposo, lo que acredita los requisitos para conceder el incremento reclamado.

Por su parte, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación respecto del incremento del 7% que fue reconocido, por cuanto manifiesta que se debió declarar la prescripción total del derecho, teniendo en cuenta que la pensión fue reconocida en el 2005, no obstante, presentó la reclamación administrativa hasta el año 2016, ello de acuerdo con el Auto 320 de 2018 emitido por la Corte Constitucional, en el sentido que en efecto se encuentran prescritos los incrementos, atendiendo al principio de solidaridad, aunado, con que no se demostró en forma total que la cónyuge

o un tercero no colabore para el sostenimiento del hijo, situación por lo que se deben desestimar las pretensiones de la demanda.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de apelación que el demandante es beneficiario del régimen de transición; que por virtud de ello, le fue reconocida la prestación pensional en por el entonces Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones mediante la Resolución No. 006168 del 27 de octubre de 2005, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990; el problema jurídico a resolver en esta segunda instancia está relacionado con determinar si hay lugar al reconocimiento y pago del incremento pensional del 7% y el 14%.

Debemos empezar por indicar que si bien a partir de la expedición de la sentencia SU – 140 de 2019, la Corte Constitucional modificó su criterio jurisprudencial, en el sentido de declarar la inexistencia de los incrementos pensionales a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993; esta Sala en forma mayoritaria, de acuerdo con las facultades que confiere el artículo 7° del C.G.P., respetuosamente se aparta de tal determinación, en la medida que la alta Corporación abordó un tema que no era objeto de controversia y respecto del que por demás existía un criterio pacífico, motivo por el que se acogerá en su integridad el criterio que pacíficamente ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias del 12 de diciembre de 2007 dentro del radicado N° 27923, y que reafirma en pronunciamientos del 18 de septiembre de 2012 dentro de los radicados N° 40919 y N° 42300, en los que ha considerado que la reclamación de los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del

Acuerdo 049 de 1990, requiere, además de acreditar los requisitos previstos en el aludido precepto; que se soliciten dentro del término de exigibilidad de los derechos laborales, una vez surjan las causas que les da origen, ya que son accesorios a la prestación pensional, y por esa razón corren la suerte de extinguirse en el mundo jurídico; enfatizando, que esta Sala de Decisión acogió dicho criterio a partir de la sentencia con radicado No. 007 – 2018 – 00266 – 01 en el que fue demandante Guillermo Castro Grisales y demandada Colpensiones.

Bajo tal perspectiva, en tanto observa la Sala que el reconocimiento del derecho pensional se generó a partir del 1° de noviembre de 2005 y el acto administrativo fue efectuado el 27 de octubre de 2005[1], se adentrará directamente al estudio del medio exceptivo de la prescripción.

En ese orden de ideas, debe indicarse que tal medio exceptivo se encuentra regulado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., que disponen la prescripción del derecho cuando ha transcurrido tres años a partir de su exigibilidad, el que se interrumpe por una única vez, con el simple reclamo escrito del pensionado a la entidad por un período igual al inicial.

Así las cosas, dado que el 10 de marzo de 2016 el demandante solicitó el reconocimiento y pago del incremento por cónyuge e hijo menor de edad a cargo[2], la que fue desatada en la misma fecha, e interpuso la demanda respectiva hasta el 26 de julio de 2016, tal y como consta en el acta de reparto visible a folio 24 del plenario, habrá lugar a declarar probada de forma total la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, advirtiendo, que respecto del hijo del pensionado, el mismo nació el 10 de febrero de 2003, así como que contrajo matrimonio el 24 de diciembre de

[1] Cfr. Fl. 7.
[2] Cfr. Fl. 8 y 9.

1967, y afilió a su cónyuge al Sistema de Salud en calidad de beneficiaria a FAMISANAR EPS[3], el 12 de abril de 2013, situación por la cual a partir del momento en que se originó el reconocimiento del derecho pensional, podía elevar la solicitud para la concesión del incremento pensional por personas a cargo, enfatizando, que incluso los testimonios recepcionados ante la falladora de primer grado manifestaron que la señora Ana Leonor Abril peña, siempre se ha dedicado a las labores del hogar, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión de primer grado, pero por las razones expuestas.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo del demandante y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en la presente decisión. **COSTAS.** Las de primer grado a cargo de la parte actora y sin ellas en la alzada. Esta sentencia se notifica en ESTRADOS.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

[3] Cfr. Fl. 13.

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado