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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **010 2019 00440** 01
DEMANDANTE:	LUZ ESPERANZA CARRILLO GARZÓN
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

La Sala reconoce personería para representar los intereses de la demandada a la abogada Mariana Galindo Ruiz con la TP n.° 253.070 del C. S. de la J., de conformidad con la sustitución de poder otorgada por el representante legal de la firma Martínez Devia y Asociados SAS (f.° 152), a quien la UGPP otorgó poder general para representar los intereses de la entidad mediante escritura pública n.° 603 del 12 de febrero de 2020, otorgada en la Notaría 73 de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se condene a la UGPP a reconocerle la pensión de jubilación convencional a partir del 5 de octubre de 2006, prevista en el art. 98 de la CCT suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 100% de promedio de lo percibido durante los últimos dos años de servicio exclusivo al ISS, incluyendo todos los factores de remuneración; los intereses moratorios previstos en el art.

141 de la Ley 100 de 1993 y 195 del CPACA; la indexación de las sumas adeudadas; las costas y agencias en derecho (f.° 82).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 5 de octubre de 1956 y laboró con el ISS un total de 1528 semanas, equivalentes a 29 años, 8 meses y 19 días, del 1° de septiembre de 1977 al 25 de junio de 2003, como trabajadora oficial; que se encuentra afiliada a la Organización Sindical Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social; que el art. 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 31 de octubre de 2001 entre Sintraseguridad Social y el ISS, establece una vigencia que va más allá del año 2017; que en virtud de la supresión del ISS la UGPP asumió la administración de los derechos pensionales legalmente reconocidos por esas entidad en calidad de empleador; y que, el 30 de enero de 2019 radicó solicitud de reconocimiento convencional ante la UGPP, sin pronunciamiento de la entidad a la presentación de la demanda (f.° 82-85).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 8 de octubre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 92), quien contestó con oposición a cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Admitió los hechos relacionados con el tiempo de servicios de la demandante al ISS, su calidad de trabajadora oficial, su fecha de nacimiento, la suscripción de la convención colectiva, lo dispuesto en su art. 98 y la solicitud pensional, negada mediante Resolución RDP 017817 del 12 de junio de 2019; además indicó que la convención no se encuentra vigente en virtud del acto legislativo 01 de 2005. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación de pagar la pensión de jubilación convencional, prescripción y buena fe de la entidad (f.° 120 a 127).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio (f.° 93).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 13 de julio de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de pagar la pensión de jubilación convencional propuesta por la UGPP, y en consecuencia, absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, y la condenó en costas a favor de la accionada.

Para lo que interesa a la alzada, consideró que la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad social para los años 2001-2004, se prorrogó automáticamente por virtud de lo establecido en los art. 478 y 479 del CST, y en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, su art. 98 estuvo vigente hasta el año 2017, por disposición expresa de la convención y acorde con lo precisado en la sentencia CSJ SL3635-2020, porque en esa norma se establecen parámetros para las personas que cumplen la edad en 2016 y 2017, es decir, la convención se encontraba vigente para la fecha a partir de la cual se solicita la pensión de jubilación, el 5 de octubre de 2006; empero, que conforme al art. 3° convencional, son beneficiarios de la convención colectiva los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS, que no renuncien expresamente a sus beneficios, y el art. 98 consagra la pensión de jubilación a favor del trabajador oficial que cumpla 20 años de servicios continuos o discontinuos al ISS y llegue a la edad de 50 años si es mujer.

Añadió que, pese a que la demandante cuenta con el tiempo de servicios requerido, cuando arribó a la edad mínima prevista en la norma convencional, no era trabajadora oficial del ISS, y por tanto, no ostentaba la condición de beneficiaria de la convención, por lo que no es posible reconocerle la pensión de jubilación conforme al art. 98 de la convención colectiva en cita, sin que puedan extenderse los derechos convencionales en su favor, a la fecha en la que cumplió la edad, cuando ya no era trabajadora oficial de la entidad, puesto que ello solo es posible cuando expresamente se establece en la convención colectiva (CSJ SL526-2018), y en este caso la edad no es simplemente requisito de disfrute de la prestación, por lo que debía cumplirse en vigencia del contrato de trabajo, en condición de trabajadora oficial (f.° 141).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante,** solicitó se revoque la decisión proferida y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que cumple con los requisitos previstos en el art. 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, puesto que era trabajadora oficial durante el periodo laborado, cumplió 50 años de edad en octubre 5 de 2006, sin que ésta sea una condición o requisitos, sino que determina solamente la exigibilidad, según lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 18 de agosto de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar (f.° 145).

La demandada presentó alegaciones reiterando sus argumentos de defensa en el trámite del proceso (f.° 148-150).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 66A del CP CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si la convención colectiva de trabajo suscrita entre el extinto ISS y Sintraseguridad Social, con vigencia 2001-2004, le es aplicable a la demandante en condición de ex trabajadora oficial de la entidad; si la edad prevista en el art. 98 de la citada convención, es un requisito de causación del derecho a la pensión de jubilación consagrada en la disposición, o de simple exigibilidad o disfrute; y conforme a ello, si la demandante causó o no el derecho a la pensión de jubilación reclamada.

No es objeto de controversia en este asunto, que Luz Esperanza Carrillo Garzón, nació el 5 de octubre de 1956 (f.°4), y prestó sus servicios al ISS en calidad de trabajadora oficial, del 1° de septiembre de 1977 al 25 de junio de 2003 (f.° 8 y 96A), periodo en el cual le fue aplicable la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social para la vigencia 2001-2004, allegada al proceso como prueba con la respectiva constancia de depósito (f.° 39-73), y que tal acuerdo no fue objeto de denuncia, por lo que se prorrogó automáticamente por periodos sucesivos de 6 meses, conforme a lo dispuesto en el art. 478 del CST.

La citada convención colectiva de trabajo, estableció en su artículo 3° que sus beneficiarios serían los ***trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS***, que no renuncien expresamente a esos beneficios; en su artículo 98 consagró la pensión de jubilación, para el **trabajador oficial vinculado** a esa planta de personal que cumpla ***20 años de servicio*** continuo o discontinuo al Instituto ***y*** llegue a ***la edad de*** 55 años si es hombre o ***50 años si es mujer***, en un 100% del promedio mensual percibido, en los tres últimos

años de servicio, para quienes se jubilen entre el 01 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016.

Advierte la Sala que la demandante prestó sus servicios al extinto Instituto de Seguros Sociales, en calidad de trabajadora oficial, por tanto, beneficiaria de la referida convención colectiva de trabajo, del 1° de septiembre de 1977 al 25 de junio de 2003, esto es, durante 25 años 9 meses y 25 días, a los que deben descontarse 255 días de interrupción según las certificaciones allegadas.

Empero, tal como lo advirtió la *a quo*, pese a que la demandante fue beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, esa condición expiró para ella el 25 de junio de 2003, cuando dejó de ser trabajadora oficial del ISS, pues a partir del día siguiente, en su condición de empleada pública, como consecuencia de la escisión de la entidad, dispuesta en el Decreto 1750 de 2003, no podía beneficiarse del referido acuerdo convencional, según lo dispuesto en los art. 416 y 467 del CST, y por tal razón, solo podía accederse a lo pretendido, si acreditaba el cumplimiento de la totalidad de requisitos para la causación de la pensión de jubilación prevista en el art. 98 convencional, mientras que fue beneficiaria de la convención colectiva objeto de estudio, es decir, debió acreditar el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios a la entidad, hasta el 25 de junio de 2003, sin embargo, para esa data, pese a superar con creces el tiempo de servicios requerido, no había cumplido la edad mínima pensional, a la que arribó el 5 de octubre de 2006, razón por la cual se concluye que no causó el derecho pretendido, en el tiempo en el que tuvo la condición de beneficiaria de la convención, y por tanto, la expectativa de adquirir el referido derecho no se consolidó.

En similar sentido se había pronunciado de manera reiterada la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos análogos a este, en sentencias con radicación 35399 del 23 de julio de 2009, CSJ SL803-2013, CSJ SL14663-2014, CSJ SL12348-2014, CSJ SL435-2015, CSJ SL122-2020, tras considerar de manera consistente que la edad mínima requerida para el reconocimiento de la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y Sintraseguridad Social con vigencia 2001-2004, debía cumplirse en vigencia del contrato de trabajo y ostentando la calidad de trabajadora oficial, por cuanto acorde con lo dispuesto en el art. 467 del CST, la convención colectiva de trabajo se celebra para "*fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia*", y es

entonces en vigencia del contrato de trabajo que son aplicables a los trabajadores oficiales del ISS las disposiciones convencionales, salvo que se establezca expresamente en el instrumento convencional algo distinto, que no es el caso.

Contrario a ello, se itera, dispuso la misma convención en su art. 3° que sus beneficiarios son "*los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales*"; y, cuando el art. 98 previó que "*El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación [...]*", expresamente estableció como beneficiarios de esa específica prestación, a los trabajadores oficiales del ISS, y además, en los términos en los que fue convenida, resulta claro para esta Sala de decisión que para su causación se requiere el cumplimiento tanto del tiempo de servicios como de la edad, la que, contrario a lo aducido por la parte actora, no constituye un simple requisito de exigibilidad.

Lo anterior, sin desconocer que en providencias de casación más recientes, emitidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia CSJ SL3343-2020, reiterada en la CSJ SL5116-2020, la Corporación modificó su criterio, tras considerar que de la disposición se desprende que el cumplimiento de la edad es requisito de exigibilidad y no de causación del derecho a la pensión de jubilación; empero, verificadas las consideraciones allí expuestas, en contraste con un análisis sistemático y armónico de las normas legales y convencionales referidas, atendiendo a la voluntad que tuvieron las partes, según se desprende de los acuerdos plasmados en el texto definitivo de la convención, la Sala concluye que la interpretación plausible de la disposición contentiva del derecho pensional pretendido es la que se acogió con anterioridad por la alta corporación, de manera reiterada, que fue expresado y reafirmado en los tres salvamentos de voto presentados a la decisión que modificó el criterio, sin que por demás esté indicar, que en la fecha en la que se resuelve este asunto, ninguno de los criterios del órgano de cierre de la jurisdicción cuenta con mayoría.

Por lo expuesto, se acoge por esta Sala, por razonabilidad y coherencia con los criterios sentados por la Sala de Casación Laboral en materia de interpretación de normas convencionales, aplicación de la convención colectiva de trabajo, beneficiarios, causación y disfrute de la pensión convencional, la interpretación que se ratifica en los salvamentos de voto aludidos, sentada y

reiterada en las sentencias CSJ SL 35399, 23 jul. 2009, CSJ SL803-2013, CSJ SL14663-2014, CSJ SL12348-2014, CSJ SL435-2015, CSJ SL122-2020.

Lo anterior resulta suficiente para **confirmar** la sentencia recurrida. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado (Aclaro voto)

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Egq7jntmVxhEsrZA0y8ZsGoBxSm6pplYYEkWZqxyi9mluA?e=K7uJ3X

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Proceso: Ordinario Laboral Rad-1100131050 10 2019 00440 01
DEMANDNATE: **LUZ ESPERANZA CARRILLO GARZÓN**
DEMANDANTO: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"**
MP: **DRA. LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Con el debido respeto por mis compañeras de Sala, me permito manifestar, que aclaro voto del respetable criterio jurídico de la H. Magistrada Ponente y la H. Magistrada que acompaña la argumentación de la decisión, en este caso en mi criterio si bien el fallo debe **CONFIRMARSE,** como en efecto sucedió, lo cierto es que me aparto de la manifestación realizada en el proyecto cuando se afirma lo siguiente:

> *"(…) Que en la fecha en la que se resuelve este asunto, ninguno de los criterios del órgano de cierre de la jurisdicción cuenta con mayoría."*

El suscrito no comparte la anterior aseveración, toda vez que no se trata de un argumento jurídico válido para ser expuesto en el proyecto del proceso de la referencia, pues no se tiene certeza que efectivamente la decisión cuente con mayoría o no por parte de la Sala de Casación Laboral, en tanto que se desconoce lo discutido al interior de los proceso, y si efectivamente hubo o no mayoría de la misma, no obstante, lo cierto es que existen fallos expedidos por la H. Corte Suprema de Justicia que otorgan pensión convencional a los ex trabajadores oficiales del ISS.

Con el debido respeto, es por la argumentación de la decisión que aclaro mi voto en este caso.

En la fecha, 26 de julio de 2022.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **008 2019 00078** 01
DEMANDANTE: JAVIER ANDRÉS JIMÉNEZ BECERRA
DEMANDADO: UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de julio de 2021, por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare que es trabajador de la demandada desde el 1.° de agosto de 2011, que desde el comienzo de la ejecución del contrato de trabajo se ha desempeñado en la actividad profesoral, y por ello, a partir del 1.° de agosto de 2013, tenía derecho a ser ordenado como profesor de la Universidad de los Andes, a ser homologado en la categoría de "*profesor asistente*" de la Facultad de Ingeniería y a recibir los beneficios consagrados conforme a la categorización establecida.

Así mismo, que se declare que la encartada generó un trato diferenciado en materia salarial y de remuneración, que no obedece a factores objetivos; en consecuencia, de lo anterior solicitó que se le condene a efectuar la ordenación profesoral como "*profesor asistente*" de la Facultad de Ingeniería y a pagar la remuneración salarial derivada del curso de vacaciones en

"*tecnología y sociedad*" como trabajo adicional por fuera de la carga asignada entre el 7 de junio y el 14 de julio de 2017, por la suma de $9.810.000, la diferencia salarial, de las cesantías, intereses a las cesantías, primas semestrales y de navidad y vacaciones desde el 1° de agosto de 2013, junto con la sanción por no consignación completa de las cesantías establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los perjuicios morales y el mayor valor de los aportes en pensión, salud, riesgos laborales y parafiscales

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante manifestó que en el año 2002, se creó en la Universidad de Los Andes, el área de "*Tecnología y Sociedad"* en la Facultad de Ingeniería; así mismo, que entre el año 2003 y 2006, se vinculó al servicio de la demandada en la modalidad de profesor de cátedra para el área y facultad referidas, lapso durante el cual apoyó diversas investigaciones que quedaron plasmadas en varias publicaciones académicas. Señaló que el 1° de agosto de 2011, se vinculó laboralmente al servicio de la demandada, como "*profesor visitante"* de tiempo completo, mediante un contrato de trabajo vigente por un año, prorrogable por uno adicional, al cabo del cual, en función de los resultados obtenidos, tenía la posibilidad de ser vinculado como "*profesor de planta"*.

Adujo que las funciones que se le encomendaron, consistieron en la estructuración del "*Centro de Ingeniería y Tecnología y Sociedad"* de la Facultad de Ingeniería; las potenciales actividades docentes en programas de posgrado, especialización o maestría; así como la actividad como docente en uno o dos cursos al semestre, con apoyo en el desarrollo de las investigaciones y la realización de publicación de las mismas; y, la coordinación de los cursos de ciclo básico uniandino en la misma área. Mencionó que desde su ingresó como "*profesor visitante"*, la demandada estableció que debía centrarse en el diagnóstico del área de ciencia, tecnología y sociedad, y en la identificación de la oferta de posgrado, habiéndose dejado para ese entonces carga de trabajo como docente. Sostuvo que a partir del segundo semestre de 2012, se le asignó el curso de pregrado denominado "*tecnología y sociedad"* y la dirección del grupo frente a Colciencias, que al finalizar ese año logró que se validara la propuesta de la especialidad de "*tecnología y sociedad"* a nivel de la facultad de ingeniería y en el primer semestre del 2013, obtuvo la aprobación ante el Consejo de la Universidad y en el segundo semestre de ese año fue concedido el registro por parte del Ministerio de Educación.

Agregó que habiendo transcurrido dos años de vinculación laboral, debido a la orden dada por el rector de la universidad de vincularlo como profesor de planta, con fundamento en el Reglamento Profesoral, solicitó el 23 de agosto de 2013, su ordenamiento como profesor asistente ante el Comité de Ordenamiento Profesoral, el cual negó la solicitud el 13 de diciembre de 2013, con fundamento en que el Centro de Estudios de Tecnología y Sociedad – CETIS, liderado por él, no estaba asignado al interior de ningún departamento de la institución. Mencionó que a partir del 1° de agosto de 2013, la universidad demandada lo puso en la denominación de profesor en clasificación, estatus que se mantenía a la fecha de la presentación de la demanda, sin que existiera en el Estatuto Profesoral, aprobado por el Comité Ejecutivo en la sesión n.° 183-05 del 4 de mayo de 2005, actualizado en junio de 2011, dicha clasificación.

Señaló que, por lo anterior, a mediados de enero de 2014, le solicitó al Decano de Ingeniería de la época, la elaboración de un medio para normalizar su estatus, y este a su vez, le pidió que realizara una presentación formal ante el Consejo de la Facultad de Ingeniería, la cual se llevó a cabo el 22 de abril de 2014; que en reunión del 26 de agosto de 2014, dicho Consejo mutó la conformación del Centro de Estudios de Tecnología y Sociedad – CETIS, en la Iniciativa en Tecnología, Ingeniería y Sociedad – ITIS, asignándole a él la dirección, quien debía reportar su gestión a la Decanatura de Ingeniería. Dijo que lo anterior, implicó la asignación de su propio centro de costos e independencia presupuestal, la contratación de personal para desarrollar el proyecto, asignándole el Consejo de la Facultad de Ingeniería un sinnúmero de funciones e indicadores para evaluar el cumplimiento de su director.

Narró que en reunión de septiembre de 2016, le solicitó nuevamente al Decano de Ingeniería de la época, la elaboración de un medio para normalizar su estatus profesoral en la universidad, pedimento que fue reiterado el 7 de junio de 2018 al Vicerrector académico, sin que se hubiera emitido pronunciamiento alguno. Expuso que el estatuto profesoral vigente para la época de los hechos, tenía establecida para su planta las categorías de profesor asistente, asociado y titular; y para el segundo semestre de 2017, la demandada reformó el ciclo básico Uniandino, en sesión del Comité Directivo 151-17 del 20 de agosto de 2017, contemplando que la actividad profesoral

relativa al CBU, solo puede ser ejercitada por profesores de planta o invitados. Finalmente, expuso que la pasiva le adeuda los conceptos materia de reclamo (f.° 2 a 21).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió el 18 de febrero de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 542).

La **Universidad de los Andes** dio contestación sin oponerse a la declaratoria de la relación de trabajo desde el 1° de agosto de 2011. En el escrito de contradicción la encartada argumentó que en el caso del demandante no existe un derecho a ser ordenado al interior de la universidad, por lo tanto, tal pedimento no se acompasa con los reglamentos internos de esa institución. En ese orden, sostuvo que en atención a la vinculación laboral del actor, aquel en estricto acatamiento de los Reglamentos Internos de la Universidad, presentó solicitud de ingreso al ordenamiento profesoral en el año 2013, a la cual se le dio respuesta de manera oportuna mediante comunicación escrita de fecha 13 de diciembre de 2013, informando que el Comité de Ordenamiento Profesoral no había aprobado su solicitud de ingreso, decisión con la que estuvo de acuerdo el actor y que no fue apelada, teniendo la facultad y oportunidad para hacerlo, así como tampoco presentó solicitud formal adicional desde la fecha indicada, con el fin de ser nuevamente calificado y evaluado para considerar su ingreso al ordenamiento profesoral. Finalmente señaló que el demandante jamás ha ostentado la calidad de profesor asistente, de manera que no hay lugar al reconocimiento de la asignación salarial y reliquidación de prestaciones que reclama (f.° 554 a 593). Propuso como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de causa y título en el demandante, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, prescripción y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de julio de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, la juez de primer grado estableció que el demandante no probó en el trámite, que sus funciones se equipararan a las asignadas a cualquier otro empleado o cargo, por lo que no existía manera de determinar si quien o quienes ocupaban el cargo de profesor asistente tenían las mismas condiciones y desempeñaban las mismas actividades del actor, mucho menos que coincidieran sus responsabilidades dentro de la universidad o que devengaran un salario superior, para así poder disponer la nivelación salarial, partiendo de las funciones precisas que realizaba el convocante frente a las que eran desempeñadas por otro empleado.

En ese orden, añadió la *a quo* que aún si se dejara de lado la omisión probatoria referida, y el estudio se centrará en establecer la procedencia o no de la nivelación salarial solicitada con fundamento en la inexistencia de la designación del cargo del demandante, lo cierto es que el análisis de las pruebas recaudadas, desembocaría igualmente en la improsperidad de su pedimento, por cuanto el promotor del litigio no demostró que las funciones que desempeñaba correspondieron a las de un profesor asistente, y contrario a ello, con la prueba testimonial se pudo establecer que los profesores asistentes debían estar ligados a un departamento específico, y el actor dependía y era subordinado de la decanatura de la facultad de ingeniería.

Lo anterior, al encontrar la juzgadora que los testigos fueron contestes en señalar que el programa ITIS estaba en formación, pues se trató de una iniciativa *sui generis* de la Facultad de Ingeniería, lo que sustenta que no estuviera asociada a un departamento de la universidad, sino directamente a la decanatura; además, que los deponentes manifestaron que un profesor ordenado debe y se acostumbra que está adscrito a un departamento porque dadas las funciones específicas que desarrolla hace comunidad con la universidad. Y es que ello es así, en razón a que tal como lo informan los declarantes, existen 3 dimensiones frente a las actividades que desarrolla un profesor ordenado, que son la docencia, investigación y extensión o desarrollo institucional.

De ahí que coligió, que con la prueba recaudada se constataba que el señor Javier Andrés Jiménez no tenía acceso a los fondos de investigación, tampoco podía coordinar el grupo de investigación de Colciencias y a ningún

otro grupo de investigación que estuviera ligado a dicha entidad, además que en el año 2018 fue él mismo quien manifestó su intención de renunciar a la dirección de ITIS.

Agregó que, aunque estaba probado que en el mes de junio del 2013, el decano de la facultad informó al actor su nombramiento como profesor de planta, lo cierto es que con las declaraciones escuchadas ante la audiencia quedó claro que dicho ascenso no era automático, pues debía someterse al proceso de clasificación estatuido por la Universidad de los Andes, el cual implica la solicitud previa del docente interesado al Comité del Ordenamiento Profesional y su posterior aprobación. Y señaló que aunque el actor elevó la solicitud en esos términos en el año 2013, la misma fue negada, sin que se haya formulado reparo alguno ante tal decisión, pues no se presentaron los recursos propios contra aquella ni se elevó con posterioridad una nueva solicitud.

En ese orden, la primera instancia determinó que la decisión desfavorable al actor, adoptada por el comité en diciembre del año 2013, es la que explica su designación como profesor en clasificación, pues aun cuando resultaba inexistente esta categoría en el estatuto profesoral de la demandada, ello permitía al docente participar en el proceso de ordenamiento profesional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** arguyó que debe tenerse en cuenta que las universidades crean sus reglamentos internos, los cuales son de obligatorio cumplimiento para las partes y que además el ejercicio de la autonomía universitaria, encuentra límites en el orden constitucional y legal. En ese orden, expuso que para la época de los hechos debatidos el actor cumplía el único requisito que exigía la encartada para acceder al cargo solicitado, ya que ingresó el 1° de agosto de 2011 y el mismo día y mes del año 2013, completó los dos años de trabajo.

Sostuvo que no resulta atendible el argumento relativo a que el convocante no pertenecía a un departamento o área exclusiva de la Facultad de Ingeniería, pues dicha situación constituye una traba creada por la encartada para negarle el derecho al trabajador, con el propósito de no

nombrarlo, tanto así que uno de los testigos refirió que era extraño que la Facultad no le hubiera dado al profesor Jiménez Becerra, en su momento, un departamento exclusivo con la finalidad de desarrollar grupos investigadores de ingeniería, lo que hacía que la pasiva debilitara ciertas investigaciones que se estaban desarrollando. A su vez, agregó que tampoco había sido razonable la negativa de la encartada basada en que el actor no manejaba cierto nivel de recursos, pues este no podía acceder a ellos sin autorización de la facultad.

En ese orden, concluyó diciendo que no es cierto que el profesor Jiménez Becerra no tuviera los requisitos para poder acceder, en condiciones de igualdad a una nivelación salarial en relación con otros profesores; dado que es que esta situación no se realizó simplemente porque la Universidad es la encargada de crear los limitantes para no acceder al nombramiento del mismo, ello a pesar de que de los testimonios se extrae que el actor ejercía ciertas acciones que le daban la potestad de poder acceder al nuevo cargo.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de septiembre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.° 442).

La parte demandada presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación (f.° 445 a 446).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si se acreditó la procedencia de la nivelación salarial del demandante como profesor asistente de la Facultad de Ingeniería de la institución educativa llamada a juicio.

No se discute en el trámite procesal, que el demandante está vinculado con la demandada, mediante un contrato de trabajo en virtud del cual se

desempeñó como profesor visitante del 1° de agosto de 2011 al 31 de julio de 2013 y como profesor en clasificación a partir del 1° de agosto de 2013.

Descendiendo al caso bajo estudio, es menester anotar que se encuentra acreditado que el 13 de diciembre de 2013, el decano de la Facultad de Ingeniería le notificó al demandante que el Comité de Ordenamiento Profesoral, en la sesión del 28 de octubre de ese año, después del estudio y análisis del caso no había aprobado su solicitud de ingreso al ordenamiento profesoral en calidad de profesor asistente, pues a pesar de contar con una trayectoria y hoja de vida "*interesantes*", dicho órgano habia considerado que en el contexto de ese momento resultaba improcedente su ingreso dado el rol que se esperaba de él en los años siguientes y teniendo en cuenta que éste no se llevaría a cabo al interior de alguno de los departamentos académicos que conforman la Facultad (f.º 601).

Es así que en el estatuto profesoral de la Universidad de los Andes aprobado por el Comité Ejecutivo en la sesión n.º 183-05 del 4 de mayo de 205, actualizado a junio de 2011, se estableció que los profesores asistentes son aquellos que han terminado la formación académica requerida para avanzar dentro del ordenamiento profesoral e inician su carrera docente y de investigaciones, así mismo, que la decisión adoptada en los procesos de ordenamiento y promoción sería objeto de reposición y apelación, el primero de ellos respecto de las determinaciones del Comité de Ordenamiento de Facultad y el segundo ante el Comité de Ordenamiento de la Universidad, los cuales debían ser interpuestos dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación.

A su vez, respecto del Comité de Ordenamiento se estableció que su función consistía en hacer el análisis, estudio y tomar la decisión de la promoción del cuerpo profesoral, según las categorías previstas en el ordenamiento, y en cuanto al Comité de Ordenamiento de la Universidad se contempló que sería el encargado de resolver los recursos de apelación interpuestos por los profesores contra las decisiones adoptadas por el COF y relativas al ordenamiento profesoral. Adicionalmente, en el estatuto profesoral también se estableció que las contrataciones de los profesores visitantes no podían superar los dos (2) años, y que para continuar desde del segundo año, el profesor debía someterse al proceso de vinculación descrito en el numeral

IV.1, así como al proceso de ordenamiento profesoral (f.º 99 vto.), dentro de lo que se establecía entre otros presupuestos que para la vinculación particular de un profesor se debía partir de una análisis de sus calidades académicas y profesionales, así como del interés y disposición del candidato para las funciones docentes y de investigación propias de la universidad, y que también debía establecerse plenamente la conveniencia particular del perfil para atender las necesidades consignadas en el plan del desarrollo de Unidad.

A su vez, con las declaraciones tomadas a Jorge Rojas Álvarez, Ernesto Lleras Manrique, Eduardo Behrentz, Alfonso Reyes Alvarado y Angélica Patricia Franco, testigos tanto de la parte demandante como de la demandada, quienes trabajaron o trabajaban en la Universidad de los Andes para el momento de rendir su versión, se patentiza que fueron concordantes al señalar que el competente para resolver las solicitudes de ordenamiento en cada facultad era el Consejo de Ordenamiento Profesoral, y dicha decisión era susceptible de ser recurrida, si se presentaba alguna inconformidad. También coincidieron, en que el actor se reportaba directamente a la decanatura y no a un jefe de departamento específico, debido a la naturaleza del programa que coordinaba y que usualmente los profesores asistentes estaban asignados a un departamento de la facultad.

Adicionalmente, Jorge Rojas Álvarez, deponente solicitado por el actor, señaló que en comparación con los profesores asistentes el actor, no se hacía cargo de los grupos de Colciencias, tampoco estaba dirigiendo ningún proyecto y no tenía acceso a unos fondos de la Universidad para realizar sus propias investigaciones. Y que el demandante se dirigió en 2014 y 2016, al Decano y al Consejo de Facultad para tratar el tema relacionado con la normalización de su estatus en la universidad, debido a que fue designado como profesor en clasificación, pero que no conocía si habia presentado alguna solicitud formal adicional a la del 2013, al Consejo de Ordenamiento Profesoral.

De ese modo, estima esta Colegiatura en primera medida que bajo los presupuestos que se plantearon desde el escrito inicial no puede partirse en este caso del análisis del principio consagrado en el artículo 53 de la CN y 5° de la Ley 6° de 1945, esto es "*a trabajo igual salario igual*", pues es indiscutible que las funciones y atribuciones que tenía el demandante durante la ejecución del contrato de trabajo, no eran idénticas a las desempeñados por los

trabajadores ordenados como profesores asistentes, lo que impide ponerlo en un plano de igualdad en tanto su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo.

De otro lado, en cuanto a la manifestación del convocante relativa a que debido a su perfil y al tiempo laborado para la demandada tenía derecho a ser ordenado como profesor asistente, observa la Sala que en el marco de la relación laboral sobre ese puntual aspecto las partes estaban regidas por los estatutos de la convocada que preveían distintos presupuestos para poder acceder al ascenso, que no eran solo los reseñados en alzada, pues para el efecto se requería además, el visto bueno y la aprobación del órgano competente para ello, así como el agotamiento de un procedimiento específico que no se cumplió a cabalidad por el trabajador, pues a pesar de que en el año 2013, elevó la solicitud respectiva ante el Consejo de Ordenamiento Profesoral, lo cierto es que no expresó ninguna inconformidad frente a la negativa de su pedimento, quedando entonces en firme la decisión de ese órgano. A lo que se suma, que con posterioridad a la calenda anotada el gestor, no volvió a presentarse nuevamente ante el consejo en mención, a pesar de que era ampliamente conocido y se había establecido expresamente que solo este era el competente para decidir tal situación.

Por lo que es claro para la sala que el actor fue quien se abstuvo de hacer uso de las herramientas con las que contaba para acceder al ascenso al que aspira por esta vía, sin que pueda considerarse en modo alguno, que los estatutos de la encartada iban en contravía de la ley o el orden constitucional, más aún cuando dentro del trámite para obtener el ordenamiento profesoral se incluyó la posibilidad de recurrir la decisión primigenia e incluso de acudir ante el superior para su revisión, lo que no ocurrió en el caso bajo examen. De ahí que, la actuación de la pasiva se enmarcó en los postulados del art. 69 del CN que consagra "*Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley*".

Por lo anterior se **confirmará** la sentencia apelada. Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,**

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 26 de julio de 2021, por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b0aa1ffc5b9575ba69cce4292555c646202bf92c78e4966df35b736225d2cf57**
Documento generado en 03/08/2022 11:44:21 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **020 2019 00734** 01
DEMANDANTE:	YULI PAOLA BALLESTEROS BAQUERO
DEMANDADO:	FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES (FONCEP)

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de junio de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se declare que es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por su compañero permanente, Miguel Ángel Espitia Castro y, en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento pensional, a partir del 13 de diciembre de 2014, con las mesadas adicionales, los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que convivió con Miguel Ángel Espitia Castro desde 1997 hasta el año 2015, debido a que en la última anualidad Julio César Espitia Castro, hijo del causante, la desalojó de la casa en la que vivía con su compañero. Adujo que la anterior situación, se debió al temor de que ante la decadencia física del pensionado, éste llegara a fallecer y Yuli Paola Ballesteros se quedara con el patrimonio de los hijos. Sostuvo

que la separación no fue por su propia voluntad, sino por la decisión abrupta de los hijos, quienes lo privaron de la ayuda mutua y compañía de la demandante. Dijo que el causante falleció el 24 de mayo de 2018, y que aquel era el proveedor principal del hogar. Narró que Miguel Ángel Espitia Castro, era pensionado de la encartada, y que radicó ante la misma solicitud de traspaso provisional de pensionados a beneficiarios el 20 de diciembre de 1998, dejándola como beneficiaria. Sostuvo que el *de cujus* el 4 de abril del año 2000, dejó una declaración extrajuicio, levantada ante la Notaría 49 del Círculo de Bogotá, en la que indicó bajo juramento que llevaba tres años de convivencia con Yuli Ballesteros; declaración que volvió a realizar junto con su compañera permanente el 17 de julio de 2012. Finalmente, mencionó que presentó solicitud de reconocimiento pensional, la cual fue negada (Páginas 2 a 25, archivo 001, Exp. Digital).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 21 de octubre de 2019, en el que se ordenó su notificación y traslado a la demandada (Páginas 58 a 59, archivo 001, Exp. Digital).

El Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP), se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que teniendo en cuenta todas las pruebas allegadas por la demandante y las practicadas por la entidad, a través de la firma COSINTE Ltda., se constató que la real convivencia de la activa con el causante se extendió de 1998 a 2015, razón por la que la solicitante de la prestación no logró acreditar la convivencia en los últimos cinco años de vida con el pensionado fallecido, por lo que mediante Resolución SPE – GDP 950 del 23 de julio de 2018, se negó en forma definitiva la sustitución pensional, acto administrativo que fue confirmado por la Resolución SPE-GDP 816 del 25 de junio de 2018 (Páginas 63 a 77, archivo 001, Exp. Digital).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de junio de 2021, absolvió al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías Y Pensiones (FONCEP) de todas las pretensiones incoadas en su contra por Yuli

Paola Ballesteros Baquero.

Consideró el *a quo* que el caso bajo estudio no se subsumía en el precedente jurisprudencial analizado como para concluir que la demandante había acreditado su condición de beneficiaria de la prestación económica reclamada, en la medida en que de la prueba testimonial no se derivaba la real intención de la pareja de constituir una familia, pues el señor Julio Espitia, afirmó que su padre prefirió quedarse en su casa, porque tenía mucho más apego a la misma, que a la demandante; y agregó que su padre era una persona que podía valerse por sí misma, por lo que no podía tener por acreditado que fuera incapaz de tomar sus propias decisiones de manera autónoma.

Adicionalmente, encontró contradicciones en las declaraciones recibidas en audiencia, y dijo que mientras el testigo Julio César e incluso la misma demandante, refirieron que en el año 2015, la última fue desalojada de la casa en la que vivía con el causante, la testigo Hernández insistió en sus respuestas que la pareja convivió hasta el año 2018, pero más adelante señaló que Yuli Paola sí se había ido a vivir al barrio Galán, y que lo sabía porque ella se lo contó. También señaló que había inconsistencia entre lo dicho por el hijo del pensionado y lo expresado por Yuli Paola, porque el primero señaló que él era el que llevaba a su papá para que visitara a la demandante en el apartamento que le había pagado y la demandante sostuvo que era una de las hijas, porque era una mujer quien lo llevaba.

Añadió que más allá de las razones del descontento de los hijos del causante, frente a la relación que sostenía con la demandante, no se evidenciaba que ello generara una circunstancia insuperable para que la pareja conformara su hogar, de ahí que como los testigos no habían podido dar fe de la convivencia en los términos exigidos o de la intención de la misma, no era viable disponer la pensión solicitada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **demandante** interpuso recurso de apelación contra la sentencia, con fundamento en que se encuentra probado en el plenario que la interrupción en la convivencia entre la Yuli Paola Ballesteros Baquero y el causante obedeció a la decisión arbitraria y abusiva de los hijos del último,

quienes la desalojaron de la casa en la que residían, aun en contra de la voluntad de su padre.

En ese orden, argumentó que de las declaraciones recibidas se extraía, que Miguel Ángel Espitia Castro después del suceso aludido, siguió sufragando los gastos respectivos de su compañera, tales como el arriendo, y además se quedaba en ocasiones en la casa en la que ella vivía; a lo que agregó, que Miguel Ángel Espitia aceptó que él fue el que propició el desalojo de la compañera permanente de su padre, por lo que es dable concluir que hubo una fuerza mayor que impidió que la convivencia se extendiera hasta el momento del fallecimiento, debido a que para ello no medió la voluntad de la pareja.

Finalmente, sostuvo que con los documentos arrimados se verificaba que el señor Espitia Castro, en el año 2000, tuvo la oportunidad de rendir declaración extra juicio, respecto a su convivencia con la promotora del proceso, situación que ratificó en el 2012, e incluso solicitó a la entidad demandada, en agosto de ese año, que se tuviera a Yuli Paola como su compañera permanente y beneficiaria en pensión cuando él muriera.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 19 de agosto 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandante y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 2 Cuad. Tribunal).

La parte demandante presentó las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación (f.º 5 a 7 Cuad. Tribunal).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si la demandante acredita los supuestos necesarios para ser considerada beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte

del pensionado Miguel Ángel Espitia Castro, en calidad de compañera permanente.

No es objeto de controversia en este asunto que: ***i)*** Miguel Ángel Espitia Castro falleció el 24 de mayo de 2018 (Pág. 56, archivo 001, Exp. Digital); ***ii)*** mediante Resolución n.º 751 del 16 de julio de 1985, la extinta Caja de Previsión Social de Bogotá, le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación y, ***iii)*** con ocasión de su muerte, Yuli Paola Ballesteros Baquero reclamó la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, la cual fue negada por el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP) mediante las Resoluciones n.º SPE – GDP n.º 0816 del 25 de junio de 2018 (Páginas 51 a 55, archivo 001, Exp. Digital), n.º SPE – GDP n.º 0950 del 23 de julio de 2018 (Páginas 46 a 50, archivo 001, Exp. Digital) y n.º 1029 del 1º de agosto de 2018 (Páginas 38 a 45, archivo 001, Exp. Digital).

La norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente para el 24 de mayo de 2018 ((Pág. 56, archivo 001, Exp. Digital), fecha de la muerte del causante, esto es, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016 y CSJ SL15873-2017), según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca, y son beneficiarias de la prestación en forma vitalicia, la cónyuge o compañera permanente que a la fecha de la muerte del causante tenga 30 o más años de edad, acredite que hizo vida marital con el pensionado fallecido hasta el momento de su muerte, y haya convivido con él por los menos 5 años continuos con anterioridad a su deceso.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *"la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del*

afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605)".

Finalmente, se tiene que la Alta Corporación en reiteradas decisiones y particularmente en la sentencia CSJ SL1399-2018, dejó sentado que "*la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio*".

Descendiendo al caso bajo análisis, se tiene que no es materia de debate que la demandante vivió bajo el mismo techo con Miguel Ángel Espitia Castro hasta el año 2015, pues además de haberse afirmado así en el hecho 1º de la demanda, se desprende del testimonio de Julio César Espitia, quien dijo ser el hijo del causante y de la declaración tomada a Lilia Oliva Prieto Ramos, quien aseguró haber conocido a la demandante porque vivió por 20 años en la casa de la tía de ésta.

A su vez, en lo que concierne a la fecha de inicio de la convivencia, se tiene que el pensionado el 4 de abril del año 2000, rindió declaración juramentada en la Notaría 49 del Círculo de Bogotá DC, en la que manifestó que vivía en unión libre con "*Yuly Paola Baquero*" desde hacía tres años (Pág. 33, archivo 001, Exp. Digital); y luego de ello, el 17 de julio de 2012, él y la convocante declararon ante el Notario 50 del Círculo de Bogotá DC, que convivían en unión marital de hecho o unión libre desde 13 años atrás (Pág. 32, archivo 001, Exp. Digital), documento que fue presentado por Miguel Ángel Espitia Castro ante la entidad llamada a juicio, junto con el formato de solicitud de traspaso provisional de pensionados a beneficiarios en el que se indicó que la convivencia había iniciado el 20 de diciembre de 1998, con el fin de que se tuviera a su compañera como beneficiaria de la sustitución pensional (Páginas 28 a 29 y 30 a 31, archivo 001, Exp. Digital).

Supuestos sobre los que existe mediana coincidencia entre lo declarado por Julio César Espitia y la demandante, pues el primero señaló que el causante se fue a vivir con la demandante pasados dos años del fallecimiento de su madre, que se verificó en 1997 y la actora aludió que la convivencia inició a finales de 1998 y comienzos del año 1999.

Ahora bien, pasando a los argumentos de la alzada, se encuentra que en la declaración tomada a Julio César Espitia aquel indicó que su padre vivió con la demandante hasta el año 2015, debido a que sus hermanos no compartían la idea de que el causante tuviera una pareja nueva, porque pensaban que Yuli Paola iba a ocupar el lugar de su madre fallecida, y por ello, se tomó la decisión de que aquella se fuera de la casa, para lo que no medió el consentimiento de la pareja. También dijo su padre podía moverse solo libremente, que estaba bien de salud, que él era el que casi siempre lo llevaba a la casa en la que la demandante vivía, donde Miguel Ángel se quedaba a veces entre semana, y esta a su vez, lo visitaba en su lugar de residencia, a escondidas de los hermanos. Agregó que él acompañó en varias ocasiones al pensionado a pagar el arriendo de la casa de la demandante, y que la arrendadora era la señora Oliva. Finalmente, refirió que su padre no se fue a vivir con la demandante porque él era muy apegado a su casa.

Por su parte, la deponente Lilia Oliva Prieto Ramos dijo que, la demandante se fue a vivir en un apartamento de su propiedad desde el año 2015 hasta el año 2018, que la persona que cancelaba el canon de arrendamiento era el causante, que el hijo menor de Miguel Ángel lo llevaba de vez en cuando a visitar a Yuli Paola, pero que ella no se percató si la pareja convivía o no en el año 2018.

De acuerdo con lo anterior, es menester recordar que en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, situación que en criterio de la Sala se verificó en este caso, pues aunque se encuentra acreditado que luego del cambio de domicilio de la demandante, en el año 2015, el pensionado continuó visitándola, que se quedaba en ocasiones con ella y cubría los gastos del arrendamiento de Yuli Paola Ballesteros, esas circunstancias no bastan para colegir que existía entre ellos una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común.

Pues como se desprende de la declaración rendida por Julio César Espitia, su padre se encontraba en pleno uso de sus facultades, de ahí que solo sobre él recaía la decisión de mantener o terminar la convivencia que había sostenido con la convocante desde finales de 1998, sin que pueda endilgarse tal determinación a factores exógenos, como la oposición que expresaron sus demás hijos frente a su relación con quien era compañera permanente, ya que como se dijo, el *de cujus* era una persona adulta, plenamente capaz y autónoma para determinar sus condiciones de vida y su situación sentimental, de manera que no pueda hablarse, como lo alude el apoderado judicial de la activa, de la materialización de un evento de fuerza mayor de tal magnitud que fuera imposible de resistirlo, pues en este caso intervino claramente la voluntad del causante.

En ese orden, y como refuerzo de lo considerado es menester traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 38113, 27 abr. 2010, en la que concluyó:

> "*La justificación de la no vida en común vale frente a un núcleo familiar conformado, pero no se pueden invertir los términos, como lo hace el Tribunal, de hacer de las circunstancias justificantes de la singular forma de convivencia con techos separados, la prueba de la existencia de una familia auténticamente conformada.*
>
> *Al juez no le compete sustituir a los miembros de la pareja dándoles la intención de ser una familia que ellos mismos se negaron a constituir; los noviazgos permanentes donde no hay un compromiso de constituir un proyecto de vida común no constituyen familia".*

En consecuencia, al estar debidamente acreditado que la demandante no convivió con el pensionado, en los cinco años anteriores a su fallecimiento, así como también, que tal separación no encuentra justificación en los términos explicados jurisprudencialmente, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **024 2013 00837** 01
DEMANDANTE:	LEONILDE ROZO HERNÁNDEZ y MARÍA OMAIDA ARÉVALO TRIANA
DEMANDADO:	EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ DC ESP
LITISCONSORTE:	CÉSAR AUGUSTO MORA ROZO, CRISTIAN ALEXANDER MORA ARÉVALO, VIVIANA ANDREA MORA ROZO, LEIDY VIVIANA MORA AGUDELO, MARÍA DELFINA CLAVIJO DE MORA Y ANA GLADYS AGUDELO MORENO.

Bogotá DC, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Leonilde Rozo Hernández y Leidy Viviana Mora Agudelo, respecto de la sentencia proferida el 21 de julio de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende Leonilde Rozo Hernández, que se condene a la demandada a reconocerle, en condición de compañera permanente, el 25% de la sustitución de la pensión de jubilación de Neri Mora Gámez, a partir del 2 de octubre de 2012, junto con los incrementos, reajustes, actualizaciones, indexaciones y beneficios a los que tenga derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que convivió en unión marital de hecho con Neri Mora Gámez desde el 20 de junio

de 1982; que cuidaba a los dos hijos que aquel tenía; que de la unión con el causante, nacieron tres hijos de nombres Diego Andrés, César Augusto y Viviana Andrea Mora Rozo, el 26 de junio de 1993, el 17 de agosto de 1995 y el 15 de septiembre de 1998, respectivamente; que a Neri Mora Gámez le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n.° 0281 del 15 de julio de 1994.

Mencionó que en el año 1998, ella y el *de cujus* compraron una finca en la vereda San Joaquín en Mesitas del Colegio, la cual frecuentaban los fines de semanas y en las vacaciones; que ella vivía con el causante en la ciudad de Bogotá, pero por la condición de pensionado de su compañero, él vivió los últimos años en Mesitas de Colegio; que el 29 de junio del año 2000, nació Cristian Alexander Mora Arévalo, fruto de la relación que el pensionado sostuvo con María Omaida Arévalo Triana, con quien este al parecer convivió en vida; que el 27 de noviembre del año 2000, nació Leidy Viviana Mora Agudelo fruto de la relación que existió entre el causante y Ana Gladys Moreno Agudelo, con quien aquel no convivió; que el causante empezó a presentar desmejora en su salud desde el año 2010, pues empezó a sufrir una enfermedad cardiovascular, por lo que era acompañado por ella y en ocasiones por los hijos que tenían en común; que falleció el 1° de octubre de 2012, en la ciudad de Bogotá.

Dijo que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente y en representación de sus hijos César Augusto y Viviana Andrea, y que mediante Resolución n.° 723 del 13 de noviembre de 2012, la demandada reconoció el 50% de la pensión transitoria de sobrevivientes a María Omaida Arévalo Triana, quien también reclamó en calidad de compañera permanente y el otro 50% a favor de Cristian Alexander Mora Arévalo, César Augusto Mora Rozo, Viviana Andrea Mora Rozo y Leidy Viviana Mora Agudelo, quienes eran hijos menores del señor Neri Mora Gámez. Adujo que presentó recurso de reposición en contra del referido acto administrativo; y que, mediante Resolución n.° 786 del 10 de diciembre de 2012, la entidad resolvió abstenerse de reconocer el 50% de la prestación reclamado por ella y por María Omaida Arévalo Triana, determinación que fue confirmada mediante la Resolución n.° 786 del 2012. Finalmente, dijo que nunca dejó de hacer vida marital con su compañero y que durante más de 30 años siempre se prodigaron amor, comprensión, solidaridad y socorro,

habiendo convivido bajo el mismo techo hasta la fecha del fallecimiento (f.º 2 a 8).

II. TRÁMITE PROCESAL DEMANDA INICIAL

La demanda fue admitida mediante auto del 5 de diciembre de 2013, en el que se ordenó su notificación y traslado a las demandadas (f.º 44 a 45).

La **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá DC ESP**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que en el expediente pensional de Neri Mora Gámez, reposan diversas reclamaciones efectuadas por María Delfina Clavijo de Mora en calidad de esposa, quien presentó registro civil de matrimonio, con anotación del fallo proferido el 13 de julio de 1995 por el Juzgado 3° de Familia de Bogotá DC, en el que se decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico; por María Omaida Arévalo Triana, quien presentó declaraciones juramentadas que la acreditaban como compañera permanente, así como prueba de la existencia de hijos menores; por Leonilde Rozo Hernández, quien reclamó inicialmente en representación de sus hijos, y posteriormente en condición de compañera permanente y Ana Gladys Agudelo Moreno en representación de su menor hija Leidy Viviana Mora Agudelo. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, buena fe, compensación, prescripción y falta de legitimidad en la causa para pedir (f.º 49 a 57).

El apoderado judicial de la señora **María Omaida Arévalo Triana** dio contestación con oposición a todas las pretensiones, para lo cual, alegó que el causante convivió exclusivamente con María Omaida por un período mayor de 14 años, y de esa unión se procreó un hijo el día 19 de junio del año 2000, de nombre Cristian Alexander Mora Arévalo. Agregó que de la documentación que reposa en la entidad llamada a juicio, figura su representada afiliada como compañera permanente en el sistema de seguridad social del causante, y además fue la persona que firmó todos los documentos referentes a la hospitalización del pensionado hasta la fecha de su deceso. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la unión marital de hecho y no haberse presentado la prueba de la calidad en que se actúa (f.º 212 a 217).

Mediante auto del 26 de marzo de 2014, el juzgado de conocimiento ordenó integrar la litis con María Delfina Clavijo de Mora y Ana Gladys Agudelo Moreno (f.° 240 a 241)

El curador Ad Litem de **María Delfina Clavijo de Mora** dio contestación sin oponerse a las pretensiones de la demanda (f.° 282 a 284).

En audiencia del 20 de junio de 2016, se decretó la sucesión procesal respecto de **Ana Gladys Agudelo Moreno** debido a su fallecimiento ocurrido el 13 de abril de 2015 (f.° 271), y se ordenó el emplazamiento de los herederos determinados e indeterminados (f.° 293 y 304), habiendo dado respuesta a la demanda el Curador Ad Litem designado por el juzgado, quien no presentó oposición a las pretensiones (f.° 312 a 313). Inad 337

III. DEMANDA ACUMULADA.

María Omaida Arévalo Triana pretendió que se condene a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. ESP al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en condición de compañera permanente de Neri Mora Arévalo.

Como fundamento de sus pedimentos, señaló que el causante falleció el 1° de octubre de 2012 y que mediante la Resolución n.° 0713 del 13 de noviembre de 2012, la entidad llamada a juicio le negó la pensión a Delfina Clavijo de Mora, debido a que el registro civil de matrimonio tenía la anotación de cesación de los efectos civiles del matrimonio católico según oficio del Juzgado 3° de Familia de Bogotá DC; que mediante Resolución 0713 del 13 de noviembre de 2012, le fue reconocido el 50% de la prestación pensional y que debido a que el 10 de diciembre de 2012, Leonilde Rozo Hernández, presentó reclamación indicando que había convivido con el pensionado hasta su fallecimiento, la pensión fue revocada; que figura afiliada como compañera permanente en el servicio de salud ante la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá DC ESP, así como en la historia clínica durante el tratamiento efectuado a su compañero. Finalmente, señaló que ella y el pensionado procrearon un hijo de nombre Cristian Alexander Mora Arévalo (f.°1 a 6 y 43 a 51, Exp Acumulado).

IV. TRÁMITE PROCESAL DEMANDA ACUMULADA

Por auto del 2 de diciembre de 2015, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC admitió la demanda luego de haberse subsanado, ordenando su notificación y traslado a la entidad demandada. Así mismo, a César Augusto Mora Rozo y los menores Cristian Alexander Mora Arévalo, Viviana Andrea Mora Rozo y Leidy Viviana Mora Agudelo en calidad de litis consortes necesarios; y a Leonilde Rozo Hernández como interviniente excluyente (f.° 56 a 57).

La **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá DC ESP** dio contestación a la demanda invocando los mismos argumentos, esgrimidos en el escrito de contradicción presentado frente a la demanda de Leonilde Rozo Hernández. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, buena fe, compensación, prescripción, falta de legitimidad en la causa para pedir y cosa juzgada (f.° 63 a 72, Exp Acumulado).

Mediante auto del 23 de mayo de 2017, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, decretó la acumulación del proceso ordinario laboral n.° 2015-00823, iniciado por María Omaida Arévalo Triana contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y que cursaba en el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. (f.° 347 a 349). A su vez, mediante proveído del 30 de abril de 2018, se ordenó notificar por estado el auto admisorio de la demanda acumulada (f.° 351).

Mediante auto del 22 de mayo de 2014, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá ordenó integrar la litis con César Augusto Mora Rozo, Cristian Alexander Mora Arévalo, Viviana Andrea Mora Rozo y Leidy Viviana Mora Agudelo (f.° 363 a 364); así mismo, tuvo por no contestada la demanda acumulada por parte de Leonilde Rozo Hernández (f.° 363 a 364).

El apoderado judicial de **Cristian Alexander Mora Arévalo** dio contestación a la demanda formulada por Leonilde Rozo Hernández, con oposición a todas las pretensiones, argumentando que ella nunca convivió con

Neri Mora Gámez. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la unión marital de hecho, falta de declaratoria de la unión marital de hecho y no haberse presentado prueba de la calidad en que se actúa (f.° 367 a 370 y 393 a 395).

El apoderado judicial de **Viviana Andrea Mora Rozo** dio contestación a la demanda formulada por Leonilde Rozo Hernández, sin oponerse a las pretensiones (f.° 442 a 446).

El apoderado judicial de **Leidy Viviana Mora Agudelo** dio contestación a las demandas formuladas por Leonilde Rozo Hernández y María Omaida Arévalo Triana, manifestando que se atenía a lo que se probara en el proceso y que solicitaba que en caso de no prosperar las pretensiones se acrecentara la prestación reconocida a su poderdante. Formuló como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido y prescripción (f.° 448 a 454).

En cuanto a **César Augusto Mora Rozo** se tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 7 de septiembre de 2020, por no haber radicado escrito de contradicción (f.° 434 y 456).

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 21 de julio de 2021, condenó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá DC ESP a reconocer y pagar a Omaida Triana Arévalo, la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de Neri Mora Gámez a partir del 1° de octubre de 2012, en un porcentaje equivalente al 50% de la mesada pensional, con los reajustes legales, debidamente indexados, el cual deberá acrecentarse cuando dejen de ser beneficiarios César Augusto Mora Rozo, Cristian Alexander Mora Arévalo, Viviana Andrea Mora Rozo y Leidy Viviana Mora Agudelo. Así mismo, autorizó a la entidad a realizar los respectivos descuentos en favor del sistema general de salud sobre el retroactivo ordenado y sobre las mesadas que se causen con posterioridad. Finalmente absolvió a la entidad demandada y a los litis consortes vinculados de las pretensiones formuladas en la demanda por Leonilde Rozo Hernández (f.°488 a 489).

Para resolver lo anterior, la juez de primer grado señaló que no se habia

probado la condición de beneficiaria de Leonilde Rozo Hernández, debido a que de su interrogatorio de parte se desprendía que no había convivido con el causante en los cinco años anteriores a su fallecimiento, en tanto la misma señaló que frente a ese interregno Neri Mora Gámez tenía todas sus pertenencias en Mesitas del Colegio, y si bien dijo que a veces vivía en Bogotá, seguidamente señaló que eso se debía a las citas médicas. A su vez, dijo que la interrogada había referido que el señor Mora Gámez antes de morir vivió en casa de un hijo y después alquiló una casa porque necesitaba vivir en un primer piso. También tuvo en consideración que el testigo José Dabey Leal Mora, expuso que su tío vivía en Bogotá y en Mesitas del Colegio, y que la casa que tomó en arriendo en Bogotá era distinta del lugar en el que residía Leonilde Rozo Hernández.

A su vez, en cuanto a María Omaida señaló que se demostraba el requisito de la convivencia, pues en las declaraciones extraproceso rendidas por María Melva Mora Gámez y José Manuel Mora Clavijo, Hermana e hijo del causante, señalaron que la pareja vivió bajo el mismo techo desde el 7 de mayo de 1991 hasta el momento del deceso. Adicionalmente, José Manuel Mora indicó que Leonilde Rozo Hernández, dejó convivir con su papá desde hace 23 años, y que la persona que estuvo cuidándolo en la clínica fue María Omaida Arévalo Triana. A su vez, refirió que Flor Marina Torres, esposa de José Manuel, manifestó que Neri Mora Gámez, estuvo viviendo en la casa de ellos después de que hicieron un injerto y le consta la convivencia por 6 años, tiempo durante el cual nunca vio a la señora Leonilde Rozo.

Adicionalmente, dijo que Rubiela Barón manifestó en la certificación arrimada al proceso, que María Omaida y el causante, vivieron en arriendo en marzo, abril y mayo en la casa de su propiedad, y María Lucila Barbosa adujo que cuidó a Cristian, hijo del causante y de la referida demandante, durante los meses de agosto y septiembre 2012, porque la última tuvo que ausentarse del municipio de Mesitas para estar pendiente de su esposo, por encontrarse en un grave estado de salud.

También dijo que no se podía dejar de lado que aunque María del Carmen Mora Gámez, hermana del causante, manifestó que con quien permanecía su hermano era con la señora Leonilde, no desconoció que en los últimos 5 años convivió con la señora María Omaida, lo cual fue reiterado por

Carmen Rodríguez Pinilla y Blanca Inés García, quienes fueron coincidentes al indicar que Neri Mora Gámez vivía con Omaida, y aunque debía viajar a Bogotá DC, ello obedecía a que debía asistir a tratamientos médicos a los que lo acompañaba María Omaida

Del mismo modo, consideró que coincidía el dicho de Leonilde Rozo Hernández, quien manifestó que el señor Mora Gámez estaba en el día en Bogotá, pero se iba por la noche, con lo expresado por María Omaida Arévalo, pues aquella mencionó que rara vez su compañero no se quedaba en la noche con ella.

Finalmente, sostuvo que debía tenerse en cuenta que en la historia clínica, quien firmó los consentimientos informados para algunos tratamientos y procedimientos, fue María Omaida Arévalo Triana; y por su parte, tanto Johnny Alexander Salamanca como José Daniel Leal, ambos sobrinos del causante, adujeron que su tío siempre estaba en Bogotá con la señora Leonilde y en Mesitas del Colegio con la otra demandante.

VI. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **Leonilde Rozo Hernández**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia, tras estimar que los elementos de convicción no permitían establecer con claridad quién fue la persona que convivió con el causante en los 5 años anteriores a su deceso, sino que por el contrario se logró determinar que hubo coexistencia de compañeras.

El apoderado de **Leidy Viviana Mora Agudelo**, como fundamento de la alzada expuso que aunque se había probado que el causante convivió con las dos demandantes, no existía suficiente evidencia que permitiera establecer que tal situación se verificó en los 5 años anteriores al deceso. En ese orden, refirió que como prueba de esto, los sobrinos del pensionado habían señalado en sus versiones que eran las personas que compartían con él cuando estaba en Bogotá, y que Neri Mora Gámez vivió solo en esta ciudad en los últimos años de su vida; que además debía tenerse en cuenta que aunque se encontraron probados los derechos de una persona que lo acompañaba al hospital, lo cierto es que existía contradicción en las declaraciones pues otros testigos adujeron que el causante estaba solo.

Finalmente alegó que no aportaron las demandantes el registro civil de matrimonio del causante y que por ello deben negarse los derechos reclamados, para en su lugar, disponer el acrecimiento de la mesada pensional de los herederos.

VII. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 4 de octubre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la litis consorte necesaria Leidy Viviana Mora Agudelo y la demandante Leonilde Rozo Hernández y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 492).

El apoderado judicial de Leidy Viviana Mora Agudelo presentó las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación (f.º 495 a 496).

VIII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si las demandantes Leonilde Rozo Hernández y María Omaida Arévalo Triana acreditan los requisitos necesarios para ser consideradas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del pensionado Neri Mora Gámez, en calidad de compañeras permanentes.

No es objeto de controversia en este asunto que: ***i)*** Neri Mora Gámez falleció el 1° de octubre de 2012 (f.º 15); ***ii)*** mediante Resolución n.º 0281 de 1994, la entidad llamada a juicio, le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación (f.° 16 y 17 a 18); y, ***iii)*** con ocasión de su fallecimiento, Leonilde Rozo Hernández y María Omaida Arévalo Triana, reclamaron la pensión de sobrevivientes en calidad de compañeras permanentes, como lo advirtió la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá DC ESP en Resolución n.º 0786 del 10 de diciembre de 2012, en la que negó el reconocimiento de la

prestación a ambas solicitantes, por controversia entre beneficiarias (f.° 28 a 29).

La norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente para el 1° de octubre de 2012 (f.º 15), fecha de la muerte del causante, esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016 y CSJ SL15873-2017), según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca, y son beneficiarias de la prestación en forma vitalicia, la cónyuge o compañera permanente que a la fecha de la muerte del causante tenga 30 o más años de edad, acredite que hizo vida marital con el pensionado fallecido hasta el momento de su muerte, y haya convivido con él por los menos 5 años continuos con anterioridad a su deceso.

Igualmente, acorde con lo previsto en la normatividad aplicable, en concordancia con el pronunciamiento de exequibilidad condicionada, en sentencia CC C-1035-2008, en caso de conviviencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante, entre la cónyuge y la compañera, ambas serán beneficiarias de la prestación, la que se dividirá en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Ahora bien, como en el presente asunto las demandantes, aducen que convivieron con el causante durante los 5 años anteriores a la fecha de su deceso, debe tenerse en cuenta el supuesto normativo en cita, aun tratándose de convivencia simultánea entre dos compañeras permanentes, y pese a que únicamente se refirió a la convivencia simultánea existente entre cónyuge y compañera permanente, tal como en reiterados pronunciamientos lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que, en ese supuesto *"se genera el derecho a la pensión, dividida proporcionalmente entre las (los) o más compañeras (os) supérstites"*, siempre que hayan demostrado el cumplimiento de las exigencias o requisitos legales respectivos (CSJ SL2893-2021).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada "*la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los*

(las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605)".

Finalmente, se tiene que la Alta Corporación en reiteradas decisiones y particularmente en la sentencia CSJ SL1399-2018, dejó sentado que "*la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio*".

Descendiendo al caso bajo análisis, es menester indicar que la Sala advierte, como lo hizo la juez de primer grado, que Leonilde Rozo Hernández no reúne las condiciones para ser beneficiaria de la sustitución pensional materia de reclamo. Esto, porque al margen de que en las declaraciones procesales y extra procesales decretadas en favor de dicha demandante se refiere que supuestamente aquella convivió con Neri Mora Gámez, en los 5 años anteriores al fallecimiento de aquel, lo cierto es que lo expresado en el interrogatorio de parte resulta diáfano y contundente para demostrar todo lo contrario y desacreditar los demás elementos de convicción.

En tal sentido, se tiene que Leonilde Rozo Hernández, manifestó que en los 5 años que precedieron el deceso del pensionado ella vivía en Bogotá y al cuestionársele acerca del lugar en el que este tenía sus pertenencias en el mismo período respondió "*pues él últimamente, en los 5 años creo que en mesitas";* más adelante dijo que el causante viajaba a Bogotá cada tercer día porque tenía controles médicos y le hacían diálisis, que en el día ella lo

acompañaba y en las noches no se quedaban juntos porque él se iba para Mesitas; y luego, señaló que el *de cujus* debido a su estado de salud, antes de morir se quedaba en la casa del hijo y después arrendó un apartamento en un primer piso en el barrio Patio Bonito de esta ciudad, porque le amputaron una pierna y estaba en silla de ruedas, y aunque dice que ella lo acompañaba, acepta que tampoco vivía con él en ese lugar y cuando se le preguntó si la señora Omaida permanecía allí respondió *"No siempre, no siempre porque ella tenía que estar también en mesitas, cuidando a su hijo en mesitas*".

De lo anterior, puede desprenderse entonces que entre Neri Mora Gámez y Leonilde Rozo Hernández en los años anteriores al deceso no existió una comunidad de vida estable, permanente y firme, pues lo cierto es que la convivencia entre ellos había cesado mucho antes de la muerte; a lo que se suma, que el causante ni viajaba ni permanecía en la ciudad de Bogotá por la relación o vínculo que tuviera con la demandante en mención, sino por motivos netamente médicos, como ella lo expresa en el interrogatorio de parte, y aunque la declarante afirma que lo acompañaba en el día y al médico, esa situación por sí sola no demuestra que tuvieran un vínculo como pareja, pues todas las demás afirmaciones corroboran que ello no era así.

Ahora bien, en lo que concierne a María Omaida Arévalo Triana, es menester anotar en cuanto a las declaraciones recibidas en el proceso, que pese a que existen contradicciones y se denota parcialidad en las que fueron rendidas por los testigos solicitados por Leonilde Rozo Hernández, estos son, María del Carmen Mora Gámez, Jhony Alexander Salamanca Lea y José Dabey Leal Mora, justamente porque no concordaron con lo dicho por esa demandante en su interrogatorio de parte, ya que señalaron que ella también convivió con el causante antes de su fallecimiento, lo cual, como se vio anteriormente, no está acorde con la realidad, ello no desvirtúa el requisito de convivencia que tuvo por demostrado la juez de primera instancia frente a María Omaida Arévalo Triana, como se alega en la alzada, pues al efectuarse la valoración conjunta de los elementos de convicción se llega a la misma conclusión, incluso teniendo en cuenta lo afirmado por esos testigos y lo confesado por Leonilde Rozo Hernández.

Lo anterior, porque los deponentes en mención no desconocen la convivencia que hubo entre María Omaida y Neri Mora, pues María del

Carmen Mora Gámez, dijo que su hermano vivió con la demandante en mención por once o doce años en Mesitas, supuesto de hecho sobre el que fue consistente en toda su versión, lo que no ocurrió en lo narrado respecto de Leonilde Rozo, ya que primero dijo que ella convivió con su hermano en los cinco años anteriores a su muerte, pero más adelante señaló que decían que este no residía en la misma casa de esa persona, pero que siempre iba con ella para todos lados, última situación que si concuerda con lo narrado por Leonilde en el interrogatorio de parte.

Situación similar ocurre con las versiones de Jhony Alexander Salamanca Leal y José Dabey Leal Mora, quienes aseguraron ser sobrinos de Neri Mora Gámez, pues aunado a que ambos refirieron a la supuesta convivencia de su tío con Leonilde, el primero también expuso que aquel permanecía en Bogotá y en Mesitas, que en este último sitio vivía con María Omaida, y que se encontró con ella y con Leonilde Rozo, en la clínica Palermo cuando el pensionado estuvo hospitalizado. Y en cuanto al segundo, se advierte que luego de decir que desconocía los detalles de la convivencia que habia existido entre el causante y María Omaida Arévalo Triana, finalmente expuso que ella a veces estaba con él, en la casa que arrendó en Patio Bonito cuando se enfermó, porque la mayoría del tiempo estaba en Mesitas.

Finalmente, en cuanto a las testimoniales decretadas en favor de que María Omaida Arévalo, se tiene que Carmen Rodríguez Pinilla, dijo que vivía en la misma vereda del municipio de Mesitas de El Colegio, que María Omaida Arévalo, aproximadamente a unas seis cuadras; así mismo, que la conoció a ella y al causante cuando su hijo Cristian estaba muy pequeño, que iba casi todos los días a la casa en la que ellos residían, que ella le hacía terapias al pensionado, y en ocasiones le ponía inyecciones, y que cuando este se enfermó ella a veces se quedaba cuidando al menor. También sostuvo que cuando Neri Mora Gámez, tenía que venir a esta ciudad para recibir tratamiento médico, era la demandante en mención la que lo acompañaba, que el causante siempre regresaba a Mesitas cuando viajaba, pero cuando se agravó empezó a quedarse en Bogotá con la María Omaida. Agregó que a veces los hijos del *de cujus* iban de vacaciones a su casa, pero no vio a ninguna mujer distinta de María Omaida, y que como ella siempre estuvo cerca de ellos, se dio cuenta cuando compraron el lote e hicieron la última casa en la que vivieron en Mesitas.

Sumado a lo anterior, la convivencia que existió en los cinco años anteriores al deceso del pensionado, entre este y María Omaida Arévalo Triana, se ratifica igualmente, con las declaraciones que se aportaron ante la entidad demandada en el curso del proceso administrativo, y que se rindieron en el siguiente sentido:

i. María Limbania Mora Gámez (Hermana del causante), señaló que conocía de vista y trato a dicha demandante, desde hace 13 años, quien había sido la esposa de su hermano Neri Mora Gámez desde el 17 de mayo de 1999 hasta su deceso (f.° 91).

ii. José Manuel Mora (Hijo del causante), manifestó que su padre convivió con María Omaida desde el 7 de mayo de 1999 hasta el fallecimiento del primero, que convivió con Leonilde Rozo Hernández 23 años atrás, que durante la estadía del causante en la Clínica, la persona que estuvo de Lunes a Viernes era la demandante, y que, él como hijo lo acompañaba los fines de semana porque aquella debía dedicarse al cuidado del menor Cristian Alexander Mora Arévalo, quien es su hermano, y vivía y estudiaba en El Colegio, Cundinamarca (f.° 92).

iii. Flor Marina Torres (Esposa de José Manuel Mora), hizo constar que el causante estuvo en su casa durante un mes después de su injerto, en compañía de la María Omaida y que durante los seis años que llevaba conviviendo con su esposo José Manuel Mora, nunca vio a la señora Leonilde Rozo Hernández (f.°93).

iv. Rubiela Barón (arrendadora de la vivienda del barrio Patio Bonito en Bogotá), certificó que Neri Mora Gámez y María Omaida Arévalo, vivieron en arriendo en la casa de su propiedad en los meses de marzo, abril y mayo de 2012 (f.° 94).

v. Luz Amanda Camacho Roa (Residente de la Vereda Lucerna en el Municipio de El Colegio) y Blanca Inés Sosa García (Residente de la Vereda Guachaca en el Municipio de El Colegio), el 13 de diciembre de 2012, dijeron que conocían a la pareja desde hace 8

años, y que les constaba que habían convivido hasta el fallecimiento del pensionado (f.° 95 y 98).

vi. Miriam Gladys Forero Martínez (Presidente de la Junta de acción Comunal de la Vereda Guachaca de El Colegio, Cundinamarca), el 13 de diciembre de 2012, certificó que la demandante residía en esa vereda y vivió con el causante hasta el 1° de octubre de 2012 (f.° 96)

vii. María Lucila Barbosa Pardo hizo constar que tuvo bajo su cuidado al menor Cristian Alexander Mora, durante agosto y septiembre de 2012, debido a que la convocante tuvo que ausentarse para estar pendiente de Neri Mora Gámez, por encontrarse en estado grave de salud (f.° 97)

viii. Y, Lucila Cabello Mateus (Presidente de la Junta de acción Comunal de la Vereda San Joaquín – Santa Cecilia, de Mesitas de El Colegio, Cundinamarca), hizo constar que el causante fue presidente de la Junta de Acción Comunal por dos períodos, y que convivio con la convocante por el término de 13 años hasta el 1° de octubre de 2012 (f.° 99).

También sirven como elementos de convicción el registro civil de nacimiento de Cristian Alexander Mora, hijo en común de María Omaida Arévalo Triana y Neri Mora Gámez, quien nació el 29 de junio del año 2000 (f.° 388); las declaraciones extraproceso rendidas ante notario el 26 de septiembre de 2013, por Adiamiro Mora Gámez y María Melba Mora Gámez, hermanos del pensionado, quienes dijeron que la pareja vivió durante 14 años, hasta la muerte de Neri Mora Gámez; y, la historia clínica del causante entregada por la Clínica Palermo a la demandante, en calidad de compañera permanente del mismo (f.° 103), de la que se desprende que aquella firmó junto con Neri Mora Gámez, los consentimientos informados de fechas 15 de agosto de 2012 (f.° 104), 28 de agosto de 2012 (f.° 106), 9 de agosto de 2012 (f.° 107), 16 de agosto de 2012 (f.° 108), 8 de agosto de 2012 (f.° 109 a 110) y el 1 de octubre de 2012 (f.° 111 a 112), para los procedimientos médicos que se le practicaron al causante.

Por lo anterior, se considera que María Omaida Arévalo Triana, demostró de manera suficiente el requisito de convivencia exigido por la norma, pues como se vio todas las pruebas conducen a esa conclusión, ya que son concordantes y complementarias respecto a los supuestos de hecho materia de controversia.

Finalmente, es preciso aclarar respecto del argumento del apoderado judicial de Leidy Viviana Mora Agudelo referente a que la *a quo* no tuvo en cuenta que el pensionado estuvo casado con Ana Gladys Agudelo Moreno, de quien se probó su fallecimiento (f.° 271), que pese a que varios testigos refirieron que Neri Mora Gámez se casó con dicha persona, y convivió con ella entre dos o tres años, tal situación no desacredita los supuestos estudiados y probados, ya que no existe precisión sobre la época en que ello sucedió, los herederos de dicha persona no se presentaron a reclamar ni ella lo hizo mientras estuvo con vida y las pruebas son contundentes en demostrar que al menos en los cinco años anteriores a la muerte del pensionado este hizo comunidad de vida con María Omaida Arévalo Triana, tanto así que respecto a Ana Gladys Agudelo Moreno, los testigos adujeron que no la vieron durante el tiempo en que Neri Mora Gámez estuvo hospitalizado antes de su muerte y que la convivencia con ella habia cesado mucho antes de ese suceso.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada. Sin costas en la instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de julio de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO C HÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4a87aa6f4f1874f10b97b13a9516fb6d5f372900d0a6758dc1b2a2650abd708a**
Documento generado en 03/08/2022 11:51:54 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **036 2011 00024** 01
DEMANDANTE:	JOSÉ BERNARDO PANCHE SÁNCHEZ
DEMANDADOS:	FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y la FIDUPREVISORA SA.

Bogotá DC, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Teniendo en cuenta los pedimentos sobre los que no se declaró probada la excepción previa de pleito pendiente, se advierte que pretendió el demandante que se condene a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante y de manera solidaria y/o subsidiaria a la Federación Nacional de Cafeteros, al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, los intereses por no pago oportuno de las mismas, los intereses a las cesantías, la indemnización del art. 65 del CST, más la indexación de dichas sumas y los aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales; así mismo, que se condene a la Federación Nacional de Cafeteros «*como sociedad matriz a fin de obtener por solidaridad y/o por responsabilidad subsidiaria*» al pago del auxilio al Fondo de Seguridad Social e intereses sancionatorios por no pago oportuno de las cesantías.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante manifestó que el Congreso Nacional mediante la Ley 95 de 1931, autorizó al Gobierno para fomentar la organización y desarrollo de una compañía de Marina Mercante y en 1940 se creó el Fondo Nacional del Café, cuya administración se le entregó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Dijo que el 14 de mayo de 1946 se acordó "*Que el Gobierno de Colombia ha formalizado con Venezuela y el Ecuador la constitución de la Marina Mercante Gran Colombiana con un capital de USD $ 20.000.000, que será suscrito así: un 45% para cada uno de los dos países primeramente mencionados y el 10% restante para el Ecuador*", y se autorizó a la Federación Nacional de Cafeteros a suscribir hasta USD $9.000.000 en acciones en la empresa constituida, tomando esa suma del Fondo Nacional del Café. Sostuvo que en 1954, Venezuela se separó y la participación accionaria quedó distribuida en el 80.07% de Colombia en cabeza de la Federación como administradora del Fondo Nacional del Café y el 19.93% del Banco de Fomento del Ecuador, actuación registrada en la escritura pública N°. 1390 del 31 de marzo de 1954 de la Notaria 7ª. de Bogotá; así mismo, que en el Acta 76 del 25 de marzo de 1993, la Asamblea General de Accionistas consignó una distribución de utilidades decretada en 1992, para distribuir en efectivo USD $95.160.000; de los cuales recibieron como accionistas la Federación Nacional de Cafeteros la suma de USD $76.202.386.000 y el Banco Nacional de Fomento de Ecuador la suma de USD $6.318.823.000.

Adujo que el 3 de diciembre de 1996, mediante escritura pública N°. 6157 otorgada en la Notaria 18 del Círculo de Bogotá, se constituyó la sociedad Transportación Marítima Gran Colombiana SA (TMG) con un capital suscrito y pagado de USD $48.200.000, y los aportes de la Flota Mercante Grancolombiana en dicha sociedad fueron del 40% y de la sociedad Transportación Marítima Mejicana (TMM) fueron del 60%. Narró que el control sobre la operación marítima de la Flota le fue transferido a la TMM el 23 de enero de 1997, sin los pasivos, entre ellos, los comerciales, civiles, laborales y pensionales, y que como el "*good Will"* de la razón social "Gran Colombiana" fue adjudicado a la nueva sociedad, se varió la denominación a la empresa tradicional por escritura pública N°. 513 del 5 de febrero de 1997, otorgada en la Notaría 18 del Círculo de Bogotá y se le adjudicó el nombre de Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, última que no podría desarrollar directamente actividades del transporte marítimo y se dedicaría exclusivamente a la promoción, constitución, dirección, administración de

sociedades, a la adquisición, administración y enajenación de participaciones sociales en las mismas y que asumió todos los pasivos comerciales, civiles, laborales, impositivos, pensionales, indemnizaciones y compensaciones a que tuvieran derecho los agentes en el exterior y a los resarcimientos originados por la terminación de los contratos de agenciamiento marítimo. Adujo que lo anterior condujo en su fracaso económico y perdió los recursos necesarios para responder a sus pensionados.

Reseñó que en el contrato celebrado el 12 de noviembre de 1997, entre el Gobierno y la Federación Nacional de Cafeteros, se estableció que a ésta le competía regular la administración del Fondo Nacional del Café y se creó el Comité Nacional de Cafeteros de Colombia como el órgano de dirección para el manejo del Fondo. Mencionó que en el certificado de existencia y representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA en Liquidación Obligatoria consta que "*por documento privado del 29 de abril de 1998, de Bogotá, inscrito el 9 de junio de 1998, bajo el número 637602 del libro IX, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia domiciliada en Bogotá comunicó que en condición de Administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de este mismo como matriz, se ha configurado una situación de control con la sociedad en referencia*"; que se encuentra en situación de subordinación respecto de la Federación Nacional de Cafeteros por ser titular de más del cincuenta por ciento de las acciones de la mencionada sociedad anónima y que "*por lo tanto, la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA es una filial de la FEDERACIÓN, en cuanto ésta es administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ*".

Refirió que entre la Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial – UNIMAR-, que es una organización sindical de primer grado y de industria, con registro sindical actualmente vigente, con personería jurídica del 7 de septiembre de 1945 y la demandada Compañía se celebró convención colectiva de trabajo, con vigencia desde el 21 de mayo de 1988 hasta el 20 de mayo de 1991, debidamente depositada en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, habiéndose pactado en su cláusula vigésima que se ratificaban las normas arbitrales y convencionales, así como las estipuladas en pactos, actas o acuerdos que no hubieran sido modificadas en esa convención. Sostuvo que la Corte Constitucional en sentencia SU1023-2001, le ordenó a la Federación Nacional de Cafeteros asumir sus obligaciones como empresa matriz de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA en Liquidación.

Señaló que se vinculó mediante un contrato de trabajo a término indefinido con la Flota Mercante Gran Colombiana SA como limpiador reemplazante desde el 15 de febrero de 1978, que devengaba una remuneración fija u ordinaria que incluía un básico más una prima de antigüedad; horas extras; partida de alimentación; viáticos (cuando estaban a disponibilidad en Colombia); prima de servicios legal (un sueldo al año) y extralegal de tres sueldos al año (pagaderas en junio y diciembre, con inclusión del 75% de la incidencia de los viáticos); intereses de las cesantías; vacaciones de 90 días por año (se tiene el valor de la alimentación y el alojamiento) y a partir de 1995 se aplicaba el IPC a los viáticos; auxilio de vacaciones establecido en Convención ($5,146 por día de vacaciones); auxilio al Fondo Mutuo de Inversión Foregran, equivalente al 5% sobre el salario básico mensual; aportes al Fondo de Seguridad Social Médico, dependiendo del número de personas a cargo y auxilios educativos, dependiendo del número de hijos y nivel educativo.

Agregó que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA mediante comunicación del 24 de septiembre de 1997, le informó la suspensión del contrato de trabajo por cuanto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no se pronunció respecto a la autorización para despedir personal de mar transcurrido el término máximo de dos meses, que vencieron el 6 de agosto de 1997. Dijo que el 9 de octubre de 1998, interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la Compañía con el fin de obtener la restitución inmediata de todas sus condiciones laborales con el pago de los salarios dejados de percibir con los incrementos legales, convencionales y constitucionales; los viáticos contractuales y convencionales a partir del 7 de julio de 1997; el reajuste de intereses a las cesantías; las primas legales y extralegales; las vacaciones y la prima de vacaciones; el subsidio de escolaridad; el ahorro de Foregran; el reajuste de las cuotas al Instituto de Seguros Sociales; el reajuste de las cuotas a la EPS; el reajuste de las cuotas a Cafesalud; el reajuste de las cuotas al Fondo de Seguridad Social de Gran Colombiana -Unimar- y perjuicios morales y materiales. Sostuvo que la sociedad, a partir del 23 de septiembre de 1997, no ha pagado dichos rubros y que la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto No. 411-11731 de 31 de julio de 2000, decretó la liquidación obligatoria de la empresa, el embargo y secuestro de todos los bienes propiedad de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA que pasó a denominarse Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA en Liquidación Obligatoria. Indicó que

desde la suspensión del contrato a la fecha de iniciación del proceso concursal de liquidación obligatoria -31 de julio de 2000- los derechos laborales no pagados se discriminan en dólares como se detalla en el hecho 36, y que en la citada compañía, el pago de la indexación de los derechos y demás rubros adeudados al trabajador se efectúa sobre el total de las sumas no canceladas al final de cada año, para aplicarle el IPC de la fecha en que se vayan a pagar.

Mencionó que en sentencia del Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta ciudad, proferida el 9 de agosto de 2002, se condenó a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, a pagarle la suma de USD $462.88 teniendo en cuenta el valor del dólar en pesos para el año 1997. Narró que dentro del proceso concursal, los días 2 y 6 de diciembre de 2002, la junta asesora al aprobar el plan de pagos en relación con los derechos laborales causados por los marinos cuyos contratos de trabajo habían sido suspendidos y con sentencia favorable, decidió someter el asunto a la decisión de la Superintendencia de Sociedades, juez del concurso; que en dicho plan de pagos, fue excluido el actor y que en el anexo 15 del plan de pagos se relaciona lo tocante a las obligaciones de la liquidación con los marinos suspendidos pendientes de fallo, donde se registra que para el 1° de agosto del año 2000 le adeudan un total de $427.580.652.17 y en el anexo 16 sobre la liquidación de los autos de calificación y graduación de créditos fue incluido. Aludió que mediante auto del 12 de diciembre de 2002, el Superintendente Delegado autorizó la ejecución del plan de pagos, sin hacer mención a la procedencia o no del pago de las acreencias laborales a los trabajadores con contrato de trabajo suspendido. Sostuvo que en sentencia del 31 de mayo de 2004, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, adicionó la sentencia apelada en el sentido de restituir al actor al cargo de timonel, condenar al pago de salarios dejados percibir en la suma de USD 1.626 mensuales a partir del 24 de septiembre de 1997, o el equivalente en moneda nacional colombiana al tipo de cambio oficial del día en que se efectúe el pago y sea incluido en nómina, junto con los aumentos legales y/o convencionales que se lleguen a reconocer y se produzcan durante todo el tiempo en que se encontrare cesante y hasta cuando fuere restituido y al pago de los viáticos en cuantía de $15.029,06 diarios, debiéndose aplicar el IPC hasta el momento en que opere la restitución al cargo, providencia que no fue casada.

Señaló que mediante auto del 12 de abril de 2006, el Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles incluyó el suyo como crédito de primera clase, decisión confirmada por el Superintendente mediante auto del

28 de junio de 2006 y adicionado en el sentido de establecer que los demás valores causados a fecha posterior al 31 de julio de 2000 debían ser cancelados como gastos de administración, conforme el artículo 197 de la Ley 222 de 1995. Refirió que el 24 de julio de 2006, exigió el cumplimiento de la sentencia en comunicación dirigida a Fiduagraria y a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, que el 31 de julio de esa misma anualidad, el liquidador de la Compañía le anunció que procedería a efectuar el pago de la acreencia laboral, informándole de un pago parcial por la suma de $150.000.000, y el 31 de diciembre de 2007, el nuevo Liquidador dio por terminado su contrato de trabajo a partir del 1º de enero de 2008 por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, fecha en la que no se le pagó suma alguna. Reseñó que mediante resolución n.° 03 del 2 de enero de 2008, la Compañía le reconoció pensión a partir del 1° de enero de ese año. Dijo que la superintendencia aprobó el plan de pagos de cierre de la concursada y como consecuencia, el 14 de agosto de 2008 la liquidación le canceló la suma de $30.758.000. – sostuvo que en la actualidad la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante ha liquidado todo su patrimonio y carece de recursos para pagarle el valor de sus salarios y demás prestaciones sociales, legales y extralegales, y que mediante resolución n.° 266 de febrero de 2009, el Ministerio de la Protección Social puso fin a la liquidación, autorizó el cierre de la compañía y el despido colectivo, en el que se incluyó el del actor, exigiendo la presentación previa de cauciones o garantías para el pago de las acreencias laborales (Páginas 1 a 32, cuad. 1, archivo 1, Exp. Digital).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió por el Juzgado Veintisiete Laboral de este Circuito Judicial, en auto del 9 de diciembre de 2009 (Pág. 584, Cuad. 1, Archivo 1, Exp. Dig.), ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 68).

La **Compañía de Inversiones de la Flota Mercante** aceptó, entre otros, los hechos referentes a la existencia de la relación de trabajo y se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que el demandante desconoce sobre las acreencias causadas entre el 31 de julio del año 2000, fecha en la que inició el trámite de liquidación judicial, y el 30 de junio de 2008, fecha de terminación del contrato de trabajo, que se efectuó el pago parcial de $185.072.359, correspondiente a la condena proferida dentro del proceso ordinario laboral conocido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito

de Bogotá, dentro del que existe condena en firme sobre el pago de las obligaciones laborales causadas a partir del 24 de septiembre de 1997 y hasta el finiquito laboral, por lo que en este caso operó la cosa juzgada sobre todas las acreencias reclamadas. En ese orden, mencionó que la liquidación por orden judicial de la Superintendencia efectuó pagos por $30.758.000, en cumplimiento de las aludidas condenas, y por el 3,25% del valor del embargo decretado dentro del proceso ejecutivo, más el valor de la indemnización por terminación del contrato de trabajo por causa legal al 30 de junio de 2008, fecha en la que cesó operaciones la liquidación por agotamiento total de los recursos. Propuso como previas las excepciones de cosa juzgada y prescripción y de fondo las de inexistencia de obligación alguna y pago (Páginas 17 a 35, cuad. 2, archivo 1, Exp. Dig.).

La **Federación Nacional de Cafeteros** como administradora del **Fondo Nacional del Café** se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando, que la Flota Mercante SA no se encontraba en situación de subordinación legal con relación a esa entidad, pues de acuerdo con lo previsto en la Ley 222 de 1995, la relación de matrices y subordinadas sólo es viable entre personas jurídicas o naturales o jurídicas de naturaleza no societaria como las empresas unipersonales que ostenten la calificación de comerciantes, sin que en el caso de esa demandada se cumplan los presupuestos de los art. 260 y 261 de la norma anotada, debido a que como administradora del Fondo Nacional del Café, es una asociación civil sin ánimo de lucro, que no es vigilada por la Superintendencia de Sociedades. Finalmente expuso que la contribución cafetera tiene inequívocamente naturaleza parafiscal, con arreglo a las normas jurídicas de rango constitucional y legal que definen esa institución, caracterizando la exacción parafiscal como una categoría de contribución dotada de identidad propia que la distingue de las otras formas de gravámenes, toda vez que los recursos que de ella resultan, constituyen ingresos o caudales públicos que sólo pueden utilizarse en beneficio del subsector gravado que los suministra. A su vez, propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la solidaridad demandada, inexistencia de la responsabilidad subsidiaria demandada, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa e inexistencia de los supuestos jurídicos y fácticos de la pretensión (Páginas 45 a 69, cuad. 2, archivo 1, Exp. Dig.).

Por auto del 7 de febrero de 2011, las diligencias fueron remitidas al Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC (Página 310, Cuad. 2, archivo 1, Exp. Dig), despacho que, a su vez, envío las diligencias mediante auto del 14 de agosto de 2013, al Juzgado Octavo Laboral de descongestión de este circuito (Pág. 146, Cuad. 3, archivo 1, Exp Dig).

El Juzgado Octavo Laboral de descongestión de este circuito, en auto del 19 de noviembre de 2013 (Pág. 159, Cuad. 3, archivo 1, Exp Dig.) tuvo a la Fiduprevisora SA como sucesora procesal de la liquidada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA; posteriormente, mediante oficio del 4 de agosto de 2014, las actuaciones fueron devueltas al Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC (Pág. 238, Cuad. 3, archivo 1, Exp Dig).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de agosto de 2021, declaró parcialmente probadas las excepciones de pago y cosa juzgada, y no probada la de prescripción. A su vez, condenó a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA En liquidación y por responsabilidad subsidiaria a la Federación Nacional de Cafeteros Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, a pagar a favor del señor José Bernardo Panche Sánchez, la suma de $483.718.732. por concepto de cesantías, suma que deberá ser indexada al momento del pago.

En lo que interesa a la alzada, en torno a la condena de las cesantías señaló que de acuerdo con lo probado, el contrato de trabajo del señor Panche Sánchez inició el 15 de febrero de 1978, por lo que pertenecía al denominado régimen anterior de cesantías, por lo que dicha prestación social debía liquidarse con el último salario y por todo el tiempo de servicio prestado. Lo anterior en atención a que el empleador no acreditó que el extrabajador, de manera voluntaria, se hubiera acogido al régimen de liquidación anual, creado mediante la Ley 50 de 1990, así como tampoco que se hubieran efectuado pagos parciales, ni del total a la data de terminación, al punto que en los cálculos de liquidación definitiva, se indicó que no se habían realizado pagos anteriores. Por ello, señaló que era procedente reconocer las cesantías por todo el tiempo de la relación laboral, esto es, del 15 de febrero de 1978 al 31 de diciembre de 2007, que corresponden a 10.755 días, de los cuales se debían descontar 135 días de licencias sin sueldo o suspensiones, referidos por la

propia parte actora en la documental que milita en la página 421 del Cuaderno 3 del archivo 1 del Exp. Dig., para un total de 10.620 días efectivos.

En cuanto a la conformación del salario, para liquidar dicha acreencia, señaló que el mismo tenía un componente en dólares de los Estados Unidos y otro en pesos colombianos, como los viáticos, y que se advertía que en el proceso ejecutivo seguido ante el Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta ciudad, se definió parcialmente lo relativo al valor adeudado por cesantías, pues si bien allí no se solicitó tal prestación ni se dispuso su pago, sí se liquidaron los intereses de cesantías, para lo cual previamente se obtuvieron los valores correspondientes a aquella acreencia entre los años 2000 y 2007. Al punto, el despacho se remitió a la liquidación del crédito aprobada por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta ciudad, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, en auto del 30 de abril de 2014, por lo que señaló que para calcular las cesantías se debía tener como salario base de liquidación la suma equivalente a USD 3.759.98, que corresponde al último salario promedio, esto es, el correspondiente al año 2007, más la prima de antigüedad (USD 1.320,74), doceavas de primas extralegales y de vacaciones (USD 1.270,18), así como el 75% de los viáticos (USD 517,48). Valores con los que obtuvo por auxilio de cesantías, causado entre el 15 de febrero de 1978 y el 31 de diciembre de 2007, la suma de USD 240.087.52, que correspondía a $483.718.732, debido a que el dólar de los Estados Unidos de América equivalía a $2.014.76, para el 31 de diciembre de 2007, fecha de terminación del contrato. En cuanto a la prescripción, señaló que debido a la fecha de finalización del contrato de trabajo, no había transcurrido el término trienal comoquiera que la demanda se presentó el 2 de diciembre de 2009, y el auto admisorio fue notificado el 19 de agosto de 2010.

Sobre la indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del CST, consideró que resultaba improcedente su pago, debido a que a partir del nombramiento del liquidador, este únicamente conservaba la capacidad jurídica para expedir actos, realizar operaciones y celebrar los contratos estrictamente necesarios para llevar a cabo la liquidación de la entidad, para lo cual debía atender también con mucha rigurosidad en sus actuaciones las reglas sobre la prelación de créditos en la forma en que están establecidas en la Ley. Así las cosas, señaló que no podía endilgarse que la entidad hubiese actuado con un ánimo defraudatorio o con una intención de no pagar las acreencias laborales. Adicionalmente, evidenció que dentro del proceso

liquidatorio fue graduado el crédito del señor Panche Sánchez como de primer orden y según certificación vista en la página 353 del cuaderno 2 del archivo 1 del Exp. Dig., el extrabajador recibió un pago parcial de $150.000.000,oo de su liquidación definitiva, un pago a prorrata de $30.368.494 y la mesada pensional desde el día siguiente a la finalización del contrato de trabajo, tanto que en audiencia del 15 de junio de 2010, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá declaró probada parcialmente la excepción de pago. Por último, señaló que también se acreditó que la compañía no tuvo los recursos económicos suficientes para el pago de sus obligaciones, pese a que destinó todos sus activos al pago de las acreencias que determinó en el proceso concursal.

Respecto de la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, señaló que La condición de socia mayoritaria de ese ente en la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante estaba acreditada con el extracto del acta n.º 83 de la Asamblea General de Accionistas de la Flota Mercante Grancolombiana SA celebrada el 12 de diciembre de 1996. Igualmente, en el certificado de existencia y representación legal de la Compañía, se lee que, por documento privado del 29 de abril de 1998, la Federación comunicó que en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de éste como matriz, se configuró una situación de control con la sociedad Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, situación contemplada en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 para la sociedad controlante y que refleja a todas luces que el Fondo tenía conocimiento de su condición de matriz.

En ese orden, estimó que la naturaleza jurídica de la Federación como asociación civil, no era óbice para la aplicación del régimen comercial dado que, como lo establece el Código de Comercio, se considera comerciante a quien ejercite cualquiera de las actividades consideradas mercantiles (Art. 1). A su vez, en el numeral 5º de su artículo 20, refiere que son mercantiles para todos los efectos legales "*la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones*", por lo que resultaba aplicable la normatividad comercial al presente asunto.

Adicionalmente, coligió que en ejercicio del poder subordinante propio de la sociedad matriz, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia

reestructuró a la CIFM con el evidente objetivo de dirigir su actividad económica a la promoción y administración de inversiones que le reportaran utilidades al Fondo Nacional del Café, las cuales fueron elegidas por la propia Federación, por detentar el poder decisorio en la junta directiva de su filial gracias a su participación accionaria mayoritaria, de lo que se sigue que la demandada como sociedad matriz, incurrió por vía de acción y omisión en algunas conductas que le reportaron pérdidas o al menos un estancamiento económico a la CIFM, por lo que no desvirtuó la presunción establecida en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

A su vez, sobre el argumento relativo al carácter parafiscal de los recursos del Fondo Nacional del Café y su imposibilidad de utilizarlos en asuntos diferentes a los del subsector gravado, dijo que no podía ser aceptado, toda vez que dichos recursos fueron invertidos en la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, por lo que resultaba obvio que el éxito de los negocios llevados a cabo por ésta en el desarrollo de su objeto social benefició a dicho Fondo.

Por lo anterior, se ordenó a la Fiduprevisora SA, pagar con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo Panflota, los créditos laborales aquí determinados y, en el evento de que tales dineros se agoten o resulten insuficientes para atender dicha obligación, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia deberá proveer las sumas necesarias para satisfacer oportunamente la prestación, con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** al sustentar el recurso de alzada solicitó que se ajuste la liquidación de las cesantías efectuada por la *a quo*, en la medida en que fueron calculadas en moneda colombiana con la tasa representativa del mercado vigente para la fecha de terminación del contrato de trabajo, desconociendo con ello, lo previsto en el art. 135 del CST, que refiere a la potestad que tiene el trabajador de exigir el pago de las acreencias que hayan sido pactadas en moneda extranjera, ya sea en moneda colombiana o en moneda extranjera, al tipo de cambio del día en que se efectúe el pago.

A su vez, presentó inconformidad respecto de la absolución de la indemnización moratoria, por considerar que no se puede tener como una muestra de buena fe el pago parcial que recibió el trabajador en el año 2006, esto es, nueve años después de haber sido suspendido del contrato y haber estado sin absolutamente ningún ingreso, más aún cuando existen en contra de la compañía empleadora sentencias condenatorias que quedaron ejecutoriadas para la fecha de pago parcial. Agregó que, si bien se graduaron los créditos a favor del actor dentro de la liquidación, como de primera clase, ello no fue un acto de buena fe por parte de la extinta compañía, sino que al contrario, fue una lucha en la que incurrió el trabajador, máxime cuando la graduación era una obligación de la liquidación. Finalmente, respecto del argumento de la *a* quo relativo a que desde el año 2008, le fue reconocida al actor su mesada pensional, dijo que no se podía olvidar que tal situación se dio 11 años después de haber sido suspendido su contrato de trabajo y 11 años después de haber sido bajado el convocante del buque sin ningún ingreso y sin ningún medio de subsistencia.

La **Fiduprevisora SA,** apeló la decisión de primer grado, con fundamento en que el Patrimonio Autónomo Panflota no se constituyó para ser receptor de derechos y obligaciones de la extinta Flota Mercante, al contrario, el fideicomiso fue creado como un mecanismo para la terminación del proceso liquidatorio de la Flota, y no para suceder las obligaciones de esta entidad ya liquidada. Dijo que debía tenerse en cuenta que el vínculo entre Fiduprevisora SA y la Compañía de la Flota Mercante - en Liquidación, es única y exclusivamente contractual, y las obligaciones de la fiduciaria emanan del contrato de Fiducia Mercantil 3 - 1 – 010138, y por lo tanto, su capacidad se encuentra enmarcada en el contenido del contrato de fiducia. Agregó que el objeto del citado contrato limita la capacidad que tiene la fiduciaria como administradora y vocera del patrimonio autónomo, en cuanto solo puede realizar los pagos de mesadas pensionales y de los aportes a la EPS.

Señaló que la *a quo* desconoció el auto 400 - 0177782, en el cual la Superintendencia de Sociedades en uso de sus funciones jurisdiccionales, indicó: "*Las obligaciones dinerarias están a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, y en ningún momento se trasladarán a Fiduciaria La Previsora*", y además, no motivó por qué esta premisa no era aplicable, procediendo en sentido contrario a dicho acto jurisdiccional, en tanto trasladó de forma principal al patrimonio autónomo la obligación dineraria que está a cargo de

la Federación, lo que aseguró, desconoce lo prescrito en el parágrafo 3 del artículo 24 del Código General del Proceso

Añadió que igualmente, se verificó la violación del precedente de la Corte Constitucional en la sentencia SU1023-2001, pues se omitió dar por probado que el garante de las obligaciones dinerarias de los pensionados de la extinta Flota es la Federación, más no el Patrimonio Autónomo, quien solo fungió como mecanismo de terminación del proceso concursal.

Por último, expresó su desacuerdo respecto de la condena en costas, pues estima que las mismas no se fundan en la oposición a la demanda o en la condición de ser la parte vencida, ya que la norma señala que para imponer su pago debe aparecer probado que se causaron, lo que no ocurrió en este asunto.

La **Federación Nación de Cafeteros** recurrió la decisión primigenia tras manifestar que disentía de la interpretación que hizo el despacho del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, porque a pesar de lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia de SU1023-2001 y lo dicho por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que han sido emitidas hasta la fecha, lo cierto es que ninguna de ellas, se ha impartido una orden de con carácter definitivo y general de responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros respecto de las obligaciones de la extinta CIFM, y en el caso en concreto lo único que se indicó es que no se logró desvirtuar la presunción contenida en la referida norma, sin embargo, en la misma se consagran cuatro supuestos, de los que solo se probaron dos, pues asegura que en el presente caso, lo que hubo fue una situación totalmente fortuita y ajena a los accionistas de una sociedad comercial de capital, no de una sociedad de personas.

Lo anterior, porque la Flota Mercante Grancolombiana, desde los años 70, tenía perdida su operación de mar y únicamente estaba sobreviviendo con los dividendos que generaban sus inversiones, que fue lo que posiblemente llevó a convertirla en la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, y luego la apertura comercial que llevó a competir a la Flota nacional con las extranjeras, y las decisiones del Congreso de la República relacionadas con la eliminación de la reserva de carga y la eliminación de la exención del impuesto de renta, ineludiblemente condujeron a su insolvencia y posterior liquidación,

situaciones que asegura son ajenas a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora.

Menciona que la juez de primera instancia pasa por alto el análisis histórico legislativo, de cómo se creó el Fondo Nacional del Café desde el Decreto 48 del 1940, y que desde la Ley 95 de 1931, fue el Congreso de la República el que estableció y le dio la orden al Gobierno nacional de crear una flota mercante nacional, y diez años después el mismo Congreso, autorizó que con recursos del Fondo se creara dicha flota, pero ello no implica que se pueda disponer de los recursos del Fondo Nacional del Café, el cual es administrado por virtud de un contrato por esa demandada, quien tampoco constituyó ni es propietario de la Compañía empleadora del demandante. A lo que añadió, que tampoco es cierto que al tener la mayoría de la participación accionaria, la Federación se hizo la controlante o la matriz de la Flota Mercante, pues lo que hizo el Fondo Nacional del Café fue cumplir con una disposición del Congreso de la República.

Sostuvo que el Fondo Nacional del Café no es una sociedad comercial, ni siquiera es una persona jurídica, en el que quien toma las decisiones de fondo no es la Federación Nacional de Cafeteros, ya que el Comité Nacional de Cafeteros, esta conformado en partes iguales por ese ente y por la Nación, con poder de desempate del Presidente de la República. A lo que agregó que dicho fondo al ser únicamente una cuenta especial de titularidad de la nación Ministerio de Hacienda, mal puede ser matriz porque no tiene personería jurídica, y en ese caso la administración desde su creación, bajo los términos facultades y competencias que consagra el contrato, han venido siendo ejercidas por la Federación Nacional de Cafeteros, que en este caso no es la dueña del fondo, únicamente su administrador, porque el dueño es la Nación - Ministerio de Hacienda. Por lo que considera, que el Fondo Nacional del Café no podía ser matriz de una sociedad, que tenía sus propios órganos de control y de dirección establecidos por la ley, y aun de considerarse que las decisiones de algún órgano de administración tuvo incidencia en la situación de insolvencia de la CIFM, debe tenerse en cuenta que en ese evento la responsabilidad de los administradores en el régimen societario opera a título individual e incluso sobre su patrimonio, pero no de quien los designa para ejercer dicha función.

Sobre ese aspecto, finaliza diciendo que debe tenerse en cuenta la sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que obra dentro del expediente, la cual es totalmente diciente respecto a la naturaleza de la institucionalidad cafetera, la naturaleza del Fondo Nacional del Café y el papel que juega la Federación Nacional de Cafeteros.

De otro lado, solicitó que se estudie si operó la cosa juzgada respecto del proceso adelantado ante el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, teniendo en cuenta que en mismo obra liquidación del crédito, y a la fecha se le han pagado al demandante más de $2.500.000.000, se han embargado bienes por $4.000.000.000, por lo que no debe analizarse dicho fenómeno jurídico únicamente respecto de la demanda iniciada dentro del proceso ordinario, sino además respecto de ejecutivo.

Agregó que se debe tener por probada la prescripción de los valores reclamados debido a que se están pretendiendo sumas causadas en los años 70, que debe establecerse el salario básico devengado por el trabajador para cada anualidad para calcular las cesantías, sin incluir factores adicionales; y que, en caso de tenerse en cuenta el documento al que refiere el juzgado para establecer el salario, también debe tener en que el acumulado de las cesantías para el año 2007 era de USD 65.108.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 21 de octubre de 2021, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 2, Cuad. Tribunal).

La Fiduprevisora SA y la Federación Nacional de Cafeteros presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación (f.º 6 a 8 y 11 a 14, Cuad. Tribunal).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar: *i).* Si operó el

fenómeno jurídico de la cosa juzgada, respecto de las decisiones emitidas en el proceso 011 1998 00789, conocido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC; *ii).* Los factores para liquidar el auxilio de cesantías, así como la moneda en que debía ser cuantificado tal concepto, si se acreditó su pago y si se vio afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción; *iii).* Si operó la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café; y, *iv).* Si la Fiduprevisora SA, está llamada a responder por el pago de las sumas reclamadas, en su calidad de administradora del Patrimonio Autónomo de Panflota.

No se discute en este asunto, que entre José Bernardo Panche Sánchez y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, existió un contrato de trabajo que estuvo vigente del 15 de febrero de 1978 al 31 de diciembre de 2007, interregno en el que el demandante presentó 135 días de licencias sin sueldo o suspensiones.

Cosa Juzgada.- Para efectos de resolver el problema jurídico planteado en torno al fenómeno jurídico de la cosa juzgada, al que refiere la Federación Nacional de Cafeteros en la alzada, lo primero que observa la Sala es que se acreditó en el proceso, que ante el Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta ciudad, se tramitó demanda ordinaria laboral promovida por el aquí demandante en la que pretendió que se restituyeran sus condiciones laborales, bajo las cuales se estaba desarrollando su contrato de trabajo, que había sido suspendido desde el 23 de septiembre de 1997, y en consecuencia, que se condenara al pago de los salarios dejados de percibir, el valor de los viáticos, el reajuste de los intereses a las cesantías, primas legales y extralegales, vacaciones, subsidio de escolaridad, ahorro de Foregran, los reajustes de las cuotas al Instituto de los Seguros Sociales, a la EPS Cafesalud y al Fondo de Seguridad Social de Grancolombiana – Unimar , y los perjuicios morales y materiales (Páginas 460 a 470, Cuad. 1, Archivo 1, Exp. Dig.); que mediante sentencia del 9 de agosto de 2022, ese despacho judicial condenó a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, a pagar al demandante USD $462,88, teniendo en cuenta el valor del dólar en pesos para el año 1997, así mismo, estableció que dicho monto debía tenerse en cuenta para liquidar las primas de vacaciones legales y extralegales, el subsidio de escolaridad, el ahorro de Foregran, las cuotas del seguro social o la respectiva EPS, intereses

a las Cesantias y el fondo de seguridad social de Grancolombiana Unimar (Páginas 476 a 488, Cuad. 1, Archivo 1, Exp. Dig.).

Dicha decisión fue adicionada mediante sentencia proferida el 31 de mayo de 2004, por la Sala de Decisión Laboral de esta Corporación, en el sentido de restituir al demandante al cargo de timonel, y condenar al pago de los salarios dejados de percibir en la suma de USD 1626 mensuales, a partir del 24 de septiembre de 1997, o el equivalente en moneda nacional colombiana al tipo de cambio oficial del día en que se efectúe el pago y sea incluido en nómina, junto con los aumentos legales y/o convencionales que se llegaran a reconocer o se produjeran durante todo el tiempo en el que estuviera cesante y fuera restituido. A su vez, se revocó el numeral segundo del fallo de primer grado, para en su lugar, condenar a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, a pagar al demandante los viáticos en cuantía de $15.026,06 diarios, debiéndose aplicar el IPC hasta el momento en que se dé la restitución al cargo (Páginas 520 a 528, Cuad. 1, Archivo 1, Exp. Dig.). Providencia que sea el caso decir, no fue casada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 24 de enero de 2006 (Páginas 529 a 556), Cuad. 1, Archivo 1, Exp. Dig.).

Adicionalmente se advierte que dentro del ejecutivo laboral, que se instauró a continuación del ordinario conocido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, se libró mandamiento ejecutivo solamente respecto de los salarios dejados de percibir y los viáticos causados desde el 1° de agosto del año 2000, la prima de vacaciones, las vacaciones, las primas legales, las primas extralegales, el subsidio de escolaridad, el ahorro a Foregran, las cuotas a seguridad social, los intereses a las cesantías, lo referente al Fondo de Seguridad Social Grancolombiana, las costas del proceso y los intereses moratorios (Páginas 441 a 444, Cuad. 2, Archivo 1, Exp. Dig.).

Por su parte, en el proveído del 9 de agosto de 2013, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición contra el auto que aprobó la liquidación del crédito se estableció que no era factible incluir el concepto de cesantías, en la medida en que no se libró orden de pago por ese concepto (Páginas 565 a 569, Cuad. 2, Archivo 1, Exp. Dig.), determinación que fue confirmada por el superior en auto del 30 de abril de 2014 (Páginas 570 a 579, Cuad. 2, Archivo 1, Exp. Dig.),

De ese modo, se recuerda que el artículo 303 del CGP, establece que para que se configure la cosa juzgada, el nuevo proceso debe versar sobre el mismo objeto, tener la misma causa y debe existir identidad de partes; elementos que sea el caso advertir no sólo deben ser estudiados desde la óptica de la demanda y su contestación, sino además a partir de los problemas jurídicos desarrollados en el curso del proceso y las decisiones judiciales que los resolvieron, pues es claro que una vez en firme las mismas adquieren el carácter de definitivas e inmutables, lo que confiere a las partes en contienda seguridad jurídica respecto de lo resuelto, pues justamente uno de los propósitos de la figura estudiada es evitar que sobre los mismos hechos se dicten decisiones contrarias.

En ese orden, al constatarse que el auxilio de cesantías no se pretendió, ni se discutió, ni fue materia de condena o de ejecución en el curso de las diligencias surtidas ante el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, no se configuran los elementos que dan paso a la cosa juzgada.

Sin embargo, si se cumple tal presupuesto respecto del valor del salario mensual y de los viáticos diarios establecidos en su oportunidad, en la decisión de segunda instancia proferida dentro del proceso en mención, en tanto en la misma se indicó que debía tenerse en cuenta que en el primer caso el gestor devengaba USD 1.626 mensuales, a partir del 24 de septiembre de 1997, o el equivalente en moneda nacional colombiana al tipo de cambio oficial del día en que se efectuara el pago, junto con los aumentos legales y/o convencionales que se llegaran a reconocer, y respecto al segundo tópico se estableció que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, debía pagar al demandante los viáticos en cuantía de $15.029,06 (Pesos colombianos) diarios, aplicando el IPC hasta el momento de su restitución (Páginas 520 a 528, Cuad. 1, Archivo 1, Exp. Dig.), por lo que sobre esos aspectos no es posible emitir un nuevo pronunciamiento.

Cesantías.- Al no ser materia de debate que la prestación personal de los servicios del demandante inició el 15 de febrero de 1978, la forma de liquidación del concepto analizado corresponde a la del régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que el contrato de trabajo se ejecutó desde una fecha anterior a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, que estableció el régimen especial de liquidación anual; a lo que se suma, como lo dijo la *a quo,* que no existe constancia de que el trabajador haya

manifestado su intención de acogerse al régimen especial de liquidación anual, tal y como lo exige el parágrafo del art. 98 de la ley enunciada y el inciso 2º del art. 114 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, se tiene que el art. 249 del estatuto sustantivo laboral establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. Por su lado, el art. 253 de la misma disposición consagra que para liquidar dicho rubro se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses, y en caso contrario, y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.

De lo que se colige que no se torna viable acoger el argumento expuesto en la alzada por la Federación Nacional de Cafeteros, en torno a que debe establecerse el salario de cada año para liquidar la acreencia materia de condena, pues con base en la normatividad reseñada se tiene que debe liquidarse con el promedio del último año servido por el trabajador (CSJ SL14426-2016 y CSJ SL17152-2012).

Ahora bien, en cuanto a la **moneda** en que debe calcularse el rubro en mención, se debe tener en cuenta que en el numeral 36 de la CCT, se acordó que las sobre remuneraciones fijas mensuales y prestaciones sociales, con excepción de las pensiones de jubilación e invalidez, subsidio familiar y viáticos en Colombia, se pagarían en dólares de los Estados Unidos de América.

Así mismo, es importante anotar que el art. 135 del CST prevé que "*Cuando el salario se estipula en moneda o divisas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que debe efectuarse el pago"*; y que sobre el entendimiento que debe darse a dicha norma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de instancia CSJ AL2488-2014, (sentencia de casación CSJ SL 34624, 21 feb. 2012), en la que reiteró la postura sentada por esa Corporación en la decisión CSJ SL 34274, 1 mar. 2011, anotó lo siguiente:

"*Finalmente, importa mencionar que si bien esta Corporación (Sala Plena Laboral), desde la sentencia del 7 de diciembre de 1988, radicación 2305, había considerado que conforme lo disponía el artículo 249 del Decreto 444 del 22 de marzo de 1967, «Sobre Régimen de Cambios Internacionales y Comercio Exterior», las obligaciones en divisas extranjeras, incluidas las generadas en obligaciones laborales, debían pagarse en moneda legal colombiana al tipo de cambio vigente el día en que se generen, mediante sentencia del 11 de febrero de 1994, radicación 6043, modificó dicha posición* ***para aceptar que la opción de pago en moneda nacional o extranjera correspondía exclusivamente al trabajador***". (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Decantado lo anterior, partiendo de los factores tenidos en cuenta en la primera instancia para efectuar la liquidación de las cesantías, pasa la Sala a resolver la inconformidad planteada en la alzada, sobre ese punto. Por lo que se advierte que no es objeto de controversia que el demandante es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, vigente de 1993 a 1995.

Sobre los **viáticos** encuentra esta Corporación que en el numeral 65 de la CCT en mención, se estableció que el 75%, sería tenido en cuenta por la empresa para el cómputo de las prestaciones sociales y que para los años de vigencia de ese instrumento serían reajustados con el IPC. De ahí que, tal concepto se incluirá aplicando los reajustes anuales a la cuantía inicial indicada en la sentencia proferida el 31 de mayo de 2004, por la Sala de Decisión Laboral de esta Corporación, dentro del proceso ordinario 011 1998 00789, como se explicó en precedencia, encontrándose que respecto del último año dicho rubro correspondía a la suma mensual de $1.042.600, cuyo 75% equivaldría a **$781.950**, pesos colombianos y no dólares como equivocadamente se estableció en la primera instancia.

Por su lado, la **prima extralegal de servicios** se encuentra establecida en el numeral 45 de la CCT, y dentro de la misma no se le atribuye el carácter salarial que le atribuyó la primera instancia. Contrario a ello, el artículo 307 CST, en consonancia con el artículo 308 de la misma norma, consagra que la prima anual no es salario ni se computará como factor de salario en ningún caso, de ahí que no se incluirá dicho rubro para la liquidación.

Respecto a la **prima de vacaciones** se advierte que en el numeral 46 del CCT, expresamente dispuso que no se computaría para el cálculo de ninguna prestación de carácter laboral, por lo que ese rubro debe excluirse de la liquidación de las cesantías.

En cuanto a la **prima de antigüedad** se advierte que la cláusula 43 de la CCT referida, contempló que la prima de antigüedad que la empresa estaba reconociendo se seguiría computando como salario, para todos los efectos legales, y se continuaría pagando el 5% sobre el sueldo básico mensual a partir del primer día del tercer año de servicios, hasta el último día del cuarto año de servicios; en el 10% sobre el sueldo básico mensual a partir del primer día del quinto año de servicios, y el 1% adicional por cada año adicional de servicios, al cual se tendría derecho a partir del primer día del sexto año servicios, hasta un máximo del 40%, de ahí que debe computarse dicha suma para el cálculo de las cesantías.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el monto mensual de la prima en mención correspondería al 35% mensual del **salario básico**, debe indicarse que el mismo quedará establecido en la suma de **USD 1.626** mensuales para la época de la finalización del contrato, sin aplicar el reajuste del IPC. Lo anterior, porque la jurisprudencia laboral ha establecido, *mutatis mutandis*, que no es lógico que una obligación pactada en una moneda extranjera fuerte como el dólar, deba también recibir el beneficio de la indexación, siendo distintas sus condiciones frente a la moneda nacional, que es víctima de una devaluación constante, de manera que la posible pérdida del poder adquisitivo se contrarresta mediante la conversión del valor reclamado de dólares a pesos colombianos (CSJ SL4975-2018).

A lo que se suma, que en la sentencia proferida el 31 de mayo de 2004, por la Sala de Decisión Laboral de esta Corporación, dentro del proceso ordinario 011 1998 00789, se señaló que el salario se disponía en dólares de los Estados Unidos de América o el equivalente en moneda nacional colombiana al tipo de cambio oficial del día en que se efectúe el pago y sea incluido en nómina, junto con los aumentos legales y/o convencionales que se llegaran a reconocer o se produjeran durante todo el tiempo en el que estuviera cesante y fuera restituido, de lo que no se deriva propiamente que al valor en dólares debía aplicársele el IPC, ya que el cambio de la moneda tiene implícito ese ajuste.

En consecuencia, al no ser materia de debate que el actor trabajó en vigencia de la relación laboral 10.620 días, y al haberse encontrado probado que en el último año de servicios devengó en dólares americanos USD 2.213 mensuales (Comprenden USD 1626 de salario básico y USD 587 de prima de

antigüedad) y en pesos colombianos $781.950 mensuales (Corresponden al 75% de los viáticos mensuales), se tiene que por concepto de las cesantías debió pagársele por su componente en dólares, USD 65.272; y, por su componente en pesos, $23.067.525 (CSJ AL2488-2014, proferida en la radicación 34624). Por lo que se precisa, que será el trabajador quien determinará, si el componente en dólares de los Estados Unidos de América se liquida en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que se efectúe el pago.

Respecto a la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que la acreencia laboral reclamada se hizo exigible solo hasta la finalización del contrato de trabajo, que tuvo lugar el 31 de diciembre de 2007, que la demanda se presentó el 2 de diciembre de 2009 (Página 583, Cuad. 1, Archivo 1, Exp. Dig.); y, que el auto admisorio se notificó el 20 de abril de 2010, a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA y el 5 de mayo de 2010 a la Federación Nacional de Cafeteros (Páginas 586 y 612, Cuad. 1, Archivo 1, Exp. Dig.), no operó dicho fenómeno extintivo del derecho en los términos establecidos en los artículos 488 del CST, 151 del CPTSS y 90 del CPC.

Finalmente cumple advertir que debido a que en el plenario no reposa prueba del pago parcial o total del rubro en mención, las sumas anotadas quedarán insertadas en la parte resolutiva de este fallo.

Indemnización Moratoria.- Para establecer la procedencia de la indemnización materia de debate, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016 y CSJ SL572-2021).

En ese orden, al descender al caso bajo examen encuentra esta Corporación que resulta acertada la absolución establecida por la *a quo*, en la medida en que en el proceso se encuentra plenamente acreditado que por auto n.º 411-11731 del 31 de julio del año 2000, inscrito el 3 de agosto de la misma anualidad, la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura del trámite

de liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA (Páginas 333 a 338, Cuad. 3, Archivo 1, Exp. Dig.), el cual culminó el 28 de agosto de 2012, mediante el auto n.º 400-010928, de la misma entidad, en el que se estableció la carencia absoluta de recursos de la sociedad, y la consecuente terminación y archivo del proceso concursal (Páginas 106 a 128, Cuad. 3, Archivo 1, Exp. Dig.), de lo que se colige que para la época en la que se dio la terminación del contrato de trabajo, no podía atribuirse responsabilidad a los representantes del empleador, pues el control recaía en el liquidador, quien debía sujetarse a las normas dispuestas para ese tipo de trámites.

De manera que, no puede valorarse la buena o mala fe de la demandada, partiendo de supuestos de hecho relacionados con las situaciones particulares o personales del actor, y mucho menos que se remiten a una fecha anterior al finiquito laboral, esto es, al momento en el que se dio la suspensión del contrato de trabajo, pues como se dijo, el acervo probatorio conduce a concluir de manera suficiente que la actuación de la encartada se sujetó al acatamiento de las normas que regían la liquidación judicial, en la que se vio inmersa, resultando tan clara y evidente la incapacidad económica de aquella para solventar sus obligaciones, que finalmente el proceso que cursó ante la Superintendencia de Sociedades se dio por terminado por la carencia absoluta de recursos.

Por ende, se confirmará la absolución dispuesta por la *a quo* sobre el tópico analizado.

De la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros.- Se advierte que, mediante Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, la Superintendencia de Sociedades de Bogotá, declaró extinguida la persona jurídica Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA En Liquidación Obligatoria.

Por otra parte, acerca de la condición de sociedades matriz y subordinada, importa destacar que, los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, subrogados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, prevén que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante.

Así las cosas, según lo normado en el parágrafo del artículo 148 de la misma preceptiva, vigente para la época en que se ordenó la liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA *"Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente".*

De lo que se sigue que la presunción legal consagrada en la normatividad citada, admite prueba en contrario; siendo claro, que la carga de ésta radica en cabeza de la sociedad matriz o controlante, quien debe acreditar que la situación de concordato o liquidación obligatoria, de la empresa subordinada o controlada, se produjo por causa distinta a las enunciadas en la norma.

Lo que se acompasa con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1997, donde señaló que de acuerdo con el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, existe una presunción legal de "*responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante frente a las obligaciones que adquiera la sociedad subordinada",* presumiéndose que la situación de concordato o liquidación acaeció por causa de la sociedad matriz o controlante, cuyas decisiones buscaban el beneficio propio, aún en contra de los intereses de la sociedad subordinada, precisamente, por el control que ejercía la primera sobre la segunda; y en la que a su vez, se explicó que no se trata de un tipo de responsabilidad principal sino subsidiaria, entendida esta como que *"la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada".*

En tal sentido, se advierte que la calidad de empresa matriz o subordinante de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, respecto de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, se extrae de la comunicación del 29 de abril de 1998, oportunamente anotada en el registro mercantil, en virtud de la cual se informó a la Cámara de Comercio de Bogotá, que "*en condición de*

administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de éste, la Federación tiene el ochenta por ciento (80%) de las acciones de la sociedad actualmente denominada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. (…) Dado lo expresado en el punto anterior, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. se encuentra en la situación de subordinación establecida en el por el (sic) artículo 27 de la Ley 222 de 1995, respecto de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en tanto ésta obra en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, por cuanto, en la condición dicha, es titular del más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de la mencionada sociedad anónima. Por lo tanto, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. es una filial de la Federación, en cuanto esta obra como administradora del Fondo Nacional del Café. En consecuencia, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, mediante el presente documento se procede a inscribir en el registro mercantil la mencionada situación de control", esto es, con extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA (Página 188, Cuad. 1, Archivo 1, Exp. Dig.).

De lo anterior, se tiene que contrario a lo afirmado en la alzada era del resorte de la Federación acreditar que en efecto la liquidación de su subordinada no fue atribuible a sus acciones y decisiones como matriz.

En ese orden, se advierte que la convocada, asegura que la quiebra de la CIFM, obedeció a razones de fuerza mayor o caso fortuito, relacionadas con el Estado le retiró la protección fiscal o mercantil, y la supresión de la reserva de carga, sin embargo, en el plenario no existen elementos de juicio que acrediten esas aseveraciones y mucho menos que conduzcan a deducir que la liquidación ocurrió por circunstancias ajenas al actuar de la recurrente.

Esto, por cuanto únicamente se incorporaron al expediente algunas decisiones judiciales, los estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el contrato de Administración del Fondo Nacional de Café de 1998, pero de allí no se derivan las causales por las cuales la sociedad subordinada entró en liquidación, que es lo que eventualmente le permitiría a la Sala estudiar si las actuaciones de la matriz tuvieron incidencia en la situación concursal, consideración que se acompasa con los razonamientos expuestos, en un caso de similares contornos al que nos ocupa en este caso, por el órgano de cierre de esta jurisdicción en las decisiones CSJ SL471-2019 y CSJ SL1973-2019, última providencia en la que se concluyó:

"(…) En este orden, no encuentra esta Corte que la intelección o comprensión que el Tribunal hizo de las referidas normas sea equivocada, pues sin vacilación, se desprende que estas estipulan una presunción relativa o juris tantum, que admite prueba en contrario, y por ende, para ser desvirtuada, ***debe acreditarse por parte de la matriz o sus vinculadas, que el estado de liquidación obligatoria, fue ocasionado por causa diferente, en este caso, a la Federación Nacional de Cafeteros, sin que se colija de allí, que se exijan requisitos distintos, como desatinadamente lo pretende hacer ver el censor****; además, es evidente que el juez plural partió de la premisa, de que en el plenario no existían elementos de juicio que conllevaran a deducir cosa distinta, ello ante la falta de demostración de la entidad) controlante de que la liquidación ocurrió por circunstancias ajenas a su actuar"* (Subrayas y negrillas fuera del texto).

De esa manera, se tiene que sumado al poco esfuerzo probatorio desplegado por la Federación Nacional de Cafeteros, se puede establecer que al contar la misma con el 80% de la propiedad accionaria de la CIFM, ello le significó asumir una representación mayoritaria en su Junta Directiva, y por ende, controlar el poder decisorio de ese órgano conforme a lo establecido en el artículo 437 del Código de Comercio, por lo que las consecuencias favorables o adversas en materia económica de los actos ejecutados por la CIFM, son imputables a dicho ente por vía de acción u omisión.

Ahora bien, frente a la inconformidad que refiere la Federación en cuanto a que el Fondo Nacional del Café no es una persona jurídica, ni tiene personería para actuar, por cuanto se compone de un conjunto de contribuciones que se deben efectuar al momento de hacer exportaciones de café y además es administrado por la Federación, únicamente en los términos del contrato de administración, y en lo demás es dirigido por el Comité Nacional de Cafeteros conformado por una participación del 50% del Gobierno Nacional, con la capacidad de toma de decisiones del presidente de la República y otro 50% del gremio cafetero los bienes del Fondo Nacional del Café, se advierte que la Corte Constitucional, en sentencia SU-1023 de 2001, puso de presente:

"(…) Téngase en cuenta además que los recursos del Fondo Nacional del Café son administrados por la Federación Nacional de Cafeteros como persona jurídica y en virtud del contrato de administración firmado periódicamente con el Gobierno Nacional. Así mismo, la titularidad de las acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante están a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, en tanto es la Federación la persona jurídica, de derecho privado, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café, en virtud del señalado contrato de administración y debido a que el Fondo carece de personalidad jurídica propia.

A su vez, en torno a la naturaleza parafiscal de los recursos del Fondo Nacional del Café, se tiene que en la misma decisión de la Corte Constitucional, se decantó dicho aspecto, al concluir:

> "(…)*Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte, frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.*
>
> *Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso (…)"*

Lo explicado, resulta suficiente para concluir que hay lugar a confirmar la decisión de primer grado en cuanto declaró la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, como administrador del Fondo Nacional del Café.

Responsabilidad de Fiduprevisora S.A.- Al respecto se tiene que tal como se desprende de las decisiones de la Superintendencia de Sociedades, conforme al Contrato de Fiducia (Página 623, Cuad. 2, Archivo 1, Exp. Dig.), se observa que el objeto de este escapa de la condena que aquí se impone por concepto de cesantías habida consideración que el patrimonio autónomo que nació como consecuencia del encargo fiduciario sólo puede ser destinado para el pago de mesadas pensionales, de los aportes en salud y de auxilios funerarios, de modo que atendiendo a los expresos lineamientos contenidos en la sentencia SU-1023 de 2001 antes citada, será la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café la llamada a responder por las condenas impuestas en virtud de la responsabilidad subsidiaria declarada.

En consecuencia, se revocará sobre este aspecto la sentencia recurrida, por lo que Fiduprevisora SA quedará relevada del pago de las costas del proceso.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida 20 de agosto de 2021, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el entendido de **CONDENAR** a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, a pagar a JOSÉ BERNARDO PANCHE SÁNCHEZ, la suma USD 65.272 (sesenta y cinco mil doscientos setenta y dos dólares de los Estados Unidos de América) y $23.067.525 (veintitrés millones sesenta y siete mil quinientos veinticinco pesos M/cte), por concepto de cesantías. Por lo que se precisa, que será el trabajador quien determinará, si el componente en dólares de los Estados Unidos de América se liquida en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que se efectúe el pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a la FIDUPREVISORA S.A. de todas las pretensiones incoadas en el presente asunto por JOSÉ BERNARDO PANCHE SÁNCHEZ, por lo considerado.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eh_aciNK46xLi6mCyTwJBPABXmUkEqYMKDYUebqObzFXJw?e=sgpEeK

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7c56d113e91248eb098408335426e248c238a6576a70c22d412cd1401cd979ce**

Documento generado en 03/08/2022 11:44:22 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN.	11001 31 05 **038 2019 00592** 01
DEMANDANTE:	MARJORIE MARCELA HERNÁNDEZ ANDRADE
DEMANDADO:	HOTELES DECAMERON COLOMBIA SAS

Bogotá DC, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 9 de agosto de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre ella y Hoteles Decameron Colombia SAS, desde el 6 de septiembre de 2013 hasta el 30 de agosto de 2017, cuando fue despedida sin justa causa. En consecuencia, que se condene a la demandada al pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales causadas durante ese lapso; la indemnización prevista en el art. 65 del CST; la sanción moratoria por el no pago de las cesantías; la indemnización por despido sin justa causa; los descansos compensatorios y recargos dominicales causados durante la vigencia de la relación laboral, y los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, en salud y pensión.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que la relación laboral con la demandada inició el día 6 de septiembre de 2013; que el primer cargo que desempeñó fue el de "Liner" en la ciudad de Valledupar; que en marzo de 2014, fue trasladada a la ciudad de Montería en donde tuvo el mismo cargo; que en julio de 2014, fue trasladada al municipio de Caucasia, en donde se desempeñó como "Closer", cargo este que desempeñó también en las ciudades de Cartagena, Cúcuta, San Andrés, y Barranquilla como consecuencia de los traslados efectuados por la demandada en octubre de 2014, en noviembre de 2014, en marzo de 2015, y en septiembre de 2015; que en cada una de estas ciudades tuvo un superior jerárquico; que en enero de 2016, fue trasladada nuevamente a San Andrés, y en agosto de 2016 a Cúcuta, debido a su estado de embarazo y situación médica; que el 24 de enero de 2017 nació su hija, el siguiente 6 de febrero fue internada por preeclampsia debido a las complicaciones que presentó en el periodo de gestación, y en abril de 2017, finalizó su licencia de maternidad, por lo que solicitó su reintegro a la empresa.

Sostuvo, que el 28 de agosto de 2017 fue reintegrada a la sala de ventas de la Ciudad de Bogotá, último lugar donde prestó el servicio; que el 30 de agosto de 2017, fue despedida sin justa causa; que como Closer le pagaban unas comisiones del 4.5% sobre la venta, y si cumplía la meta de vender USD $40.000, le reconocían unos bonos; que en todas las salas de venta en donde estuvo tuvo que cumplir un horario de trabajo, cuya jornada iba de lunes a viernes, iniciaba a las 4:00 pm y finalizaba a las 10:00 pm, los fines de semana desde las 10:30 am hasta las 9:00 pm; y que, nunca le fueron reconocidos los días de descanso obligatorio o pago de compensatorios.

Dijo, que durante la vigencia de la relación laboral no le fueron pagadas las prestaciones y acreencias laborales a las que tenía derecho; que las partes acordaron como salario las comisiones; que en caso de que en un mes no alcanzara, por lo menos, lo equivalente a un salario mínimo, la empresa ajustaba el valor que recibiría a aquel; que el promedio del salario que devengó en el último año de servicios fue de $2.750.100, y que la demandada efectuaba las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre un valor inferior al devengado (Archivo n.º 1, pág. 2 - 11).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 24 de septiembre de 2019, ordenando su notificación y traslado a la demandada (Archivo n.º 1, pág. 133), quien dio respuesta en término oportuno.

Hoteles Decameron Colombia SAS - HODECOL SAS, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que entre ella y la actora no existió ni ha existido relación laboral alguna, sino un contrato comercial de prestación de servicios, en el que contaba con plena autonomía técnica y administrativa para la ejecución de los encargos, sin que en ningún momento hubiese estado sujeta a horarios o jornadas de trabajo, o hubiese tenido un jefe inmediato; que dicho vínculo contractual culminó por una decisión unilateral, libre y espontánea de la actora, y que por su naturaleza, no tenía la obligación de asumir el pago de las acreencias y prestaciones laborales pretendidas.

Formuló las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; prescripción, y buena fe (Archivo n.º 1, pág. 163 - 185).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 9 de agosto de 2021, declaró que entre la demandante y Hoteles Decameron Colombia SAS - Hodecol SAS, en condición de empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 6 de septiembre de 2013 y el 29 de agosto de 2017, en el cual percibió para cada anualidad la siguiente remuneración: para el año 2013 $6.813.620; para el 2014 $4.221.296; para el 2015 $10.753.944; para el año 2016 $20.066.047, y para el año 2017, $5.963.673, y como salario específico para cada mensualidad, los salarios relacionados en la tabla de salarios; condenó a la demandada a pagarle a la actora los siguientes valores: a) $41.100.419 por auxilio de cesantías; b) $2.883.032 por intereses de cesantías; c) $130.429.306, de sanción por no consignación de las cesantías del 2016 en un fondo; d) $13.604.614, por prima de servicios; e) $18.162.747, por compensación en dinero de vacaciones, y f) $143.128.152, por la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST; condenó a la demandada al pago de las diferencias de aportes con destino al Sistema General de Pensiones generadas entre lo cotizado al sistema y lo que debió haber cotizado, con base en el salario que realmente devengó la actora, entre el 6 de septiembre de 2013 y el 29 de agosto de 2017; la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra, y declaró probada la

excepción de prescripción propuesta respecto de los derechos causados con anterioridad al 29 de agosto de 2016, con excepción del auxilio de cesantías.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 6 de septiembre de 2013 y el 29 de agosto de 2017, para luego verificar si era procedente el pago de las prestaciones sociales, acreencias laborales, aportes al Sistema de Seguridad Social, e indemnizaciones reclamadas.

Estimó, que la demandada no logró desvirtuar la presunción prevista en el art. 24 del CST, debido a que los testimonios practicados daban cuenta de la existencia de un vínculo laboral con la actora, por cuanto se demostró que esta no desempeñó la labor de ventas para la que fue contratada de forma autónoma e independiente, y mucho menos por su cuenta y riesgo, sino bajo la subordinación de la encartada; y de la tacha del testigo William Santana, que éste dio razón de su dicho, sin que se advierta parcialidad hacia la demandante o animadversión por la demandada, por lo que su declaración debía ser valorada conjuntamente con las demás pruebas.

Esgrimió que se demostró que la actora fue contratada por Hoteles Decameron Colombia SAS en el desempeño de una actividad inherente al giro normal de sus negocios, en consideración a su perfil de vendedora, en la que la demandada era quien efectuaba toda la logística administrativa y la consecución de los clientes para luego remitirlos a las salas de ventas y luego la demandante, ofrecerles los paquetes vacacionales; que dicha actividad debía ser ejercida en cumplimiento de un horario programado por un jefe de sala de ventas, quien independientemente de la naturaleza de su vinculación contractual ostentaba la condición de representante del empleador frente a los vendedores, pues este imponía sanciones en caso de que estos se ausentaran, y era quien se encargaba de la asignación de clientes, y que la demandante, en los términos del art. 98 del CST, no constituyó por si misma una empresa comercial para ejercer como vendedora, hecho que reafirmaba la existencia de una relación laboral.

Para determinar el salario devengado por la actora por cada anualidad en la que estuvo vigente la relación laboral que se declaró, tuvo en cuenta una certificación bancaria allegada por Davivienda SA, el día 16 de marzo de 2018, en la que constaban las transferencias bancarias efectuadas por la demandada. Lo anterior, por cuanto los testigos declararon que lo que percibían como

comisión les era transferido a una cuenta inscrita con la referida entidad bancaria.

Al estudiar la excepción de prescripción alegada por la encartada, determinó que las prestaciones laborales y acreencias laborales causadas con antelación al 28 de agosto de 2016 se encontraban prescritas, como quiera que la demanda se radicó el 28 de agosto de 2019. No obstante, aclaró que como el término prescriptivo, cuando del auxilio de cesantías se trata, comienza a contarse a partir de la finalización del contrato de trabajo, la actora tenía derecho a las causadas por cada año de la relación laboral.

De otra parte, condenó a la demandada al pago de las indemnizaciones previstas en el art. 65 del CST y en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto consideró que actuó de mala fe, al sustraerse de su obligación de pagarle a la actora las acreencias laborales y cesantías a las que tenía derecho, pues era evidente que su vinculación en el cargo de agente vendedora fue de carácter laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** solicitó que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Adujo, que con las pruebas arrimadas al proceso, y con los testimonios practicados, incluso en favor de la demandante, no se demostró que esta prestara sus servicios de forma subordinada a Hoteles Decameron SAS. Ello, por cuanto se evidenció que la empresa jamás le impartió órdenes, instrucciones o directrices; no la sujetó a un reglamento interno de trabajo, y tampoco adelantó procesos disciplinarios en su contra, circunstancias son propias del elemento de subordinación de los contratos laborales.

Explicó que Hoteles Decameron Colombia SAS contrataba a personas especializadas en ventas, para la venta de unos paquetes específicos multivacacionales, que no solamente incluían a esa cadena hotelera; que los contratistas se organizaban entre sí; determinaban quien sería el "Jefe de Sala" de cada una de las salas de ventas, posiblemente acudiendo a criterios de antigüedad o de experiencia, pues la empresa jamás contrató a alguien para que ostentara ese cargo, y que los "liners", "closers" y "jefes de sala", nunca tuvieron una relación directa ni secundaria con la empresa.

Arguyó, que el *a quo* efectuó una interpretación errónea de lo dispuesto en el art. 98 del CST, debido a que la actora no se encontraba bajo una continuada dependencia respecto de Hoteles Decameron Colombia SAS; que era falso que la empresa trasladara a los contratistas de una ciudad a otra, pues la variación en el lugar de la prestación del servicio ocurría porque los contratistas, de forma independiente y autónoma decidían trasladarse, y que tal situación podía corroborarse con lo dicho por la actora en su interrogatorio de parte, quien manifestó que en los últimos meses de la vinculación comercial que sostuvo con la demandada, se radicó en Bogotá, y que como la ciudad no le gustó decidió irse para Bucaramanga en donde renunció por los problemas que tuvo con otros contratistas, situación que no es característica de una relación laboral, pues una decisión de este calibre en el marco de un contrato de trabajo generaría el despido con justa causa del trabajador o el inicio de un proceso disciplinario.

Dijo, que lo dicho por el testigo que manifestó haberse desempeñado como "jefe de sala" al servicio de la empresa, respecto a que si los "liners" o "closers" se ausentaban de la sala de ventas se les imponía una sanción era totalmente falso, máxime cuando no obraba prueba alguna dentro del expediente que demostrara la imposición de una sanción a la actora o a cualquier otro contratista por parte de Hoteles Decameron Colombia SAS; y que de ser cierto que a los contratistas se les imponía una sanción por ausentarse, la empresa no estaba enterada de esta situación, pues jamás le otorgó a los contratistas que se autodenominaban "jefes de sala" un poder subordinante o de representación, bajo el cual pudieran sancionar a los vendedores.

Agregó, que contrario a lo que adujo el *a quo* no se demostró dentro del proceso que la actora tuviera que cumplir un horario, pues tanto ella como el testigo que se autodenominó jefe de sala, manifestaron que si se ausentaban no generaban comisiones, sin referir otras consecuencias como lo sería, por ejemplo, la imposición de una sanción disciplinaria.

Y esgrimió, que resultaba curioso el hecho de que el *a quo* haya concluido que se configuró el elemento de subordinación en el vínculo que unió a las partes, con base en las declaraciones efectuadas por quienes se desempeñaron como contratistas de Hoteles Decameron Colombia SAS, pues la prueba de que existió un contrato de trabajo no podía consistir en lo dicho por ellos mismos.

De otra parte, solicitó que de declararse la existencia del contrato de

trabajo entre ella y la actora fuera absuelta de las sanciones previstas en el art. 65 del CST y el art. 99 de la Ley 50 de 1990, debido a que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la imposición de las mismas no es automática, pues previamente debe estudiarse si hubo mala fe por parte de la empresa.

Argumentó, que Hoteles Decameron Colombia SAS jamás trató de ocultar una relación laboral con la demandante, pues obró bajo el convencimiento de que la vinculación de esta se dio bajo una figura jurídica completamente viable, esto es, un contrato de prestación de servicios, respecto del cual la actora jamás manifestó inconformidad o queja alguna, pues incluso en su carta de renuncia manifestó que renunciaba al contrato de prestación de servicios que suscribió; y expresó también que los vendedores contratados por Hoteles Decameron Colombia SAS jamás han devengado las sumas exorbitantes que determinó el *a quo* que la demandante percibió, como lo son las comisiones de $10.000.000 y $20.000.000.

Finalmente, manifestó su inconformidad respecto de la condena de indexación sobre el valor que fue reconocido por concepto de intereses a las cesantías, tras explicar que la misma no tiene justificación jurídica conforme por lo dicho por la Corte Suprema de Justicia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 30 de agosto de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 2).

La parte demandada presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la sustentación del recurso de apelación, así como las razones de tacha del testigo William Santana (f.º 5 - 9).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, los problemas jurídicos en este asunto consisten en determinar ***i)*** si entre las partes existió un verdadero contrato de

trabajo entre el 6 de septiembre de 2013 y el 29 de agosto de 2017, y si como consecuencia de ello, había o no lugar a ordenar el reconocimiento y pago de las acreencias reclamadas; ***ii)*** en caso afirmativo, determinar si el salario con base en el cual se calcularon las prestaciones sociales y acreencias laborales a las que fue condenada la demandada es correcto ***iii)*** y si se acreditó la buena fe de la demandada que la exima del pago de las indemnizaciones previstas en el art. 65 del CST y en el art. 99 de la Ley 50 de 1990.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el 2° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, SL1420-2018, SL1081-2021, y SL781-2022).

En el presente caso, se tiene que el día 6 de septiembre de 2013, entre la demandante y Hoteles Decameron Colombia SAS, se celebró un contrato de prestación de servicios, como da cuenta la certificación emitida por dicha sociedad el día 11 de abril de 2014 (Archivo n.º 1, pág. 38), y fue admitido por la demandada al dar contestación a la demanda, pese a que el mismo no fue aportado; que las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios, cuya fecha y ciudad de suscripción se desconoce, como quiera que estos datos no fueron diligenciados en el documento, que tuvo como objeto contractual el siguiente: *"PRIMERA. OBJETO DE ESTE CONTRATO: EL VENDEDOR, quien manifiesta conocer perfectamente la actividad de ventas a desarrollar por parte de LA CONTRATANTE y a juicio de esta tiene el perfil requerido se compromete para con LA CONTRATANTE a utilizar lícitamente y en forma legal su capacidad profesional para comercializar el programa vacacional Multivacacionales Decameron, contando para ello con la autonomía técnica propia de su calidad de VENDEDOR PROFESIONAL."*, y que la relación contractual finalizó el día 29 de agosto de 2017, debido a la renuncia que presentó la actora en dicha data

(Archivo n.º 1, pág. 187 - 193), como lo admitió en su interrogatorio de parte, y lo corroboró el testigo William Iván Santana Suárez.

Por su parte, Walter Forero Jiménez, representante legal de la sociedad llamada a juicio, al absolver el interrogatorio de parte, confesó que la actora fue contratada para promocionar las ventas del programa vacacional *"Multivacacionales Decameron"*, mediante un contrato de prestación de servicios que inició en septiembre de 2013 y finalizó en septiembre de 2017, y que su labor era efectuada en las salas de ventas dispuestas por Hoteles Decameron Colombia SAS. Los extremos temporales del vínculo contractual fueron corroborados por el testigo William Iván Santana Suárez, y la prestación personal del servicio de la actora en favor de la demandada, tanto por este como por los testigos Luisa Fernanda Ariza Santiago, Blanco Miguel Pinto Escalante, Luis Jefferson Oliveros Riaño, y Yuliet Marina Padilla.

De las anteriores probanzas, es dable colegir que las labores encomendadas a la demandante eran desarrolladas de forma personal y, encontrándose acreditada la prestación personal del servicio, corresponde determinar si la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del CST, desvirtuando la existencia de subordinación laboral, demostrando que la labor se realizó de forma autónoma e independiente.

Resulta oportuno precisar que, aunque la demandada invocó el referido contrato de prestación de servicios para desvirtuar el vínculo de trabajo alegado, lo cierto es que este documento no permite evidenciar la manera como la demandante ejecutó realmente el servicio. Al respecto, como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que cuando se invoca la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, estos contratos simplemente dan prueba de su existencia, pero no de la forma en que se desarrollaron (SL1903-2021).

Ahora bien, en sentencia CSJ SL, 1 jul. 1994, rad. 6258, reiterada en sentencia CSJ SL3345 de 2021, la subordinación fue definida como *«la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente»*, lo que conlleva a que son la independencia y autonomía en la

ejecución del servicio, los aspectos medulares a los que debe dirigirse el esfuerzo probatorio para desvirtuar la existencia del elemento subordinación, y establecer si la naturaleza jurídica del vínculo es distinta a la laboral.

Así, advierte la Sala que la demandada no logró demostrar que la actora ejecutara el servicio para el que fue contratada de forma autónoma e independiente, según dan cuenta las pruebas decretadas y practicadas en el proceso.

El testigo **William Iván Santana Suárez**, manifestó haber sido contratado por Hoteles Decameron Colombia SAS entre el 2011 y el 2017, bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios, en el cargo de *"Jefe de sala"*, que en el 2013 la actora inició a laborar en la ciudad de Valledupar como *"liner"*, es decir, encargándose de motivar a los clientes o familias que llegaran a la sala de ventas para que compraran el paquete multivacacional ofrecido por la demandada, y que posteriormente se desempeñó como *"closer"*, esto es, concretando los negocios de venta; que debía cumplir un horario que iniciaba a las 4:00 pm y finalizaba a las 10 u 11 pm; que la jornada era de domingo a domingo, y que en caso de que ella se ausentara se le imponía una sanción que consistía en no atender en la sala de ventas por uno o dos días.

Refirió que la actora prestó sus servicios en varias ciudades de Colombia; que ello fue así porque la demandada les daba la alternativa de trasladarse siempre que se requieran closers en otros lugares; que en el desempeño de sus labores recibía instrucciones y capacitaciones del *"jefe de sala"*, y que la demandada suministraba tanto el inmobiliario como las demás herramientas requeridas para el ejercicio de las ventas, pues ellos únicamente aportaban su conocimiento.

La testigo **Luisa Fernanda Ariza Santiago**, afirmó que fue contratada por la demandada en el año 2013 para desempeñarse como *"liner"* en la sala de ventas de Valledupar; que allí conoció a la actora, quien también tuvo ese cargo; que para el desempeño de dicha labor recibían órdenes de sus superiores, como por ejemplo un *"closer"*; que debían cumplir un horario que iniciaba a las 4:30 pm, y finalizaba entre las 11 pm y 12 am, e iba de domingo a domingo; que como pago únicamente recibían comisiones las cuales eran transferidas a una cuenta del banco Davivienda, y que en ciertas ocasiones recibían bonificaciones, como

cuando lograban que el cliente pagara el 30% del paquete multivacacional, y que el *"jefe de sala"*, era el que asignaba los clientes que debían atender.

Indicó, que les era exigido mantener una presentación personal impecable, esto es ir en zapatos de tacón y con el cabello arreglado, y que únicamente los domingos podían ir en zapatos deportivos por ser su día de descanso.

En similares términos rindió su declaración **Bianco Miguel Pinto Escalante**, quien narró que prestó sus servicios para la demandada como *"Closer"*; que conoció a la actora en el 2013, en la sala de ventas ubicada en la ciudad de Valledupar, en donde tenía el cargo de *"liner"*; que coincidió con la demandante en las salas de ventas ubicadas en Barranquilla y Cúcuta; que debían cumplir un horario de lunes a viernes, que iniciaba a las 3 pm y finalizaba entre las 10 u 11 de la noche; que los fines de semana laboraban desde la 9 am hasta que se fuera la última familia; que recibían instrucciones de los jefes de sala, se les exigía puntualidad, y si llegaban a ausentarse de las salas de ventas debían presentar una constancia médica, y cuando no justificaban su ausencia eran suspendidos por los *"jefes de sala"*.

Indicó que tanto él como la demandante recibían comisiones como forma de pago por las ventas que generaran, y que esta laboró en varias ciudades del país debido a que la demandada disponía el traslado de los vendedores cuando se cerraban las salas de ventas en algunos lugares, que fue lo que aconteció cuando la actora fue trasladada de Valledupar a Cúcuta.

Los testigos fueron unánimes al afirmar que el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral se efectuaba mediante un descuento que hacía la demandada de lo que recibían por concepto de comisiones, lo que también fue admitido por el representante legal al absolver el interrogatorio de parte.

Ahora bien, respecto del argumento del recurrente, en cuanto a que el juez concluyó la existencia de la relación laboral con base en los testimonios decretados en favor de la parte actora, quienes también se desempeñaron como contratistas de Hoteles Decameron Colombia SAS, por lo que es claro que tienen un interés en las resultas del proceso en cuestión, debe decirse que para la Sala resulta acertado el análisis efectuado en primera instancia respecto a la tacha de sospecha formulada; así mismo, coincide con el criterio de la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha resaltado la importancia de la declaración de los compañeros de trabajo, empleados, o personas que tengan algún vínculo con la empresa convocada a juicio, más aún, cuando el objeto de lo debatido tiene que ver con el escenario laboral, como ocurre en el presente caso. Así, en sentencia CSJ, rad. 22842 de 30 de septiembre de 2004, reiterada en sentencia CSJ SL3160-2019, estimó lo siguiente:

> Empero, las reglas de la sana crítica no obligan a negarle credibilidad a un testigo por la sola circunstancia del interés que pueda en él existir, ya que difícilmente habrá un proceso laboral en el cual quienes declaran no tengan alguna relación o bien con el patrono, por ser empleados directivos o representantes del mismo frente a los demás trabajadores, o bien con el trabajador, por ser sus compañeros de labor o por la circunstancia de pertenecer al mismo sindicato. En un proceso laboral lo usual es que quienes rinden testimonio son las personas que conviven en la empresa y que entre sí tienen tratos de diferente índole, unos jerárquicos, otros de amistad, o al menos de compañerismo, e incluso relaciones inamistosas, por ser también natural que la convivencia pueda generar discordias o desavenencias, e incluso 'celos profesionales'.
>
> Por todos estos especiales motivos la labor del juez laboral en ejercicio de las amplias facultades que le confiere el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo debe ser especialmente cuidadosa, y debe por ello el juzgador extremar su prudencia y su buen juicio para no caer en el facilismo de negar credibilidad a un testigo por circunstancias que en procesos de naturaleza diferente serían motivo fundado para admitir una tacha o poner en serias dudas la franqueza y veracidad de lo declarado por el deponente" (Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de Casación Laboral del 4 de octubre de 1995. Radicado 7202).

Y es que lo dicho por los deponentes enunciados con antelación, fue corroborado por el testigo **Luis Jefferson Oliveros Riaño**, quien actualmente es empleado de Hoteles Decameron Colombia SAS, y fue decretado en su favor, pues este afirmó que la actora fue contratada para desempeñarse como "*liner"* o *"closer";* que recibía órdenes del jefe de sala de cada una de las salas de venta, quien le indicaba el horario en el que debía laborar; le asignaba los clientes o familias que debía atender; le concedía el permiso en caso de que le tocara ausentarse, y de ser necesario, ordenaba o solicitaba su traslado a otras salas de venta.

Agregó, que las salas de venta eran propiedad de la demandada; que los *"liners"*, *"closers"*, y "*jefes de sala"* hacían parte del área comercial de ella, y que estos eran vinculados mediante un contrato de prestación de servicios; de allí que resulte razonable deducir que Hoteles Decameron Colombia SAS, contrataba personas para que se desempeñaran como jefes de sala, y no que los contratistas eran quienes determinaban quién iba a ejercer esa labor, siendo un hecho desconocido por la empresa, como lo manifestó el recurrente, pues el testigo referido afirmó que en una época laboró como asistente administrativo en las

salas de venta, de lo que es posible inferir que le constaba el funcionamiento de las mismas.

Aunado a ello, de lo declarado por este testigo debe resaltarse que indicó que el área comercial de la empresa, aún cuando quienes la conformaban se vinculaban mediante un contrato de prestación de servicios, trabajaba para Hoteles Decameron Colombia SAS, e incluso señaló que la contratación de los *"liners"*, *"closers"* y *"jefes de sala"*, se daba por medio de una convocatoria organizada por dicha área, que era la que decidía a quién contratar, concretamente el jefe de sala, y que luego remitían esta información al área administrativa de la empresa, para que esta efectuara la vinculación de los contratistas.

De ello, es dable inferir que sí existía una relación directa entre la totalidad de los contratistas que hacían parte del área comercial de Hoteles Decameron Colombia SAS y esa sociedad, pues en todo caso la vinculación de los contratistas estaba sujeta al procedimiento que se surtiera en el área administrativa, y el jefe de sala debía informar a quién contrataría.

Por su parte, la testigo **Yuliet Marina Padilla Pérez**, quien actualmente se desempeña como analista administrativa de Hoteles Decameron Colombia SAS, afirmó que conoció a la actora en el 2014, debido a que esta fue trasladada a la sala de ventas de Cartagena por su jefe inmediato, quien también fue contratado por prestación de servicios, y que durante ese lapso le constaba que se desempeñó como *"liner"* o *"closer"*, corroborando así lo dicho por los testigos ya enunciados. No obstante, al indagársele sobre si había una consecuencia por motivo de que le actora se ausentara de la sala de ventas respondió que no.

Debe recordarse, que en virtud del principio de libre formación del convencimiento establecido en el art. 61 del CPTSS, el juez puede basar su decisión en aquellas pruebas que le ofrecen mayor credibilidad en desmedro de otras (CSJ SL1927 - 2021), siendo estas pruebas en el caso objeto de estudio, los testimonios de William Iván Santana Suárez, Luisa Fernanda Ariza Santiago, Bianco Miguel Pinto Escalante, Luís Jefferson Oliveros Riaño por haber sido espontáneos, coherentes, objetivos y pertinentes.

Así las cosas, del análisis conjunto del material probatorio, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS, atendiendo a las reglas de la sana

crítica y a la conducta procesal observada por las partes, considera la Sala que la demandada no logró desvirtuar la presunción de existencia de una relación laboral, así como la subordinación en la ejecución del servicio para el que fue contratada la demandante (art. 24 del CST), pues no se acreditó que aquella desempeñara la actividad para la que fue contratada de forma autónoma e independiente, al contrario, se evidenció que debía ejecutar sus funciones en las instalaciones de Hoteles Decameron Colombia SAS, y que no podía hacerlo en otro lugar; cumplía un horario específico; debía solicitar permiso para ausentarse; recibía instrucciones y capacitaciones del jefe de sala, quien también le imponía sanciones en caso de que se ausentara de forma injustificada, lo que denota la presencia de subordinación, y prestaba su servicio de forma exclusiva a la demandada, pese a que el recurrente afirmó que la actora vendía paquetes multivacacionales de otras cadenas hoteleras, teniendo en cuenta que ello fue desvirtuado con la confesión efectuada por el representante legal de la demandada, quien afirmó que la demandante estaba restringida para vender programas multivacaciones que representaran competencia para Hoteles Decameron Colombia SAS.

Y aún cuando la demandada insistió en que la labor para la que fue contratada la actora, fue desempeñada de forma autónoma e independiente, debido a que ella misma decidía si se trasladaba a otras ciudades, se comprobó que si bien si podía solicitar el traslado, el mismo estaba sujeto a lo que dispusiera el jefe de sala de cada ciudad y a la disponibilidad de cargos de *"closer"* en otras salas de venta.

Tampoco, desvirtúa la presunción prevista en el art. 24 del CST, el hecho de que los jefes de sala fueran vinculados por contratos de prestación de servicios, pues con los testimonios practicados se constató que el jefe de sala era igualmente contratado por Hoteles Decameron Colombia SAS; era quien decidía a quién se iba a contratar como "liner" o "closer", previo a la organización de una convocatoria; coordinaba la contratación con el área administrativa de Hoteles Decameron Colombia SAS; asignaba los clientes a los vendedores; les imponía sanciones en caso de que se ausentaran; les exigía el cumplimiento de un horario, y hacía parte del área comercial de la demandada que trabajaba para ella, hechos estos de los que es dable concluir que obraba como representante del empleador, independientemente de la naturaleza de su vinculación contractual, como de forma acertada lo adujo el *a quo*.

En consecuencia, se concluye que acertó el juzgador de primera instancia al declarar probada la relación laboral entre las partes, por lo que se **confirmará** la sentencia apelada en este aspecto, advirtiendo que los extremos temporales no están en discusión.

Salario. Como quiera que la parte demandada manifestó su inconformidad respecto de los valores que el *a quo* determinó que la actora percibió como salario, tras indicar que los vendedores contratados por Hoteles Decameron Colombia SAS jamás han devengado sumas de $10.000.000 y $20.000.000, habrá de determinarse si el salario con base en el cual se calcularon las prestaciones sociales y acreencias laborales, como consecuencia de la declaratoria de la relación laboral, es correcto.

Para determinar el salario devengado por la actora, el *a quo* tuvo en cuenta lo manifestado por el representante legal de la encartada en su interrogatorio de parte, en cuanto a que el pago por comisiones que recibían los vendedores se realizaba a través de una consignación que se efectuaba a una cuenta del Banco Davivienda SA registrada a su nombre, lo que también fue corroborado por la testigo Luisa Fernanda Ariza Santiago.

El día 5 de agosto de 2021, el apoderado de la parte demandante allegó los extractos bancarios de su cliente emitidos por Davivienda SA. Y al revisar los mismos, esta Sala pudo constatar que los extractos bancarios generados entre octubre de 2013 y agosto de 2017 fueron aportados en su totalidad (Carpeta 9, archivo 7, pág. 1 - 68).

No obstante, para establecer la asignación salarial que percibió la actora, el juez de primera instancia no se basó en los referidos extractos bancarios sino en una comunicación emitida por el Banco Davivienda SA, de 16 de marzo de 2018, dirigida a Jorge Alberto Arámbula Torres (Carpeta 9, archivo 7, pág. 69 a 75), en los siguientes términos:

> *"Reciba un cordial saludo de Davivienda. En relación al Derecho de Petición radicado ante nuestra entidad, en calidad de apoderado del señor José Julián Sarquis López identificado con Cédula No. 808801058 le informamos lo siguiente:*
>
> *A continuación informamos las transacciones que se realizaron a la cuenta n.º 457370108690 por el motivo de Abonos por transferencia de Fondos y Abonos por Pago de Proveedores entre agosto de 2009 a marzo de 2017".*

De lo anterior, se extrae que las transacciones que aparecen registradas en dicho oficio no fueron efectuadas en la cuenta de ahorro de la actora, pues el número de cuenta allí indicado no coincide con el consignado en los extractos bancarios generados a su nombre, además de que dicho oficio no estaba dirigido ni a ella ni a su apoderado; además, los valores consignados en los extractos bancarios de la actora, tampoco coinciden con los enlistados en el referido oficio.

De manera que se evidencia el error del *a quo* al calcular los salarios devengados por la actora con base en transferencias bancarias que jamás le fueron efectuadas, por lo que es claro que los valores que determinó el juez que la demandante devengaba como salario deben ser corregidos.

Ahora, como quiera que no hay forma de determinar a ciencia cierta los valores que la actora percibió como remuneración en vigencia de la relación laboral, por cuanto los testigos se limitaron a afirmar que el pago que recibía esta consistía en las comisiones que generaba por las ventas que lograba concretar, sin referir un promedio para cada anualidad, y ello tampoco puede ser determinado con base en los extractos bancarios generados a su nombre que obran en el expediente, pese a que en el escrito genitor se indicó que las transferencias efectuadas por la encartada a la demandante aparecen registradas como “Abono por transferencia de fondos” y/o “Abono por pago de proveedores”, lo cierto es que las transferencias realizadas por los aludidos conceptos pueden haber sido efectuadas por cualquier otra empresa o establecimiento comercial, sin que sea posible establecer a ciencia cierta quién los efectuó; motivo por el cual, para todos los efectos de esta sentencia se tendrá en cuenta el equivalente al valor del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, para calcular las acreencias laborales y prestaciones sociales a las que la actora tiene derecho.

Acreencias laborales. Excepción de prescripción. Al tenor de lo dispuesto en los arts. 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS, los derechos laborales prescriben pasados tres años contados a partir del momento en que la respectiva obligación se hizo exigible, término que se puede interrumpir por una sola vez con el simple reclamo escrito del trabajador al empleador para el reconocimiento de sus derechos debidamente determinados. Para el caso, el término de prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda, radicada el 28 de agosto de 2019 (Archivo n.º 1, pág. 132), si se tiene en cuenta que el auto que la admitió fue notificado a la demandada dentro del término previsto en el art.

94 del CGP, el 5 de noviembre de 2019 (Archivo n.º 1, pág. 162), y en consecuencia, se concluye que se encuentran afectadas por prescripción todas aquellas acreencias laborales causadas y exigibles más de 3 años antes de la presentación de la demanda, esto es, antes del 28 de agosto de 2016. Empero, se tendrá en cuenta la fecha establecida en primera instancia para el efecto, por cuanto no fue controvertida en la apelación, esto es, el 29 de agosto de 2016.

a) Del auxilio de cesantías - Para calcular el valor que le corresponde a la demandante por concepto de este auxilio, debe tenerse en cuenta que a partir de la sentencia CSJ SL, de 24 de agosto de 2010, rad. 34393, nuestro máximo órgano de cierre determinó que el término de prescripción se contabiliza desde el momento de la terminación del contrato de trabajo, por ser a partir de allí cuando se hace exigible esta prestación social, razón por la cual se concluye que no se encuentran afectadas por prescripción las cesantías causadas en vigencia del vínculo laboral. Al hacer las operaciones del caso y de acuerdo con los extremos temporales fijados y el salario antes determinado, se obtiene que la demandada le adeuda a la actora por auxilio de cesantía causado del 6 de septiembre de 2013 al 29 de agosto de 2017, la suma de **$2.627.879,62**:

Tabla de Liquidación de Cesantías desde 06/09/2013 al 29/08/2017			
Año	**Salarios**	**Días Laborados por periodo**	**Valor de las Cesantías**
2013	$ 589.500,00	115	$ 188.312,50
2014	$ 616.000,00	360	$ 616.000,00
2015	$ 644.350,00	360	$ 644.350,00
2016	$ 689.455,00	360	$ 689.455,00
2017	$ 737.717,00	239	$ 489.762,12
Valor de las cesantías			**$ 2.627.879,62**

b) De los intereses a las cesantías: Al efectuar las operaciones de rigor, se concluye que la demandada adeuda por los citados intereses no prescritos, esto es, sobre las cesantías de 2016 y 2017, la suma de **$121.752.32**:

Año	Valor de las cesantías	Días Laborados por periodo	Valor de los intereses a las Cesantías
2016	$ 689.455,00	360	$ 82.734,60
2017	$ 489.762,12	239	$ 39.017,72
Valor de los Intereses a las Cesantías			**$ 121.752,32**

b) De la prima de servicios: Por este concepto, a partir del segundo semestre de 2016, por cuanto las anteriores se encuentran prescritas, la suma de **$834.489,62**:

Año	Salario	Días Laborados por periodo	Valor de Prima de Servicios
2016	$ 689.455,00	180	$ 344.727,50
2017	$ 737.717,00	239	$ 489.762,12
Valor de las Primas de Servicios			**$ 834.489,62**

C) De las vacaciones: Respecto de las vacaciones, debe recordarse que como el art. 187 del CST, dispone que una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador le corresponde señalar la época de disfrute de oficio o a petición del trabajador, por lo que es a partir de la finalización de ese lapso, que las mismas se hacen exigibles, encontrándose prescrito únicamente el primer periodo causado de 2013 a 2014, puesto que el causado del 6 de septiembre de 2014 al 5 de septiembre de 2015, se hizo exigible el 6 de septiembre de 2016, y con la demanda se interrumpió oportunamente su término prescripción, así como el de los siguientes periodos causados hasta la finalización del vínculo. Se adeuda entonces por ese concepto, por un total de 1074 días laborados entre el 6 de septiembre de 2014 y el 29 de agosto de 2017, a razón de 15 días por año de servicio, teniendo en cuenta el último salario devengado, la suma de **$1.100.427,86**.

En consecuencia, habrá de modificarse el numeral **segundo** de la sentencia apelada.

De la indemnización prevista en el art. 65 del CST y la sanción moratoria contemplada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990 - Para establecer la procedencia de las aludidas indemnizaciones, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar en cada caso particular la

conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ sentencia SL12854 de 24 ago. 2016 rad. 45175).

En el caso en cuestión, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL3936-2018, en donde la Corte reflexionó «*Por tanto, la forma contractual adoptada por las partes no es suficiente para eximir de la sanción moratoria, en la medida que, igualmente, deben ser allegados al juicio otros argumentos y elementos que respalden la presencia de una conducta conscientemente correcta*».

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales expuestos, al efectuar un análisis pormenorizado de las pruebas recaudadas, esta Sala considera que no se encuentra acreditada la buena fe en el comportamiento de Hoteles Decameron Colombia SAS, en la vinculación de la demandante y durante el término en que se ejecutó la relación laboral, dadas las circunstancias establecidas en el proceso, en las que se desarrolló el vínculo contractual, no es posible determinar que obró bajo el convencimiento razonable de que la actora era una contratista genuinamente autónoma e independiente, y en consecuencia, no se evidencian razones atendibles para sustraerse de sus obligaciones como empleador, en el pago de prestaciones sociales durante la ejecución del vínculo laboral y a su terminación, así como para la omisión en la consignación del auxilio de cesantía en un fondo.

Es por lo anterior que habrán de confirmarse tales condenas, puesto que se estableció en el proceso que la demandada no consignó anualmente el auxilio de cesantías ni pagó a la terminación del contrato de trabajo las prestaciones sociales a que tenía derecho la demandante en condición de trabajadora. Empero, de conformidad con lo hasta aquí establecido, hay lugar a modificar la condena, teniendo en cuenta la decisión respecto al valor de los salarios establecidos para cada anualidad.

Para efectuar el cálculo de la sanción moratoria prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, debe precisarse que la misma se hace exigible el 15 de febrero de cada anualidad, respecto al auxilio de cesantía causado en el año inmediatamente anterior, pues antes de dicha data el empleador debe

consignarlo en el fondo de elección del trabajador, y de incumplir ese plazo, debe pagar un día de salario por cada día de retardo. Para su liquidación, ha de tenerse en cuenta el salario base de liquidación de cada auxilio de cesantía que origina la sanción moratoria por la omisión en su consignación, sin que en ningún caso se cause de manera concomitante o simultánea, con la misma sanción por el siguiente periodo de causación del derecho o con la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST.

Así mismo, atendiendo a que se encuentran prescritas las acreencias laborales causadas con anterioridad al 29 de agosto de 2016, conforme a lo cual en primera instancia se condenó únicamente al pago de la sanción por falta de consignación de las cesantías del año 2016, a partir del 15 de febrero de 2017, sin controversia al respecto por la parte actora, se concluye que hay lugar a ordenar su pago desde esa fecha, teniendo como salario la suma de $689.455, y hasta el 29 de agosto de 2017, cuando terminó el vínculo laboral que unió a las partes, por cuanto a partir de ese momento lo que procedía no era la consignación de las cesantías, sino su pago directo a la trabajadora, junto con la liquidación final de prestaciones sociales; de donde se concluye que por concepto de sanción moratoria contemplada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, la demandada deberá reconocer a la actora 195 días de salario, equivalentes a la suma de **$4.481.458,** y en este sentido se **modificará** la condena impuesta en el **literal c)** del **numeral segundo** de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

Respecto a la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del CST, dispone la norma que si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no ha pagado al trabajador los salarios y prestaciones debidos, debe pagarle una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, y en este caso, teniendo en cuenta que no se acreditó salario superior al mínimo legal mensual vigente, hasta que se produzca el pago efectivo de tales conceptos. En consecuencia, a la demandante le asiste derecho al pago de la indemnización moratoria desde el 30 de agosto de 2017, a razón de **$24.590,57** diarios y hasta que se produzca el pago de las prestaciones sociales ordenadas, y en ese sentido se **modificará el literal f) del numeral segundo** de la decisión recurrida.

Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,**

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 9 de agosto de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **DECLARAR** que durante la relación laboral que existió entre HOTELES DECAMERON COLOMBIA SAS y MARJORIE MARCELA HERNÁNDEZ ANDRADE, éste percibió una remuneración mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** a HOTELES DECAMERON COLOMBIA SAS a pagar a MARJORIE MARCELA HERNÁNDEZ ANDRADE, las sumas que a continuación se indican:

a) **$2.627.879,62**, por concepto de **auxilio de cesantías**.
b) **$121.752,32**, por concepto de **intereses a las cesantías.**
c) **$4.481.458,** por concepto de **sanción por no consignación de las cesantías del año 2016.**
d) **$834.489,62**, por concepto de **primas de servicios.**
e) **$1.100.427,86,** por concepto de compensación de **dinero en vacaciones**.
f) **$24.590,57 diarios,** hasta el pago de las prestaciones sociales ordenadas, por concepto de **indemnización prevista en el art. 65 del CST**.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada, en cuanto a que el salario base de cotización al sistema general de pensiones, durante la vigencia de la vinculación laboral, es equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, con base en el cual, habrán de hacerse los ajustes que resulten pertinentes, si a ello hay lugar.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EleIPThO6IZEsPE3vS0UkXcBaUDbNJipQCUjkmTQAeCS8g?e=rU8MVA

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3a896e447bf5b9ead92cbeebc812fc97f27176a829c1ee252487aa23dd99cf8c**
Documento generado en 03/08/2022 11:51:55 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **039 2020 00139** 01
DEMANDANTE:	ÁNGEL FIDALGO ARIZA ARIZA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá DC, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido, dada la discapacidad de su hijo Cristian Mauricio Ariza Romero. En consecuencia, que se condene a la demandada, al pago de dicha prestación económica; del retroactivo pensional causado a partir del 7 de septiembre de 2018, y de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 8 de abril de 1968; que es padre de Cristian Mauricio Ariza Romero, quien nació el 21 de junio de 1993; que su hijo padece epilepsia y retardo mental moderado, además de otras patologías; que tiene una pérdida de capacidad

laboral del 60%, y depende económicamente de él; que contrajo matrimonio con Nelly Rubiela Romero Romero, madre de Cristian Mauricio Ariza Romero, quien actualmente no convive con ellos debido a que vive con sus padres y debe responder económicamente por estos, por lo que se encuentra imposibilitada para asistir a su hijo, y que por este motivo, desde el 5 de octubre de 2019, es él quien se ha dedicado al cuidado exclusivo de Cristian Mauricio Ariza Romero las 24 horas del día, y de lunes a domingo.

Sostuvo, que cuenta con más de 1455 semanas cotizadas en el sistema de seguridad social en pensiones; que el 7 de septiembre de 2018 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo en estado de discapacidad; que mediante Resolución n.º SUB 318104 del 5 de diciembre de 2018, dicha prestación le fue negada bajo el argumento de que no acreditaba la condición de padre cabeza de familia en los términos del art. 2º de la Ley 82 de 1993, y la sentencia C - 034 de 1990; que interpuso los respectivos recursos de ley contra la decisión, en donde indicó que la condición de padre cabeza de familia no es requisito para el reconocimiento de la pensión solicitada, y que pese a ello la decisión fue confirmada en Resolución n.º SUB 15088 de 18 de enero de 2019.

Finalmente indicó, que por la decisión de Colpensiones se vio obligado a continuar laborando para poder proveer el sustento económico tanto de él como de su hijo, y procurar que este último viva en condiciones dignas (Archivo n.º 1, pág. 3 - 13).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió el 3 de julio de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Archivo n.º 1, pág. 64 - 65), quien dio respuesta oportunamente.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Señaló que el demandante no cumple con los requisitos dispuestos en el inciso 2º del parágrafo 4º del art. 9º de la Ley 797 de 2003, por lo que no le asistía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido; que en el expediente administrativo del actor obraba declaración

extra juicio del 4 de septiembre de 2018, ante el notario 17 del Círculo de Bogotá DC, en la que declaró que es casado con Nelly Rubiela Romero Romero, quien conforme a la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud - ADRES es cotizante activa en pensión y salud, lo que desvirtuaba la acreditación del requisito de padre cabeza de familia establecido en sentencia SU - 388 de 2005, tras no haberse demostrado que su cónyuge se encontrara física, sensorial, síquica o moralmente incapacitada para asistir a su hijo, y sí, que cuenta con el apoyo emocional, afectivo y social de ésta.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado; prescripción; cobro de lo no debido; buena fe; no configuración del derecho al pago del IPC, ni reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Archivo n.º 2, pág. 1 - 16).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a encontrarse debida y legalmente notificada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 2 de septiembre de 2021, declaró que el señor Ángel Fidalgo Ariza Ariza es beneficiario de la pensión de vejez especial anticipada por hijo en estado de invalidez, conforme al parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el art. 9 de la Ley 797 de 2003; condenó a la demandada al pago de la prestación a partir de la fecha de desvinculación laboral, en cuantía inicial de $828.116, con los respectivos reajustes anuales; retroactivo pensional causado desde el 1º de noviembre de 2019 y hasta que se incluyera en nómina, que a 31 de agosto de 2021, ascendía a la suma de $21.163.995; intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 1º de noviembre de 2019, hasta que se efectúe el pago; negó la indexación, y declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

Consideró que los problemas jurídicos a resolver consistían en

determinar *i)* si el actor cumplía con los requisitos necesarios para el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido; *ii)* si le asistía el derecho al pago del retroactivo pensional, *iii)* y verificar si era procedente el pago de los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 o de la indexación de todas y cada una de las mesadas pensionales que se reconocieran.

Estimó, que el demandante cumplía con los requisitos dispuestos en el parágrafo 4º del art. 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que tenía derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez allí consignada, pues con las pruebas arrimadas al proceso se acreditó que cotizó más allá del mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, esto es, un total de 1460 semanas; que su hijo Cristian Mauricio Ariza Romero, tiene una invalidez debidamente calificada, y que era dependiente de él, por cuanto se demostró que el demandante es quien se dedica a propender por el cuidado personal de su hijo, así como de su sustento económico.

Dijo, que la prestación económica debía ser reconocida a partir del 1º noviembre de 2019, debido a que su última cotización al sistema de seguridad social en pensiones data del 31 de octubre de la misma anualidad, y en esa fecha dejó de laborar, y no a partir de la fecha en que elevó la solicitud pensional, esto es, el 7 de septiembre de 2018. Ello, tras considerar que la finalidad de la aludida norma no es beneficiar de manera directa al trabajador afiliado, sino la protección de la persona inválida que depende económicamente de él, como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Respecto a la excepción de prescripción, esgrimió que no transcurrió el término trienal de que trata el art. 488 del CST y el 151 del CPTSS, entre el momento en que el actor dejó de cotizar y se hizo exigible la prestación (31 de octubre de 2019), y en el que se presentó la demanda (5 de marzo de 2020), por lo que no había lugar a declararla.

Finalmente adujo que había lugar a reconocer los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas pensionales causadas a partir del 1º de noviembre de 2019, por lo que negó la pretensión

relacionada con la indexación por ser dichos rubros incompatibles entre sí.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación respecto de la decisión de la *a quo* de reconocer el retroactivo pensional a partir del 1° de noviembre de 2019, fecha en la que se demostró que se desvinculó de la fuerza laboral y no desde el 7 de septiembre de 2018, data en la cual elevó la solicitud pensional.

Manifestó que debía tenerse en cuenta que la conducta renuente en la que incurrió Colpensiones al negar el reconocimiento pensional deprecado por el actor, cuando ya contaba con los requisitos para acceder al mismo, lo obligó a seguir cotizando y a seguir vinculado a la fuerza laboral mientras se resolvían los recursos interpuestos contra la decisión que negó la prestación, para así garantizar tanto el mínimo vital de su hijo discapacitado como el de él.

En este orden, pidió que se aplicara la regla jurisprudencial dispuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que indica que en los eventos en que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de una conducta renuente de la entidad de seguridad social de reconocerle la pensión solicitada en tiempo, la prestación debe reconocerse a partir de la fecha en que se acreditaron los requisitos, que en este caso corresponde al 7 de septiembre de 2018.

Finalmente solicitó que se tuviera en cuenta la declaración extra juicio que rindió el actor, en donde expresó de forma clara, precisa y concreta su decisión inequívoca de desafiliarse del sistema de seguridad social en pensiones.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió que no compartía la decisión de la *a quo,* que el demandante no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por hijo inválido; que no resultaba claro que aquel fuera quien proporcionara el sustento económico de su núcleo familiar aún sin estar

laborando, cuando manifestó que lo hacía junto con su esposa; y que tampoco era creíble el hecho de que él y su cónyuge hayan permanecido casi tres años sin trabajar, y hubiesen logrado su manutención por ese lapso dedicándose únicamente al cuidado de su hijo, el actor, y de sus suegros, la señora Nelly Rubiela Romero Romero, teniendo como único ingreso unos ahorros; y que, no era claro el motivo por el cual la señora Nelly Rubiela Romero no se encargaba del cuidado de Cristian Mauricio Ariza Romero, mientras su esposo laboraba para proveer el sustento económico.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 1° de septiembre de 2021 se admitió el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y los recursos de apelación interpuestos por las partes y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar (f.° 2).

La demandada presentó las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y en la sustentación del recurso de apelación (f.° 5 - 6).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, los problemas jurídicos en este asunto consisten en determinar ***i)*** si al actor le asiste derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo inválido prevista en el inciso 2° del parágrafo 4° del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9° de la Ley 797 de 2003; ***ii)*** de ser así, establecer la data desde la cual debe ser reconocido el retroactivo pensional, y ***iii)*** y si hay lugar al pago de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que ***i)*** el actor nació el 8 de agosto de 1968 (Archivo n.° 1, pág. 41); ***ii)*** en toda su vida laboral acumuló un total de 1.460 semanas cotizadas, conforme con la historia laboral expedida por Colpensiones el día 13 de abril de 2021 (Expediente

Administrativo, archivo n.º 4); ***iii)*** tiene un hijo llamado Cristian Mauricio Ariza Romero, nacido el 21 de junio de 1993 (Archivo n.º 1, pág. 14 - 15), a quien se le determinó una pérdida de capacidad laboral de 60% de origen común, estructurada desde su nacimiento (Archivo n.º 1, pág. 35 - 38) ***iv)*** el 7 de septiembre de 2018, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de una pensión especial de vejez por hijo inválido, la cual le fue negada mediante Resolución n.º SUB 318104 de 5 de diciembre de 2018 (Archivo n.º 1, pág. 19 - 26), **v)** y dicha decisión fue confirmada en la Resolución SUB 15088 de 18 de enero de 2019, (Archivo n.º 1, pág. 28 - 33), y en la Resolución DIR 1380 del 5 de febrero de 2019 (Archivo n.º 4, Expediente Administrativo), al resolver los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el acto administrativo que le negó la prestación deprecada.

De la pensión especial de vejez por hijo inválido - El inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 33 de la Ley 100 de 1993, establece como requisitos para la causación de la pensión especial de vejez por hijo inválido los siguientes: i) que la madre o el padre del hijo que padezca invalidez física o mental, haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos, el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; ii) que el hijo sufra una invalidez física o mental debidamente calificada; iii) y que la persona discapacitada sea dependiente económicamente de su madre o padre, según sea el caso.

Igualmente, la norma en mención establece como condición de permanencia de la referida prestación, i) que el hijo mantenga las condiciones de afectado por invalidez y dependiente de la madre o el padre, ii) y que su progenitor no se reincorpore a la fuerza laboral.

Así, en sentencia CSJ SL785-2013, reiterada en sentencia CSJ SL1790-2018, nuestro máximo órgano de cierre recordó que la finalidad de la aludida prestación consiste en proveer al padre o madre trabajador (a) que tengan hijos afectados por una situación de invalidez física o mental que dependan de ellos, *"el ingreso que les permita retirarse anticipadamente de la fuerza laboral, a fin de que puedan dedicar su actividad a la atención y cuidado de estas personas colocadas en situación de debilidad manifiesta, para facilitar su rehabilitación y desarrollo dentro del marco de una vida digna."*

En este orden, se observa que el actor cumple dos de los requisitos establecidos en la ley para acceder a la pensión especial de vejez por hijo inválido, por cuanto efectivamente acreditó el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para el reconocimiento de la pensión de vejez, y porque su hijo padece una invalidez debidamente calificada; supuestos fácticos que fueron admitidos por Colpensiones al dar contestación a la demanda. Así, le corresponde a esta sala determina si se acreditó que Cristian Mauricio Ariza Romero depende económicamente del demandante, teniendo en cuenta que Colpensiones mediante Resolución n.º SUB 318104 de 5 de diciembre de 2018, confirmada en su totalidad en las resoluciones SUB 15088 de 18 de enero de 2019, y DIR 1380 del 5 de febrero de 2019, esgrimió que el actor no acreditó este requisito por no haber demostrado su condición de padre cabeza de familia.

Al respecto, debe recordarse que nuestro máximo órgano de cierre ha reiterado que para el reconocimiento de la pensión especial en controversia, no pueden demandarse requisitos adicionales a los previstos en la ley; de manera que no puede exigírsele al progenitor a cargo del hijo inválido que acredite la calidad de padre o madre cabeza de familia, pues ello implicaría que su descendiente dependiera económicamente y de forma exclusiva de él. De ahí que la dependencia económica a la que se refiere la disposición, deba observarse en los términos de la obligación de manutención de los hijos menores o incapacitados, que se encuentra en cabeza de ambos padres, tal y como lo consagra el numeral 7º del art. 42 de la CP (CSJ SL17898 - 2016, CSJ SL1991-2019 y CSJ SL3772-2019).

Ahora bien, la testigo **Lydi Ariza Ariza**, quien manifestó ser prima y vecina del demandante, narró que está casado con Nelly Rubiela Romero Romero; que el hijo de su primo, Cristian Mauricio Ariza Romero, sufre de ataques epilépticos y nació con la discapacidad que actualmente padece; que la pareja vivió hasta hace dos años en la ciudad de Bogotá DC, pero que se trasladó a la vereda Ojo de Agua - Santander, debido a que los padres de Nelly Rubiela Romero Romero son personas de la tercera edad que requieren de una persona que siempre esté pendiente de ellos, y que por este motivo, el demandante tuvo que renunciar a su trabajo como vigilante en la capital para dedicarse completamente al cuidado de su hijo en esa vereda. También indicó la testigo, que el actor y su cónyuge se repartían los gastos del hogar, pues el primero asumía lo que tenía que ver con

alimentación y vestuario, y la segunda se encargaba de pagar las cuotas de un apartamento que adquirieron.

En similares términos rindió su declaración la testigo **Olga María Mateus Ardila**, cuñada del demandante, quien manifestó que él y su cónyuge siempre vivieron en Bogotá, en donde el actor laboraba para una empresa de seguridad como vigilante; que hace dos años se trasladaron a la vereda Ojo de Agua - Santander, debido a que los padres de Nelly Rubiela Romero Romero son personas de la tercera edad que requieren de cuidado, y que por esta situación es el actor quien actualmente se encarga de asistir a su hijo.

Al indagárseles sobre quién estaba a cargo del cuidado total de Cristian Mauricio Romero, las declarantes afirmaron de manera unánime que la pareja se turnaba para ello dependiendo de si debían laborar o no, y que en caso de que ninguno de ellos pudiera asistir a su hijo acudían a una tercera persona a la cual le pagaban para que realizara esta labor. Igualmente manifestaron que durante la permanencia de la pareja en Bogotá, mientras que el actor laboraba como vigilante, su esposa trabajaba en temas relacionados con costura y confecciones.

Las declaraciones aludidas, además de haber sido rendidas en forma clara y responsiva, dan cuenta de que el demandante asume la manutención de su hijo y los cuidados del mismo junto con su esposa, luego es claro que está demostrada la dependencia económica requerida. Igualmente, quedó demostrado que actualmente el demandante es quien, en mayor medida, asume el cuidado de su hijo discapacitado como quiera que la madre debe hacerse cargo de sus padres.

Así las cosas, bajo las reglas de la experiencia y la sana crítica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, considera esta sala que, con el material probatorio analizado de manera conjunta y global, se acreditó la dependencia económica de Cristian Mauricio Ariza Romero, respecto del demandante, por lo que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo inválido, y en consecuencia, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada y consultada en este aspecto.

De la fecha en que debe ser reconocida la pensión especial de vejez por hijo inválido - Advierte la Sala que se confirmará la decisión de la *a quo* al respecto, esto es, el disfrute de la prestación a partir del 1º de noviembre de 2019, por haber ocurrido la desafiliación del actor del sistema el día 31 de octubre de la misma anualidad.

Lo anterior por cuanto nuestro máximo órgano de cierre ha reiterado que solo a partir de la desafiliación del asegurado del sistema general de pensiones es dable que comience a percibir la pensión de vejez, de acuerdo con lo consignado en los arts. 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad. Entonces, si bien la pensión de vejez se causa una vez reunidos los requisitos de edad y densidad de semanas, en este caso únicamente el segundo requisito dado el carácter especial de la pensión aquí solicitada, su disfrute inicia desde la desafiliación o desvinculación del sistema pensional.

Ahora, sostiene el demandante en su recurso de apelación que si efectuó cotizaciones hasta el 31 de octubre de 2019, fue porque se vio conminado a hacerlo, ante la negativa de la demandada de reconocerle la prestación pese haber cumplido con la totalidad de requisitos el 7 de septiembre de 2018, apreciación que no comparte esta Sala por los motivos que se explicarán a continuación.

Es cierto que la Corte ha precisado que existen situaciones especiales de las que se puede inferir que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada en tiempo, y en tales casos, la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ sentencias SL, del 6 de jul. 2011, rad.38558 SL5603-2016, SL9036, SL15559, SL11005, SL11895, y SL17388 de 2017 y SL415-2018).

No obstante, no puede perderse de vista que la pensión en comento constituye un beneficio en favor del padre o madre trabajador(a), que tenga a su cargo hijos afectados por una situación de invalidez, bien sea física o mental, y que dependan económicamente de ellos, consistente en que el progenitor/a pueda retirarse anticipadamente de la fuerza laboral a efectos de que se dedique al cuidado de sus descendientes sin que se vea privado de los

recursos que les permitan su sostenimiento; es decir, este beneficio fue instituido en favor del padre o madre que se encuentre en las condiciones descritas, y no del trabajador como tal, lo que se reafirma con el hecho de que la misma normativa sea la que estipule que el beneficio se suspenderá en caso de que el padre o la madre trabajador (a) se reincorpore a la fuerza laboral, pues ello significaría o que el descendiente dejó de tener la condición de afectado por invalidez o de dependiente del padre o madre trabajador/a, de donde se deriva la incompatibilidad de la prestación con la percepción de salarios o ingresos laborales.

Aclarado lo anterior, en el presente caso se observa que el demandante elevó la solicitud pensional el día 7 de septiembre de 2018, data en la que se encontraba laborando para Key Stell Security, por cuanto las cotizaciones efectuadas al sistema de seguridad social en pensiones fueron realizadas por dicha sociedad, como da cuenta la historia laboral aportada por Colpensiones actualizada a 13 de abril de 2021 (Expediente administrativo, archivo n.º 4), y que desde la fecha de solicitud (7 de septiembre de 2018) hasta el 31 de octubre de 2019, las cotizaciones fueron realizadas de forma ininterrumpida.

De ello, es dable inferir que en el lapso comprendido entre el 7 de septiembre de 2018 y el 31 de octubre de 2019, no fue necesario que el actor se retirara de forma anticipada de la fuerza laboral a efectos de propender por el cuidado de su hijo inválido, por cuanto dicha labor podía ser ejercida tanto por él como por su esposa, como lo confesó en su interrogatorio de parte al afirmar que cuando no tenía turno laboral se encargaba de su hijo, y fue corroborado por las testigos Lydi Ariza Ariza y Olga María Mateus Ardila, quienes indicaron que el actor y su cónyuge se turnaban en el cuidado de Cristian Mauricio Ariza Romero.

Y es que la situación cambió solo hasta el momento en que la pareja se tuvo que trasladar a la vereda Ojo de Agua - Santander, como quiera que la cónyuge del actor tuvo que hacerse cargo de sus padres debido a su avanzada edad, por lo que ya no les era posible velar por la manutención de su hijo de forma mancomunada, lo que llevó a que el actor se retirara de la fuerza laboral el 31 de octubre de 2019 como lo confesó en el interrogatorio de parte.

Por lo expuesto, considera esta Sala que la prestación debía ser reconocida desde el 1° de noviembre de 2019, como en efecto se hizo, pues ordenar su pago a partir del 7 de septiembre de 2018 implicaría desdibujar la verdadera finalidad de la pensión especial de vejez por hijo inválido, y desconocer la incompatibilidad manifiesta entre el goce de esta y la permanencia en el mercado laboral, debiendo **confirmarse** también en ese aspecto la decisión apelada y consultada.

Respecto de la excepción de prescripción se precisa que, como lo estableció la primera instancia, no tiene vocación de prosperidad, debido a que la pensión debe pagarse a partir del 1° de noviembre de 2019, y la demanda fue radicada el 5 de marzo de 2020 (Archivo n.° 1, pág. 63), sin que entre una y otra fecha haya transcurrido el término trienal establecido en el art. 151 del CPTSS.

Finalmente, en cuanto a la suma adeudada por concepto de retroactivo pensional, esta Sala evidenció que el retroactivo pensional causado del 1° de noviembre de 2019 al 31 de agosto de 2021, asciende a la suma de $21.163.995, tal como lo determinó la juez de primer grado.

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el art. 283 del CGP, aplicable por expresa remisión del art. 145 del CPTSS se modificará la sentencia en el sentido de extender la referida condena hasta la mesada de julio de 2022, fecha de la presente providencia, la cual asciende a la suma de $32.706.625, así:

AÑO	MESADA	No. MESADAS	SUBTOTAL
2019	$828.116,00	3	$2.484.348
2020	$877.803,00	13	$11.411.439
2021	$908.526,00	13	$11.810.838
2022	$1.000.000,00	7	$7.000.000
		TOTAL	**$32.706.625**

Intereses moratorios art. 141 L. 100 de 1993 - En lo que tiene que ver con los intereses moratorios, debe decirse que estos réditos sí son procedentes por dos razones; (i) porque se trata de una pensión especial de vejez por hijo inválido reconocida con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; (ii) y porque la demandada incumplió el término previsto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 para reconocer la pensión

deprecada por el actor, que corresponde a cuatro (4) meses contados después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, teniendo en cuenta que la misma fue elevada el 7 de septiembre de 2018; empero, resultan procedentes a partir del 1º de diciembre de 2019, fecha en la que se hace exigible la primera mesada pensional que se ordenó pagar, encontrándose vencido el citado término para resolver la solicitud, sin que se presente alguna de las hipótesis de exoneración de tales réditos (CSJ SL787-2013, CSJ SL4611-2015 y CSJ SL607-2017), por lo que se confirmará la condena, **modificando** la fecha a partir de la cual hay lugar al pago de los intereses moratorios.

Finalmente, se autoriza a la entidad demandada a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 143 inc. 2°, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, y por ello la sentencia de primer grado será **adicionada** en ese sentido.

Sin costas en esta instancia ante su no causación, se confirman las de primer grado.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a pagar en favor de Ángel Fidalgo Ariza Ariza, el retroactivo pensional causado desde el 1º de noviembre de 2019, y hasta que se incluya en nómina, el cual, a 31 de julio de 2022, asciende a la suma de **$32.706.625**, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a CONDENAR al pago de los intereses moratorios a

partir del 1° de diciembre de 2019, sobre las mesadas pensionales adeudadas y hasta su pago efectivo, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 11 de mayo de 2021, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de autorizar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a descontar de las mesadas pensionales ordenadas, el porcentaje correspondiente al aporte para el sistema de seguridad social en salud, por las razones expuestas.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

SEXTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EpW6uAgPmVhCoePUjAuoXk4B9o6X6RWvGE_1NX6tBpvqcQ?e=8wQsWG

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f054e63f8aba210cb05a5775267dd08d627295909ca3a9c58ce48ee61fbdf8be**

Documento generado en 03/08/2022 11:51:55 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN.	11001 31 05 **009 2019 00651** 01
DEMANDANTE:	EDWARD FREUD SOLER GANTIVA
DEMANDADO:	PBR TECHNOLOGY SAS y LUIGI DAMETTO

Bogotá DC, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre él y PBR Technology SAS, desde el 1 de septiembre de 2017 hasta el 26 de marzo de 2019, cuando terminó sin justa causa; que se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, prestaciones sociales y vacaciones causadas en vigencia del vínculo, teniendo como base un salario de $3.000.000; indemnizaciones moratorias del art. 65 del CST y por no consignación de las cesantías, e indexación de los valores hasta el pago; y que, se condene de manera solidaria a LUIGI DAMETTO.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 1 de septiembre de 2017, celebró un contrato de trabajo verbal para desempeñarse de forma exclusiva en el cargo de revisor fiscal; que se le exigía presentar cuentas

de cobro y pago de la seguridad social; que su jornada laboral era de 8 am a 5pm, laboró de manera ininterrumpida, en la calle 98 A n.° 61-62; que el contrato finalizo sin justa causa por parte del empleador, mediante comunicación del 26 de marzo de 2019, bajo el argumento de que el trabajador no se adaptó a las condiciones laborales y presentó conflictos con sus compañeros; no se le realizó un proceso disciplinario ni recibió llamados de atención.

Dijo, que el salario le fue cancelado mensualmente en cuantía de $3.000.000; al finalizar el vínculo no le fueron abonadas las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa; que el 27 de marzo de 2019 le fue presentada una liquidación definitiva de contrato por la suma de $3.243.545, la que fue pagada el 18 de abril del mismo año junto con el último salario (f.º 154 - 175).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 17 de octubre de 2019, ordenando su notificación y traslado a los demandados (f.º 34), quienes dieron respuesta conjunta a la demanda, en término oportuno.

Los demandados se opusieron a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyeron, que el actor se vinculó mediante un contrato de prestación de servicios para desempeñar el cargo de revisor fiscal desde el 1 de septiembre de 2017 y hasta el 28 de febrero de 2019, labor que fue desarrollada con total autonomía e independencia, y que por la naturaleza del vínculo contractual que lo unió con el actor, no tenía derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales, acreencias laborales. Aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 01 y el 26 de marzo de 2019, para desempeñar el cargo de revisor fiscal con una remuneración mensual de $3.000.000 y bajo el cumplimiento del horario laboral. La razón que dio lugar a finiquitar este último vínculo fue que el actor no se adaptó a la compañía y no cumplió con las tareas encomendadas, adicionaron que el contrato finalizó dentro del periodo de prueba; la demandada PRB Technology SAS formuló la excepción de cobro de lo no debido (f.º 52), y el demandado Luigi Dametto formuló la excepción de falta de legitimación por pasiva (f.º 50 - 51).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 2 de septiembre de 2021, declaró que entre Edwar Freud Soler Gantiva y PBR Technology SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo como extremos del 01 al 26 de marzo de 2019; que el salario que devengó el actor fue de $3.000.000; que el cargo desempeñado fue el de Revisor Fiscal. Condenó a la demandada a pagar la suma de $3.000.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, y la suma de $2.500.000 a título de indemnización moratoria. Absolvió al demandado Luigi Dametto y a la demandada PBR Technology SAS de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, para luego verificar si era procedente el pago de las prestaciones sociales, acreencias laborales, e indemnizaciones reclamadas. Finalmente verificar la responsabilidad solidaria endilgada a Luigi Dametto.

Estimó, que el actor desempeñó la labor de revisor fiscal para la demandada en el lapso del 1 de septiembre de 2017 y hasta el 28 de febrero de 2019, labor que desarrolló con total autonomía e independencia; sin la existencia de subordinación, y sin el cumplimento de un horario de trabajo, debido a que las pruebas arrimadas al proceso daban cuenta de esa autonomía. No encontró la juzgadora primigenia controversia frente a la celebración del contrato de trabajo a término indefinido el 1 de marzo de 2019 y que se extendió hasta el 26 de ese mismo mes y año. Frente a este último, consideró que las acreencias debidas al final de la relación fueron debidamente liquidadas.

Respecto a la forma en que finalizó el vínculo, señaló que no se acreditó en el curso del proceso que las partes hubiesen pactado un periodo de prueba, razón por la cual no resulta de recibo el argumento plasmado en la carta despido que apunta a que el actor no superó el periodo de prueba. Por lo anterior condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

En lo atiente a la indemnización moratoria, adujo que no encontraba razonable el retraso entre el 26 de marzo de 2019 que se extinguió el vínculo, y el 21 de abril de la misma anualidad, fecha en que se acreditó el pago de las acreencias finales, lo que derivó en la imposición de condena indemnizatoria.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** presentó recurso de apelación contra la sentencia, respecto de la decisión de la *a quo* de no declarar la existencia del contrato de trabajo desde el 1 de septiembre de 2017. Al efecto adujo, que no se valoró de manera adecuada el testimonio del señor Sergio Alexander Samacá quien en su calidad de director administrativo mencionó que en los meses de enero y febrero de 2021 se le encomendaron una serie de actividades que le permitieron devengar una suma mayor, y al final del contrato el actor devengó la suma de $3.000.000.

Indica que la vinculación con el tiempo va mutando, y por ello se debe dar aplicación a las previsiones de los artículos 23 y 24 del CST. Así pues, bajo el entendido que se tiene por demostrada la prestación personal del servicio, al pasar a revisar la subordinación se debe dar aplicación al principio in dubio pro operario. Adicionó, que a pesar de tratarse de una profesión liberal no se puede desconocer que se deben presentar informes que van a verificación de la asamblea, aunado al hecho de que el actor desarrolló otra serie de actividades. En relación con el incremento de salario, advierte que el actor tenía a su cargo unas determinadas actividades y tuvo que atender como contador otros requerimientos que se le hacían a la empresa.

La parte **demandada PBR Technology SAS** inconforme con la decisión de primera instancia, presentó recurso de apelación en lo relacionado con la condena por indemnización por despido sin justa causa, pues quedó establecido el periodo de prueba en el contrato de trabajo, sin embargo, el demandante se rehusó a firmar el mismo.

En punto de la condena por indemnización moratoria, aduce que el señor Freud Soler al finalizar el vínculo contractual, no hizo entrega de las claves de la DIAN, claves de los órganos de control y las llaves de la oficina, de la cual finalmente se debió cambiar las guardas. No obstante, le fueron pagadas la totalidad de las acreencias.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 21 de octubre de 2021 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las

partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 117).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos, en la demanda, en la contestación y en la sustentación del recurso de apelación respectivamente (f.º 119 - 125).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, los problemas jurídicos en este asunto consisten en determinar ***i)*** si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo entre el 1 de septiembre de 2017 y el 26 de marzo de 2019, y si como consecuencia de ello, había o no lugar a ordenar el reconocimiento y pago de las acreencias reclamadas, y ***ii)*** si la demandada debió ser condenada al pago de las indemnizaciones previstas en los art. 64 y 65 del CST.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el 2° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, SL1420-2018, SL1081-2021, y SL781-2022).

En el presente caso, se tiene que el día 1 de septiembre de 2017, entre el demandante y PRB Technology SAS, se celebró un contrato verbal de prestación de servicios, en el cargo de revisor fiscal, como honorarios se pactó la suma de $1.600.000, como fue admitido por la demandada al dar contestación a la demanda y que entre otros, tiene sustento en las cuentas de cobro suscritas por el demandante (f.° 66 - 74); que el 1 de marzo de 2019, las partes acordaron un

contrato de trabajo a término indefinido, en el cual se pactó un salario mensual de $3.000.000, vínculo contractual que finiquitó el 26 de marzo de 2019, y que se corrobora con la carta de terminación del contrato de trabajo (f.° 8) y con la liquidación final de prestaciones (f.° 9 y 84). Bajo las anteriores premisas, no se encuentra en duda la prestación del servicio por parte del señor Edward Freud Soler Gantiva. Es de anotar que frente a la declaratoria de último lapso no se opusieron los apelantes.

Ahora, a fin de dar respuesta a la apelación de la parte demandante, se debe establecer si fue desvirtuada la presunción legal, esto es, la continuada subordinación o dependencia respecto del contratante, en la ejecución de la labor para la que el actor fue contratado. Por ello, se ha de precisar que la labor de revisoría fiscal dentro de una empresa por su naturaleza debe realizare de manera autónoma, se desarrolla por un profesional en el área de contaduría, profesión en principio liberal, pero además, se itera, en menester que su ejecución se cumpla con total independencia y autonomía, en este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Sentencia CSJ SL225-2020, indicó que:

> *"Las profesiones liberales, como la contaduría, son disciplinas reconocidas por el Estado, en ellas predomina el ejercicio del intelecto y para su ejercicio se requiere además de un título académico, una licencia o matrícula profesional. Se les califica como liberales porque en su desempeño media la autonomía técnica, organizativa y profesional. Sus rasgos distintivos son la autodeterminación en el desarrollo de las tareas, la responsabilidad personal atribuible a quienes las ejercen y el código ético profesional que guía su ejercicio."*

De igual manera, se tiene que aun tratándose de profesiones liberales se puede estar bajo las condiciones de un contrato de trabajo; al respecto la Corte Suprema de Justicia en Sentencia CSJ SL3616-2020, además de reiterar los planteamientos expuestos en la Sentencia CSJ SL225-2020, adoctrinó:

> *"En sentencia CSJ SL225-2020, la Sala explicó que ninguna actividad liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial está exenta de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que opera, sin excepción o distinción, en «toda relación de trabajo personal» regulada por dicho estatuto.*
>
> *Además, la Corte ha aplicado la presunción de existencia de contrato de trabajo en profesiones liberales y en contratos civiles o comerciales, sin diferenciación en cuanto al sector público o privado, la naturaleza de las funciones y sin exigir requisitos adicionales más que la demostración de la prestación personal del servicio, entre otras, en sentencias CSJ SL4816-2015, CSJ SL6621-2017, CSJ SL2885-2019 y en la CSJ SL981-2019.*
>
> *En los casos aludidos, la Corte adoctrinó que la presunción de contrato de trabajo cobija el ejercicio de tales actividades y que, en cada caso concreto, se establecerá la existencia de una relación subordinada, siempre que así derive de las circunstancias de ejecución de la prestación del servicio; por tanto, corresponde al contratante desvirtuar la presunción legal y demostrar que aquella se prestó con la autonomía e independencia propias del esquema civil o comercial."*

De otra parte, en lo que tiene que ver con la función encargada a los revisores fiscales, la Sala de Descongestión de la CSJ, en sentencia CSJ SL19843-2017, señaló:

> *Es necesario decir, al respecto, que de la lectura de los artículos 203 a 217 de Código de Comercio y el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, que obligan a las empresas a contar de manera obligatoria como un revisor fiscal, es dable entender que los mismos no fungen como asesores económicos de una empresa, como es el caso de los contadores públicos, sino que se presentan como garantes del Estado y particularmente de los socios o accionistas o asociados de una persona jurídica, en la inspección y vigilancia de la actividad societaria para el cumplimiento de las normas legales y estatutarias en los manejos contables.*
>
> *Así, el artículo 213 del Código de Comercio los faculta, en caso de duda, para inspeccionar en cualquier momento los documentos contables de la empresa, a fin de dar fe pública en la autorización de los balances financieros, atendiendo a responsabilidades de tipo penal como lo consagra el artículo 212 del mismo estatuto, con ocasión de la aprobación de inexactitudes graves o rendición de cuentas impropia ante la asamblea o junta de socios, lo cual explica su carácter independiente de la administración de la empresa y el origen no subordinado de la prestación de sus servicios, reforzado con el hecho de que el parágrafo del artículo 10 de la Ley 43 de 1990, los equipara a la categoría de funcionarios públicos para efectos de las sanciones penales por los delitos que cometieran en el ejercicio de las actividades propias de su función.*

Bajo los anteriores planteamientos normativos y jurisprudenciales, a fin de determinar la existencia o no de la subordinación, o si operó la presunción legal, se hace necesario revisar las pruebas documentales allegadas al plenario. Se tiene que a falta de los contratos (laboral y de prestación de servicios), se cuenta con las certificaciones expedidas por la demandada (f.° 7 y 83) que dan cuenta del vínculo contractual en el cargo de revisor fiscal, a partir del 01 de septiembre de 2017.

Se allegó la consulta elevada el 13 de agosto de 2019 por el demandante al Consejo Técnico de Contaduría Pública (f.°61 y 62) en la que indicó: "*A partir del 01 de septiembre del año 2017 y hasta diciembre de 2018 me desempeñé como revisor fiscal bajo un contrato verbal de trabajo, cumpliendo un horario de 08:00 am a 05:00 pm, dos días a la semana. ¿es requisito la condición de subordinación para probar un contrato laboral bajo esta situación, dado que el cargo que desempeñaba, por su condición entraña independencia mental?*"

A lo anterior, se suma la certificación expedida por la Empresa Inmobiliaria y de Servicios Logísticos de Cundinamarca (f.° 100 a 101), que da cuenta de que el demandante celebró contratos de prestación de servicios que datan del 03 de febrero de 2017, 01 de septiembre de 2017 y 22 de enero de 2018, que tenían por objeto "*contratar los servicios de un contador que desarrolle de manera independiente y objetiva la evaluación al control interno contable, así como la información financiera e impuestos […]*".

En lo atinente a los testigos, Jennyfer Carolina Chitiva Aguirre, Sergio Alexander Samacá Aguirre, María Camila Cubillos Daza y Luís Ángel Oliveros Daza; todos empleados de la demandada para la época de los hechos, fueron contestes y coincidentes al señalar que el actor asistió de manera esporádica a la empresa hasta inicios del mes de marzo de 2019, sin el cumplimiento de un horario de trabajo. Dijeron que en el desarrollo de su labor asistía a la empresa, realizaba las verificaciones pertinentes y se marchaba, por lo que su duración en las instalaciones de la demandada era variable y que asistía una o dos veces por semana. Dijeron también de manera unánime, que con antelación a marzo de 2019, no mediaron órdenes, instrucciones o llamados de atención. A partir de esa mensualidad, ante los inconvenientes con los compañeros y con las funciones asignadas, si se presentaron requerimientos por parte del empleador. En relación con los honorarios, afirmaron que a fin de dar cumplimiento a los requerimientos realizados por la DIAN, en los meses de enero y febrero de 2019 asistió con mayor frecuencia a la empresa y por ello el aumento en este rubro, pero siempre bajo el arbitrio propio del actor.

Del testimonio de Sergio Alexander Samacá Aguirre, director administrativo de la demandada, se resalta que reconoció que para los meses de enero y febrero de 2019 aumentaron las funciones asignadas al actor, en particular referenció las revisiones en algunos tributos y los requerimientos que elevó la DIAN. Dijo que, a partir de marzo de 2019, la idea era la vinculación directa, momento para el cual se habló de responsabilidades y los informes que debía entregar.

El demandante, al absolver el interrogatorio de parte tuvo por cierto que antes del año 2019, asistía dos veces por semana a la empresa y que el vínculo que lo unía a la demandada era para desarrollar las funciones de revisoría fiscal; aceptó que prestó sus servicios a otras empresas en el mismo periodo; que para el mes de enero de 2019 debido a los requerimientos de la DIAN asistió con mayor frecuencia y que a partir del 8 de enero de 2019 se acordó un contrato de trabajo verbal en el cual debía asistir de lunes a viernes y bajo el cumplimiento del horario establecido con la demandada. Afirmó que en virtud de ese cambio se acordó una remuneración mensual de $3.000.000. Relató que dos semanas antes de finalizar el vínculo encontró situaciones que le dieron señal de alarma y al avanzar en ellos termina el contrato.

Puestas así las cosas, del análisis conjunto de las pruebas se tiene que quedó demostrado dentro del plenario que el actor hasta el mes de febrero de 2019, desarrolló las actividades correspondientes a la revisoría fiscal a favor de la demandada con total autonomía e independencia, bajo un contrato de prestación de servicios. Es de anotar que, si bien para los meses de enero y febrero de 2019 el demandante asistió con mayor frecuencia a las instalaciones de la demandada, lo cierto es que, fue con ocasión de los requerimientos que la DIAN estaba realizando a la demandada, lo cual afirmó el propio actor, fue gozando de plena autonomía e independencia pues solo hasta el mes de marzo fue cuando debió asistir en jornada completa.

Aunado a lo anterior, se debe reiterar que la labor de revisoría fiscal, tal como se encuentra definido en los artículos 203 a 217 de Código de Comercio y el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, es una labor a favor del Estado y de los socios o accionistas, con la cual se garantiza el cumplimiento de las normas legales y estatutarias en el manejo contable de la sociedad. Adicional, se reitera que se trata de una profesión liberal, en la cual el profesional desarrolla sus tareas bajo su autodeterminación, y por la naturaleza misma de la labor, no debe existir ningún tipo de subordinación.

En definitiva, se desvirtúa totalmente en el curso del proceso que la labor que desarrollaba el actor (revisoría fiscal) estuviera revestida de subordinación respecto de la demandada PBR Technology SAS; el señor Edwar Freud Soler Gantiva aceptó en su interrogatorio y en las documentales citadas que su labor fue autónoma e independiente, además que no medio exclusividad, ni cumplimiento de horario para con su empleador, pues fue solo hasta el mes de marzo de 2019, cuando se dio el cambio en tales condiciones de contratación.

Se resalta, que para esta Sala son claras las razones que conllevaron al aumento de la suma devengada por el actor en los meses de enero y febrero de 2019; pues las partes concuerdan en que existió una situación particular (requerimientos de la DIAN) que demandó mayor tiempo del demandante; adicional a ello, se tiene que son vinculaciones totalmente diferentes el contrato por prestación de servicios y el contrato de trabajo, y por ello el actor debió asistir de manera permanente a las instalaciones de la demandada a partir de marzo de 2019, cuando ya aquel fungía como trabajador y ésta como empleadora.

Así, advierte la Sala que la demandada logró demostrar que el actor ejecutó el servicio para el que fue contratado de forma autónoma e independiente hasta el mes de febrero de 2019, según dan cuenta las pruebas decretadas y practicadas en el proceso. Sin que se pueda establecer que en otro momento el vinculo que unía a las partes mutó, pues, si bien Edward Soler Gantiva atendió otras responsabilidades para los meses de enero y febrero de 2019, lo cierto es que, no se advierte que estas hubieran sido bajo la subordinación de PBR Technology SAS.

Debe recordarse, que en virtud del principio de libre formación del convencimiento establecido en el art. 61 del CPTSS el juez puede basar su decisión en aquellas pruebas que le ofrecen mayor credibilidad en desmedro de otras (CSJ SL1927 - 2021), siendo estas pruebas en el caso objeto de estudio, los testimonios y las documentales ya referidas.

Así las cosas, del análisis conjunto del material probatorio, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS, atendiendo a las reglas de la sana crítica y a la conducta procesal observada por las partes, considera la Sala que la demandada desvirtuó la presunción de existencia de una relación laboral, así como la subordinación en la ejecución del servicio para el que fue contratado el demandante (art. 24 del CST), pues quedó plenamente demostrado que desempeñó la actividad para la que fue contratado de forma autónoma e independiente, razón por la cual se concluye que acertó la juzgadora de primera instancia al no declarar probada la relación laboral de las partes, entre el 1° de septiembre de 2017 y el 28 de febrero de 2019.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada en ese aspecto, así como las condenas derivadas de tal declaratoria, que no fueron objeto de reparo específico, en cuanto a los valores dispuestos.

De la indemnización prevista en el art. 65 del CST - Para establecer la procedencia de la aludida indemnización, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido, de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo

viables o jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ sentencia SL12854 de 24 ago. 2016 rad. 45175).

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales expuestos, esta Sala, al efectuar un análisis pormenorizado de las pruebas recaudadas, avizora la ausencia de la buena fe en el comportamiento de PRB Technology SAS, pues si bien la demandada afirmó que a pesar de los pasivos del demandante para con la empresa realizó el pago de la totalidad de las acreencias, lo cierto es que el actor tuvo que elevar reclamación para el pago de las mismas el 8 de abril de 2019 (f.° 10), y fue posterior a esa data (21 de abril de 2019), que la demandada realizó el pago de las acreencias.

Resultado de lo anterior, se advierte que la empresa no aportó razones serias y atendibles que justificaran su conducta, y por ello no es dable concluir que la demandada actuó bajo los postulados de la buena fe, y por el contrario, permite establecer la mala fe de la demandada al pretender justificar su mora en los pasivos del actor en la entrega del cargo.

Respecto a la indemnización moratoria contemplada en el art. 65, resulta necesario indicar que dicha norma dispone que si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no ha pagado al trabajador los salarios y prestaciones, debe pagarle una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses, si el periodo es menor, siempre que la demanda se haya interpuesto dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, como ocurrió en el presente caso, pues la relación laboral feneció el día 26 de marzo de 2019, por lo que el demandante tenía hasta el 26 de marzo de 2021 para presentar su reclamación. No obstante, la misma fue presentada con antelación a dicha data, esto es, el 13 de septiembre de 2019.

En consecuencia, a la demandante le asiste derecho al pago de la indemnización moratoria desde el 27 de marzo y hasta el 21 de abril de 2019, teniendo como base para su cálculo el último salario devengado que corresponde a $3.000.000, en los términos en que fue impartida la condena en la sentencia apelada.

De la indemnización prevista en el art. 64 del CST - En reiterada jurisprudencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justificación

del mismo. En sentencia SL–4547 de 2018, dicha corporación estableció que una vez probado el hecho del despido, como en efecto sucedió en el presente caso como quiera que el demandante aportó la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo (f.º 8), a la parte accionada le corresponde acreditar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral. En la misma providencia, se expresó lo siguiente: "*No basta con comunicar los motivos que llevan a finalizar unilateralmente el contrato laboral, dado que para que un despido se repute justo el empleador debe documentar la falta atribuida al subordinado y recaudar todo el acervo probatorio que sustente debidamente su ocurrencia. De lo contrario, fallará en la labor demostrativa que le incumbe en el escenario judicial y las imputaciones en las que fundamentó la rescisión contractual quedarán como simples señalamientos sin confirmación.*"

Así las cosas, en la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo de fecha de 26 de marzo de 2019, la demandada adujo: "*Por medio de la presente, hacemos de su conocimiento que a partir del día de hoy, 26 de marzo de 2019 del presente año, damos por extinguida la relación laboral que mantenemos con usted. El motivo de la presente decisión es por no haber superado el período de prueba para el cargo que se le encomendó en nuestra empresa, lo que nos autoriza a dar por terminado su contrato de trabajo, las razones principales son: (a) No se adaptó a la operación y forma de trabajo de la compañía, (b) Presentó conflictos con los compañeros de trabajo y (c) No cumplió con los trabajos y funciones encomendadas.*"

Sustenta la demandada su despido, en que el trabajador no se superó el periodo de prueba, y al efecto le señala tres aspectos para dar sustento a su afirmación. Frente a este periodo, el CST en sus art 76 y 77, estipula:

> *ARTICULO 76. DEFINICIÓN. Período de prueba es la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del {empleador}, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo.*
>
> *ARTICULO 77. ESTIPULACIÓN. **El período de prueba debe ser estipulado por escrito**, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo.*

En atención a la norma que lo consagra, se precisa que no se acreditó el pacto de este periodo de prueba, el que debe ser por escrito; el anterior requisito ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL463-2021, que enseña:

*"De igual modo, ha de tenerse en cuenta que para que se configure una relación de trabajo deben confluir los elementos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que el pacto escrito sea una formalidad esencial para su perfeccionamiento (CSJ SL2600-2018). Esto significa que la existencia del contrato de trabajo, no está condicionada a una formalidad determinada, pues tal como lo dispone el artículo 37 ibidem «el contrato de trabajo puede ser verbal o escrito; para su validez no requiere de forma especial alguna», **salvo lo relacionado con el periodo de prueba**, **el salario integral o el pacto de duración a término fijo**. Así, en materia laboral la libertad de forma es la regla general para la existencia y validez de los actos y contratos, y la excepción son las formalidades ad solemnitatem establecidas por el legislador."*

Así las cosas, como quiera que no se allegó la prueba idónea, esto es, la celebración por escrito del contrato de trabajo u otro documento en el cual se pacte un periodo de prueba, no se acredita el acuerdo escrito entre las partes, por lo que resultan inaplicables los efectos jurídicos previstos en el art. 80 del CST, esto es, poder dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo en cualquier momento y sin previo aviso.

Bajo estas consideraciones, resulta claro que se trató de un despido injusto y por ello se debe dar aplicación a lo previsto en el art. 64 del CST, esto es, la indemnización por despido sin justa causa, en los términos establecidos por la *a quo*.

En este orden, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **69daba63a34e57ff350f173bc689a557b694ad1fe56c72d81d74b2f6ab22ef06**

Documento generado en 03/08/2022 11:44:23 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **011 2018 00299** 01
DEMANDANTE: JOSÉ EDUARDO PALOMINO RIVEROS
DEMANDADO: COLPENSIONES

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 8 de abril de 2021, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se condene a Colpensiones a reliquidar su pensión de vejez a partir del 30 de octubre de 2006, calculando en debida forma el IBL y aplicando la tasa de reemplazo del 90%; a reconocer y pagar intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de las sumas adeudadas y costas.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, afirmó que cotizó para IVM al ISS un total de 1290 semanas en toda su vida laboral hasta 1999; que mediante Resolución n.º 0053835 del 8 de noviembre de 2007, el ISS le reconoció pensión de vejez, conforme al Decreto 758 de 1990, por remisión del art. 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de octubre de 2006, con un IBL de $1.749.237 y una tasa de reemplazo del 90%, sin calcular en debida forma el IBL, con los ingresos de toda la vida o de los últimos 10 años, el más favorable, y erró al indexar la primera mesada y los salarios que conformean

el IBL, existiendo una diferencia entre la mesada otorgada y la que debió ser reconocida; y que, el 31 de octubre de 2016 solicitó ante Colpenisones la reliquidación de la prestación y pago de intereses moratorios, y mediante Resolución GNR 383272 del 19 de diciembre de 2016 le fue reajustada en cuantía mínima (f.º 3 a 8).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 24 de agosto de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 24).

Colpensiones dio respuesta oportuna, oponiéndose a lo pretendido. De los hechos, admitió las condiciones de reconocimiento de la pensión de vejez por el ISS, la solicitud de reliquidación presentada. Indicó que las semanas cotizadas fueron 1250, que la pensión fue reconocida conforme a derecho, y la entidad en la resolución GNR 383272 del 19 de diciembre de 2016 relacionó dos opciones de pensión y escogió la más favorable, sin que exista diferencia pensional adeudada. Formuló como medios defensivos las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.° 26 a 34).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a encontrarse debida y legalmente notificada (f.° 41).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 8 de abril de 2021, absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra, declaró probados los hechos sustento de las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, carencia de la causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, la indexación o reajuste alguno, no configuración al derecho del pago de intereses moratorios

planteados por la pasiva; y, condenó en costas al demandante.

Para lo que interesa a la alzada, el juez advirtió que el IBL de la pensión del actor debía obtenerse conforme a lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo establecido en el art. 36 ibídem, puesto que le faltaban más de 10 años desde el 1° de abril de 1994 para adquirir la pensión de vejez; que por contar un total de 1.250,14 semanas cotizadas, conforme al reporte allegado por Colpensiones del 30 de agosto de 2019, el cálculo debía efectuarse con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento o durante toda la vida, debidamente actualizado.

Indicó que, realizada por el despacho la liquidación correspondiente, el IBL de toda la vida arrojó la suma de $2.113.099 y el de los últimos 10 años de cotizaciones $2.307.959.85, el más favorable, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 90% arroja como mesada pensional $2.077.163,87, calculada a 2013, fecha de disfrute ordenada en la Resolución GNR 383272 del 19 de 2016, que resulta inferior a la reconocida en ese acto administrativo por $2.101.391, liquidación que conforme a la hoja de prueba sustento de la reliquidación que reposa en el expediente administrativo, se efectuó en aplicación de lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, con el IBL más favorable al actor.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 4 de octubre de 2021 se admitió el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.° 101).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación (f.° 104 y 118).

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el 14 de la Ley 1149 de 2007, conforme a lo cual, el problema

jurídico en este asunto consiste en determinar si le asiste derecho al demandante a la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta para ello un IBL superior al obtenido por la entidad.

Se encuentra acreditado en el proceso que: *i)* el demandante fue pensionado por el ISS mediante Resolución n.° 00538335 del 8 de noviembre de 2007, en condición de beneficiario del régimen de transición, a partir del 30 de octubre de 2006, en cuantía inicial de $1.574.313, teniendo en cuenta para ello 1250 semanas cotizadas, un IBL de $1.749.237 y un monto del 90% (f.° 14 a 16); *ii)* mediante Resolución GNR 383272 del 19 de diciembre de 2016, Colpensiones reliquidó la pensión reconocida al actor, a partir del 1° de noviembre de 2013, fijando el valor de la mesada pensional para ese año en la suma de $2.101.391, con un IBL de $2.334.879, al que aplicó el monto del 90% correspondiente a las 1250 semanas cotizadas (f.° 17 a 20); y, iii) acorde con las historias laborales - reportes de semanas cotizados allegados al expediente, se concluye que el actor efectivamente cotizó un total de 1250.14 semanas, entre el 8 de noviembre de 1967 y el 28 de febrero de 1999 (CD f.° 35, 52, 58).

Tal como lo precisó el juez de primera instancia, el ingreso base de liquidación del demandante, se obtiene de conformidad con lo previsto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, pese a su condición de beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 *ibídem*, a quien en tal virtud se le aplica lo dispuesto en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en cuanto a la edad y semanas de cotización necesarias para la causación del derecho a la pensión de vejez, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a esa prestación, contados desde el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, por cuanto nació el 30 de octubre de 1946 arribando a los 60 años de edad el mismo día y mes de 2006, razón por la cual no le esa aplicable lo dispuesto en el inc. 3° el citado art. 36 de la Ley 100.

Prevé la disposición aplicable que el ingreso base de liquidación de la pensión se obtendrá con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la prestación o durante toda la vida laboral si el afiliado cotizó 1.250 semanas o más, el que le resulte más favorable, en ambos casos actualizado con base en la variación del IPC certificado por el Dane.

De conformidad con lo anterior, efectuado el cálculo aritmético respectivo, según liquidación que se anexa a esta sentencia, teniendo en cuenta para ello la historia laboral aportada por la entidad en expediente administrativo allegado al proceso en medio digital (f.º 35, 52, 58), encuentra la Sala que, el IBL de toda la vida laboral de cotizaciones asciende a la suma de $1.589.758,14, que al aplicarle el monto del 90% permite obtener una mesada pensional por valor de $1.430.782 para el año 2006, y el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, tomando periodos completos de cotización, asciende a la suma de $1.756.074,52, que permite obtener una mesada pensional por valor de $1.580.467 para el mismo año, la que resulta superior a la inicialmente reconocida, por valor de $1.574.313; empero, esta fue reliquidada por Colpensiones, en cuantía para el año 2013 de $2.101.391, suma que resulta ligeramente superior a la que obtuvo la Sala, que para el mismo año asciende a la suma de $2.101.236.

En consecuencia, no hay lugar a efectuar un nuevo reajuste a la pensión de vejez reconocida al demandante, y se **confirmará** la decisión absolutoria de primera instancia.

Sin costas en grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 8 de abril de 2021, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **015 2020 00416** 01
DEMANDANTE: MARÍA TERESA GALINDO DÍAZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA

Bogotá DC, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por Porvenir SA; que se le ordene a la AFP trasladar los valores de su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, y a ésta hacer efectiva la afiliación y permanencia en el régimen de prima media con prestación definida (RPMPD). Además, pidió la condena en costas a la demandada (Archivo n.º 9, pág. 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 8 de abril de 1963, realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales - ISS, desde el

1° de junio de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1998; que se trasladó el 1º de febrero de 1999 al fondo de pensiones obligatorias administrado por Horizonte SA, hoy Porvenir, por cuanto se presentaron en su lugar de trabajo persuadiéndola y ofreciéndole beneficios, sin precisar las condiciones para lograrlos; que para la fecha de firma del formulario no se realizó asesoría integral, con claridad, precisión y de manera completa, de las características, condiciones,, consecuencias, riesgos pensionales, ni estudio serio por parte del asesor, lo que la llevó a adoptar una decisión adversa a sus intereses; y que, el 5 de octubre radico solicitud de ineficacia de traslado ante Porvenir y de traslado ante Colpensiones (Archivo n.º 9, página 1-4).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida, luego de su subsanación, el 18 de junio de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (archivo 11).

Porvenir SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y Buena fe (archivo 15, págs. 1-20).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de Prescripción y caducidad, Cobro de lo no debido, Buena fe, y Otras (archivo 17).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de octubre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por la demandante el 9 de febrero de 1999, al fondo administrado por Horizonte SA, hoy Porvenir SA, y le ordenó trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, aportes, rendimientos y bono pensional, a Colpensiones. A su vez, le ordenó a esta acreditar como semanas efectivamente cotizadas las de sus aportes, a reactivar su afiliación como si nunca se hubiera trasladado (Archivo n.º 24 y 25).

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la corte, la AFP desde

su creación estaba obligada a dar información a la afiliada previo al traslado, para que tomara una decisión consciente; que el deber de información no se suple con la declaración contenida en el formulario, que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informado, carga de la prueba que corresponde a la AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, la AFP Porvenir no cumplió con la carga de la prueba del deber de información; que no obra en el plenario prueba documental o testimonial del cumplimiento del deber de información, y en el interrogatorio de parte de la demandante hay contradicciones respecto a lo indicado en la demanda, sin que se logre confesión respecto a que se le hubiera brindado la información, en cumplimiento del deber de la AFP.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se ordene la devolución total a la entidad, por cuanto en primera instancia no se ordenó el traslado de los gastos de admnistración, según lo establecido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha determinado que el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en el que se encontrarían a través de las restituciones mutuas.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 25 de noviembre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Las demandadas presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda, y Colpensiones en el recurso de apelación (f.º 7 - 8 y f.º 38 - 40)

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en

la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 5 de abril de 1963 (archivo 2, f. 27); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.° de junio de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1998, 500,57 semanas (*ibidem*); ***iii)*** que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte SA, hoy Porvenir SA, el 9 de febrero de 1999, con fecha de efectividad de 1.° de febrero de 1999 (archivo 15, págs. 22, 67), con un total de 1642 semanas cotizadas para el 18 de junio de 2021, según lo informado en la historia laboral que reposa en las páginas 29 a 36 del archivo 2.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está

tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
>
> Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.
>
> En estas condiciones el engaño, no solo 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; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.
>
> No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

> Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

> "(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.
>
> Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.
>
> En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.
>
> (…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación 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; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

> "(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un 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."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte, hoy Porvenir, efectivo desde el 1º de febrero de 1999, AFP en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la

> *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho 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. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 9 de febrero de 1999, con su afiliación a la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(…) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[1], por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral primero de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP Porvenir la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, efectuando la discriminación y detalle de los valores devueltos. Sin costas en la alzada.

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

---

[1] CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado 15.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales, bonos pensionales, valores descontados sobre los aportes efectuados durante el tiempo en el que ÓMAR DE JESÚS JIMÉNEZ DANGOND estuvo vinculado a esa AFP, por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aporte pagado, para lo que se concede un término de un mes, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a80c2f2696e07307fb31e596de9266a5c1a9a7413cc02f8a7c1bcc2566499f75**

Documento generado en 03/08/2022 11:44:24 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica