

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



DEMANDANTE: ARMANDO JIMÉNEZ VÉLEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RADICADO: 11001310502820180065802

MAGISTRADO PONENTE: MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVAMENTO DE VOTO:

MARLENY RUEDA OLARTE

Con el debido respeto de mis compañeros de Sala, me permito salvar el voto dentro del proceso ordinario de la referencia, con los argumentos que expuse en el proyecto que no fue aceptado por la Sala de Decisión:

*“A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento de la señora **María Orfa Aristizábal Duque**, que tuvo lugar el 12 de julio de 2017 como da cuenta el registro civil de defunción (fl. 30), como tampoco que a dicha data ostentaba la calidad de pensionada, pues venía percibiendo una pensión de jubilación, prestación que le fue concedida inicialmente por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá mediante la Resolución 1363 del 28 de agosto de 1997 y que a la fecha del fallecimiento había sido asumida por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (fl. 13 a 16), la cual además fue compartida con la pensión por vejez reconocida por el entonces ISS en resolución 039532 de 2007 (fl. 14).*

Determinado lo anterior, como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, disposición que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia del cónyuge o compañero permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante, señala la norma en cita:

“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles> Artículo



47. *Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

- a. *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...***

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con la causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Es así como la decisión de primer grado no encontró acreditados los requisitos exigidos, por lo que el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer si el actor Armando Jiménez Vélez en su condición de compañero permanente o el tercero ad excludendum Héctor Elías Mejía Duque en su condición de cónyuge separado de hecho tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez deprecada.

- **Sustitución pensional Armando Jiménez Vélez**

Teniendo en cuenta la norma precitada y como quiera que el señor Armando Jiménez Vélez pretende se le sustituya la pensión que en vida recibía la señora María Orfa Aristizábal Duque, señalando que ostentaba la calidad de **compañero permanente**, es claro que debía acreditar haber convivido con la causante por lo menos los 5 años anteriores al fallecimiento, para tener derecho a la pensión deprecada.



La inconformidad presentada a través de su apoderado radica básicamente en que considera que la Juez de primera instancia valoró de manera equivocada las declaraciones recibidas por los compañeros de trabajo y la hija del señor Armando, pues señala que con las pruebas aportadas se logra probar la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento.

*Una vez revisado el material probatorio recaudado, considera esta Sala que se logra evidenciar que contrario a lo manifestado por el apoderado del señor Armando Jiménez Vélez no se logró probar la convivencia exigida, pues si bien todos los testimonios dan fe de que el señor Armando convivió con la causante, lo cierto es, que no se prueba la convivencia en los 5 años anteriores a su fallecimiento, lo cual ocurrió el 12 de julio de 2017, es decir, que se debía probar que por lo menos del 12 de julio del 2012 al fallecimiento 12 de julio del 2017, la pareja aún se encontraba conviviendo, lo cual no se prueba con la declaración del señor **Miguel Antonio Olaya** quien aunque manifestó conocer al señor Armando hace 35 años y que fueron compañeros de trabajo y pensionados de la empresa de Teléfonos de Bogotá, lo que se observa de su relato es que tenían una relación cercana y pleno conocimiento de que el señor Armando convivía con la causante mientras estuvieron laborando juntos hasta el año 1999, pues señala en su declaración que lo que ellos vivieron fue en la empresa, dentro de la empresa y que nunca fue a visitarlos a Fusa en donde residió la causante los últimos 8 o 10 años antes de su deceso; por lo que es claro que tal y como lo entendió la falladora de primera instancia si bien el testigo puede dar fe de que la pareja formada por el señor Armando y María Orfa convivieron durante el tiempo que trabajaron juntos, no tiene un conocimiento directo frente a los 5 últimos años de vida de la señora María Orfa.*

*Lo mismo ocurre con la declaración del señor **Carlos Arturo Patarroyo** quien manifestó conocer al señor Armando hace más de 30 años, pues también fueron compañeros de trabajo y señala que conoció a la pareja desde el año 86 fecha para la cual ya tenían una relación. Indica que se vieron mientras estuvieron en la empresa de Teléfonos y luego se encontraron con Armando cuando trabajó en Telecom y luego se vino a encontrar nuevamente con Armando hace unos años y que el actor le comentó que María Orfa había muerto y que la última vez que vio a María Orfa fue 10 años antes de su fallecimiento, por lo que es claro que al igual que el anterior testigo, si bien pueden dar fe de la convivencia de la pareja, no tienen un conocimiento directo de lo ocurrido en los 5 años anteriores al deceso de la causante.*



Y es que no se le pide a los testigos que conozcan todas las situaciones de vida de la pareja como lo dice el apoderado de la parte actora, pero sí que tengan un conocimiento directo de los hechos y es claro que ni el señor Miguel ni el señor Carlos testigos de la parte actora tenían un conocimiento sobre lo ocurrido en los 5 años anteriores al deceso de la causante, pues su relación y conocimiento directo se dio mientras trabajaron juntos y esto ocurrió hasta el año 1999 y la señora María Orfa falleció en el 2017.

*Ahora frente a la declaración de la señora **Ruth Julieth Jiménez Delgado** hija del actor, quien asegura que el señor Armando convivió con María Orfa hasta el momento de su fallecimiento, considera esta Sala que su testimonio no genera credibilidad, como quiera que se pudo ver parcializado por su parentesco, pues tiene un interés en que su progenitor se vea beneficiado de la sustitución pensional que aquí se pretende máxime porque es ella misma quien en su declaración manifiesta que acompañaba a su padre a visitar a María Orfa luego no estaban conviviendo.*

*Adicionalmente, se encuentran las declaraciones de los señores **Sandra Patricia Mejía Aristizábal** y **Héctor Alexander Mejía Aristizábal** hijos de la causante y **Geraldine Báez Mejía** nieta de la causante quienes fueron claros y unánimes al señalar que su progenitora y el señor Armando convivieron como pareja, pero que se separaron y que en los últimos 5 años de vida la Señora María Orfa vivió sola en Fusagasuga; que los últimos días de vida sus hijos se fueron a vivir con ella y se turnaron su cuidado; que el señor Armando sólo fue a visitarla una vez al hospital; lo cual coincide con las historias clínicas de la atención brindada a la señora María Orfa en la que siempre aparece como responsable su hija Sandra Mejía (fl. 33 a 36 y 40) y con la declaración extrajuicio rendida por la señora María Orfa en vida el 01 de agosto del 2001 en la que manifiesta bajo la gravedad de juramento que hace un mes no convive con el señor **Armando Jiménez Vélez**.*

Adicionalmente, es necesario precisar que contrario a lo dicho por el apoderado del actor, unas fotografías en las cuales en una de ellas aparece el actor con la señora María Orfa en el hospital no dan cuenta, ni permiten probar la convivencia exigida por la normatividad vigente. Y es que no le asiste razón al apoderado al señalar que si se logró probar la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento, pues no existe ninguna prueba de ello, es más la parte actora hasta se contradice, pues en la demanda y el señor Armando en su declaración aseguran que siempre



convivió con la causante hasta su fallecimiento y al presentar recurso manifiesta el abogado ante la declaración extrajuicio rendida por la propia causante que la pareja se separó y luego volvieron a convivir; contradiciendo con éstos los mismos hechos que habían planteado en la demanda.

Por tanto, al no encontrarse probada la convivencia exigida, es claro que acertó la falladora de primera instancia al absolver a las demandadas de las pretensiones exigidas por el actor por lo que se confirmará en este punto.

- **Sustitución pensional Héctor Elías Mejía Duque**

El señor Héctor Elías Mejía Duque solicita la sustitución pensional en calidad de cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente; sin embargo, la falladora de primera instancia no accedió a sus pretensiones, señalando que no tiene derecho a la pensión deprecada, como quiera que si bien contrajo matrimonio con la causante y convivieron por más de 5 años en cualquier tiempo, habían disuelto la sociedad conyugal.

Pues bien, al respecto es preciso indicar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece en su literal b), que son también beneficiarios de la pensión de sobreviviente:

[...]

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

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

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



antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.” (negrilla fuera de texto)

Frente a lo anterior ha enseñado la Corte entre otras en la sentencia SL 2257-2022 en la cual reiteró lo dispuesto en la sentencia SL 966-2021 y SL 359-2021 que el cónyuge separado de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no tiene como carga demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia legal prevista en el inciso 3° del literal b) antes transcrito. Así lo ha dicho:

“En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Por tanto, el ad quem incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019.”

En el presente caso, se encuentra probado que los señores Héctor Elías Mejía Duque y María Orfa Aristizábal Duque contrajeron matrimonio católico el 30 de diciembre de 1972 como da cuenta la partida de matrimonio expedida el 22 de octubre de 2019 en la cual se indica que no se registran anotaciones (fl. 105); que de esa unión nacieron dos hijos hoy mayores de edad llamados Sandra Patricia Mejía Aristizábal quien nació el 13 de junio de 1973 (fl. 107) y Héctor Alexander Mejía Aristizábal quien nació el 14 de junio de 1975 (fl. 109) y que convivieron hasta el 21 de mayo de 1987; data para la cual mediante providencia judicial se decretó la separación indefinida de cuerpos y se decretó la disolución de la sociedad conyugal. (fl. 113 a 114)

Sentado lo anterior, se encuentra que el error de la falladora de primera instancia radica en establecer que por el hecho de haberse disuelto la sociedad conyugal que existía con la señora María Orfa, el señor Héctor perdió el derecho a percibir la



pensión de sobreviviente, como quiera que la CSJ ha enseñado entre otras en la sentencia SL 3251-2021 que la sociedad conyugal constituye el régimen patrimonial del matrimonio y nace de él, su disolución y liquidación no pone fin al vínculo matrimonial, como equivocadamente lo entiende la falladora de primera instancia, pues aquel continúa vigente hasta tanto se declare su nulidad o se presente una de las causas de disolución previstas en el art. 152 del CC, norma que establece que el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado, mientras que el religioso por el decreto de la cesación de sus efectos civiles y, además, por los cánones y normas correspondientes al ordenamiento religioso.

*Por lo anterior, teniendo en cuenta que el señor **Héctor Elías Mejía Duque** probó que contrajo matrimonio con la causante en el año 1972; que convivieron más de 5 años en cualquier tiempo y que no existe ninguna prueba de que su vínculo matrimonial no se encuentre vigente, es claro que se debe revocar la decisión de primera instancia en lo que tiene que ver con el tercero ad excludendum; quien es beneficiario de la pensión que en vida percibía la causante en su condición de cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente.*

*En consecuencia, se condena a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** a sustituir el 100% de la pensión que en vida percibía la señora María Orfa Aristizábal Duque al señor **HÉCTOR ELIAS MEJÍA DUQUE** en los mismos términos que ella venía disfrutándola desde el 12 de julio de 2017 fecha del fallecimiento, como quiera que al momento en que presentó reclamación ante las demandadas y su pretensión en el presente proceso no había transcurrido el término trienal establecido por el artículo 151 del CPT y de la SS.”*


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 11-2019-384-01
DEMANDANTE: ZANDRA PATRICIA LOZANO
DEMANDADO: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

SALVAMENTO DE VOTO

Me aparto respetuosamente de la decisión adoptada en el proceso de la referencia en primer lugar por cuanto en mi criterio; sí es la jurisdicción laboral, la competente para tramitar este proceso; aspecto que ha sido definido de vieja data por nuestro organismo de cierre; esto es la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual creo conveniente apartarme de la providencia; apoyada en providencia de la Corte Constitucional, que resolvió un conflicto de competencias por las siguientes razones y no sin antes advertir lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 305-2022 Rad N° 84972 de enero 19 de 2022 MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ en donde se estudia la fuerza vinculante del precedente judicial, pero del cual, dice, puede el Juez apartarse siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, reiterando lo dicho en sentencia SL4938-2021, de agosto 18 de 2021 así:

“(…)

Nótese que la Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, y que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia.

Asimismo, ha precisado que su precedente tiene fuerza vinculante, puesto que no existe duda que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho y la hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la facultad de unificarla y otorgar comprensiones a normas superiores, precisamente contribuye a determinar el alcance de disposiciones jurídicas y a desarrollar principios básicos del Estado Constitucional, como el de seguridad jurídica; además, permite materializar el respeto de los principios de la igualdad, la supremacía de la Carta Política, el debido proceso y la confianza legítima (C-539-

2011).

No obstante, también ha diferenciado entre las decisiones derivadas del control abstracto de constitucionalidad, es decir, aquellos fallos que determinan el contenido y alcance de la normativa superior, y el precedente en vigor, esto es, el que deriva de las providencias de acciones de tutela.

El primero tiene una fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos erga omnes y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011); mientras que el segundo, aunque también tiene fuerza vinculante, le permite al juez apartarse de sus postulados siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU-611-2017).

En este contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y que su aplicación debe ser proporcional –a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos superiores valiosos para los individuos y la sociedad-, respecto de la sentencia de tutela CC T-235 de 2017 que refiere la censura en el cargo, la Sala considera oportuno señalar que la misma tiene efectos inter partes. Y, en todo caso, dicho criterio fue posteriormente modificado a través de la sentencia SU-005-2018, de cuyo contenido esta Sala de Casación de la Corte se aparta, en cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia definidos por la Corte Constitucional (C-621-2015 y SU-354-2017), por las razones que expone a continuación (deber de argumentación suficiente):”

Es por ello que, insisto, me aparto del auto citado en la providencia, en el que se definió un conflicto de competencias; afirmando que son los jueces administrativos los encargados de definir un conflicto en que se aduce que los contratos celebrados eran de trabajo, así se hubieren pactado como de servicios; pues muy por el contrario la Corte Suprema de justicia de vieja data ha señalado que la afirmación que haga el demandante de ser trabajador oficial, fija la competencia, lo que no le garantiza al actor, eso sí que al desatarse la controversia y por el análisis de las pruebas, se concluya que no tenía la condición invocada; aunque también suceda lo contrario como en este caso en donde el Juez de primera instancia encontró acreditada la existencia de un contrato de trabajo y condenó al pago de prestaciones sociales, legales y extralegales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indexación.

Es así como en sentencia que data de marzo 14 de 1975 la Corte Suprema de justicia señaló:

“ .. por otra parte, la competencia de que trata el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo no se puede determinar por la demostración que en el curso del juicio se haga del contrato de trabajo, sino por la afirmación que de la existencia de tal vínculo proponga el actor, puesto que la competencia ha de determinarse a partir por factores existentes al iniciarse el litigio y no puede resultar por lo que llegue a demostrarse en el proceso...”

De esa fecha y hasta la actualidad ese ha sido el criterio para fijar la competencia y ha sido reiterado en diversas sentencias; a título de ejemplo la de Rad 19711 de mayo 8 de 2003, Rad 22223 de agosto de 2004, Rad 20454 de mayo 13 de 2003, SL 32329 de 2020.

Y es que tal criterio no resulta caprichoso, ni arbitrario, por el contrario, surge de principios constitucionales y legales en materia laboral; de carácter eminentemente tuitivo, hacia los derechos del trabajador, que es la parte débil de la relación de trabajo, contenidos en la parte sustantiva de las normas en este caso de trabajador oficial; tales como el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, y también procesales; los cuales otorgan ventajas probatorias; como el contenido en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que presume la existencia del contrato e impone a quien lo niega por cualquier causa, como aducir contratos de prestación de servicios; destruir la presunción y no como parece expresar el auto de la Corte Constitucional, que sea la administración quien por el solo hecho de suscribirlos, en principio se tengan como válidos, se itera porque es al trabajador al que la ley y la constitución tienen como parte débil en esa relación de trabajo.

Es en los artículos 2 y 3 del Decreto 2127 en donde se estipulan los elementos del contrato de trabajo y en donde se señala que una vez reunidos los tres elementos de que trata el art 2; **el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; prestación de servicios, corretaje, comercial, etc; lo que constituye justamente el principio de primacía de la realidad sobre las formas.**

Finalmente, no sobra recordar que resulta erróneo y eso según la doctrina, “juzgar la naturaleza de una relación por lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a

la realidad, carecerán de todo valor”. (Mario de la Cueva); y en ese sentido fijar la competencia en el Juez administrativo por el solo hecho de la existencia de unos contratos de prestación de servicios, en mi sentir se opone a dicho principio fundamental en el derecho laboral.

Es así como asumiendo la anterior postura, a continuación, y como parte del salvamento, presento el texto de la ponencia que no fuera acogida por los demás magistrados que integran la Sala en el proceso de la referencia:

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados por las partes, encontrando como puntos de reproche la liquidación de las condenas impuestas por concepto cesantías, vacaciones e indemnización por despido injusto, para luego determinar si hay lugar a imponer condena por concepto de prestaciones convencionales alegadas y por concepto de devolución de pago de aportes al sistema de seguridad social.

*También en grado jurisdiccional de **consulta**, en favor de la demandada, se analizará si existió la relación laboral deprecada y de ser así, si la demandante ostentaba la calidad de trabajadora oficial.*

Existencia del contrato

*El artículo 2 del Decreto 2127 de 1945 señala como **elementos del contrato de trabajo** la actividad personal del trabajador, la dependencia de este respecto del patrono y el salario como retribución del servicio y el artículo 3 de la misma norma prevé que una vez reunidos esos tres elementos el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono.*

Descendiendo al caso en estudio se tiene que como bien lo señaló la decisión de primer grado, obra prueba de la prestación de servicios de la actora a favor de Caprecom EICE, desde el 15 de junio de 2012 al 14 de enero de 2016, la que se encuentra suficientemente probada con los contratos allegados al plenario en los extremos temporales señalados y que no sufrió solución de continuidad, ya que se evidencian interrupciones que no superan los 7 días entre la suscripción de cada orden de servicio; dicha prestación de servicios por parte de la actora igualmente se corrobora con el dicho de las testimoniales vertidas en el trámite procesal.

Es así como al no ser objeto de tacha tales documentales, así como las testimoniales vertidas, dan cuenta de la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la extinta Caprecom y las funciones que le fueron encomendadas en virtud de esas órdenes de servicios; siendo aplicable en esta oportunidad el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, normatividad que dispone que comprobada prestación personal de un servicio se debe presumir su carácter de contrato de trabajo y debe corresponder al beneficiario del servicio desvirtuar la subordinación.

En este asunto, la demandada nada hizo para desvirtuar tal presunción, se limitó a negar el contrato de trabajo; sin embargo, de las pruebas se desprende con total claridad, que tal y como lo señaló la Juez de primera instancia, entre las partes existió un verdadero contrato de tipo laboral y no civil como lo pretendió hacer ver la pasiva durante el trámite procesal; lo anterior, por cuanto no acreditó la entidad demandada que las labores ejecutadas por la actora representaran una labor que por su naturaleza estuviera excluida del objeto que legal y constitucionalmente le está encomendado desarrollar por representar un conocimiento especializado y la falta de personal de planta para acometerlo con suficiencia; por el contrario, dichas labores son actividades conexas al objeto natural de la entidad y a su supervivencia, circunstancia esta última que se corrobora con la documental antes citada.

Asimismo las testimoniales vertidas llevadas al proceso por la parte demandante, señalaron que la misma había sido contratado bajo la modalidad de órdenes de servicios, corroboraron que en realidad, la prestación del servicio de la demandante, no se ajustaba a dicho modo de contratación ya que en virtud al contacto directo y a diario que tenían con la señora Zandra, esta permanecía en las instalaciones de Caprecom, pues manejaba el sistema instalado en los computadores de esta, desarrollando las labores que le fueran encomendadas, recibiendo órdenes e instrucciones para el cumplimiento de las mismas y de igual manera cumpliendo el horario de cualquier trabajador vinculado mediante contrato de trabajo.

*En las condiciones anteriormente analizadas, **encuentra la Sala que efectivamente la relación jurídica que unió a las partes estuvo regida por un contrato de trabajo** dando aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas, pues si bien, la documental allegada por la demandada, en principio podría llevar a concluir que la contratación a través de órdenes de servicios, no salió de dicho plano; lo cierto es que se demostró con certeza que otra fue la realidad, que la demandante estuvo vinculado bajo las características propias de un contrato de trabajo, realizando como se dijo actividades propias del desarrollo y supervivencia de la entidad demandada, quedando desdibujada así la contratación por prestación de servicios que alega la demandada.*

*En relación con la **calidad de trabajadora oficial** del demandante, siendo un aspecto que se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, ésta Colegiatura encuentra que como quiera que la Caja de Previsión de Comunicaciones a la luz de la Ley 314 de 1996, era una Empresa Industrial y Comercial del Estado y ha quedado sentado que, de conformidad con los criterios orgánico y funcional de clasificación de servidores públicos **quienes prestan sus servicios a una Empresa Industrial y Comercial del Estado tienen por regla general la calidad de trabajadores oficiales**, la excepción es la de las persona que desempeñan actividades de dirección o confianza precisadas en los Estatutos internos de la entidad, pues ostentarán la condición de empleados públicos y por ello se tiene entonces que la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial para la demandada.*

Valor cesantías y vacaciones

Sobre este punto, indica el recurrente que conforme los extremos temporales y la asignación salarial demostrada en el plenario, resulta ser de mayor valor; aspecto sobre el cual le asiste razón como quiera que liquidado dicho rubro, asciende a la suma de \$3.813.000, lo propio ocurre en cuanto a las vacaciones, ya que efectuadas las operaciones aritméticas, su valor es de \$1.906.500, razón por la cual, se **modificará** el numeral TERCERO de sentencia recurrida al resultar de superior valor dichas condenas.

Indemnización por despido injusto

Al haberse declarado la existencia de contrato realidad y encontrándose claro que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo 1996-1997, se tiene que esta prevé que todos sus trabajadores están vinculados bajo la modalidad de contrato a término **indefinido**, circunstancia que determina la procedencia de la indemnización alegada, al haberse demostrado igualmente que fue la demandada quien finiquitó el vínculo que la unía con la demandante, asistiéndole razón al recurrente en el sentido de que el plazo presuntivo comprende el interregno temporal entre el 14 de enero de 2016 al 15 de junio del mismo año y no como lo indicara el juzgador de primer grado, razón por la cual, igualmente se dispondrá **modificar** el valor de dicha condena, para en su lugar indicar que asciende a \$6.355.000.

PRESTACIONES CONVENCIONALES

Al respecto y como bien lo señala el recurrente, el juzgador de primer grado no argumentó las razones por las cuales absolvía de las demás pretensiones incoadas, sino que de manera general, indicó que la actora no era beneficiaria de estas, por lo que de conformidad con el recurso planteado, se determinará la procedencia de las mismas:

- **Prima Junio:** El artículo 49 de la CCT aportada a folio 29 del plenario consagra esta prestación para todos los trabajadores de Caprecom, equivalente a 15 días de salario, por lo que a la actora le asiste derecho a su reconocimiento en cuantía de \$1.906.500.
- **Prima de navidad:** igualmente el artículo 50 del instrumento convencional en mención prevé el pago de este emolumento para **todos los trabajadores**, a razón de 15 días de salario, que para el caso de la demandante, ascienden a \$2.542.000.
- **Prima de servicios legal:** como quiera que fue concedida en primer grado prima de servicios de orden convencional, no hay lugar a imponer condena por este concepto, al establecerse la incompatibilidad de esta acreencia laboral con una de carácter convencional, conforme al artículo 51 del Decreto 1848 de 1968, reglamentario del parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, a su vez reformado por el artículo 1º del Decreto 3148 del mismo año.
- **Auxilio de transporte convencional:** El instrumento convencional aplicable consagra en su artículo 47 la procedencia del reconocimiento del auxilio de transporte a todos los trabajadores de la entidad sin distinción alguna; así las cosas a la actora por tal rubro, le corresponde la suma de \$3.043.650

- **Prima de retiro:** Prevista en el artículo 48 de la convención aportada, se observa que su pago procede para todos los trabajadores a razón de 2 meses de salario; por lo anterior a la actora le asiste derecho al pago de la prima bajo estudio en cuantía de \$2.542.000.
- **Bonificación por recreación:** Señala el texto convencional que dicha bonificación se causa por el disfrute de vacaciones, en el presente quedó probado que la actora no disfrutó de vacaciones y por ello se condena a su pago en dinero, razón por la cual, no hay lugar a reconocer esta bonificación.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionar** el numeral TERCERO en el sentido de incluir los anteriores conceptos como condena a pagar por parte de la Fiduciaria demandada y a favor de la actora.

Devolución de aportes con destino al sistema de seguridad social integral.

Se confirmará la absolución de esta condena dispuesta en primer grado, como quiera que las planillas aportadas a folio 35 y s.s., del plenario, dan cuenta de pagos efectuados por parte de la Cooperativa de Trabajo Cooperamos y si bien algunas están a nombre de la aquí demandante, no se logra determinar el valor que pagó por concepto de aportes, lo que impide cuantificar la suma a devolver.

Indemnización moratoria

Sobre este aspecto que se estudia en **consulta**, encuentra la Sala que de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la indemnización moratoria no procede de manera automática e inexorable por el sólo hecho de que se demuestre el incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales, sino además debe analizarse si existió o no mala fe del empleador, por ende, sólo es procedente condenar a la indemnización moratoria cuando se acrediten dos elementos: la falta de pago de salarios, prestación e indemnizaciones y tal omisión persista tras su mala fe o reticencia en pagar esas obligaciones laborales al ex trabajador.

En el presente caso, no hay prueba que Caprecom, no pudiese contratar trabajadores de planta como lo afirma esta entidad, siendo que debió prever, que si lo que suscribía con el actor eran contratos regidos por las normas de contratación pública, en consecuencia, no podía haber ejercido la subordinación en la manera como resultó probado, pues la entidad al intentar simular una contratación diferente a la de tipo laboral, no puede su conducta considerarse guiada por la buena fe.

Es claro entonces que la demandada no demostró que existiesen razones atendibles y objetivas para su actuar único argumento que podría exonerarla de la sanción, luego, hay lugar a la imposición de esta condena en los términos indicados en la sentencia de primer grado.

Por último y en cuanto a la solicitud de la parte recurrente de indexar sumas distintas a las indicadas en primer grado, se tiene que contrario a lo manifestado por este, la condena de indemnización moratoria, resarce la pérdida del poder adquisitivo de la

moneda respecto de prestaciones legales y convencionales, razón por la cual, resulta improcedente la indexación deprecada.

En los anteriores términos dejo planteado el salvamento de voto.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-624-01

DEMANDANTE: JAIRO ANDRÉS DÍAZ

DEMANDADO: CAPRECOM EICE Y OTRO

SALVAMENTO DE VOTO

Me aparto respetuosamente de la decisión adoptada en el proceso de la referencia en primer lugar por cuanto en mi criterio; sí es la jurisdicción laboral, la competente para tramitar este proceso; aspecto que ha sido definido de vieja data por nuestro organismo de cierre; esto es la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual creo conveniente apartarme de la providencia; apoyada en providencia de la Corte Constitucional, que resolvió un conflicto de competencias por las siguientes razones y no sin antes advertir lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 305-2022 Rad N° 84972 de enero 19 de 2022 MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ en donde se estudia la fuerza vinculante del precedente judicial, pero del cual, dice, puede el Juez apartarse siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, reiterando lo dicho en sentencia SL4938-2021, de agosto 18 de 2021 así:

“(…)

Nótese que la Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, y que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia.

Asimismo, ha precisado que su precedente tiene fuerza vinculante, puesto que no existe duda que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho y la hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la facultad de unificarla y otorgar comprensiones a normas superiores, precisamente contribuye a determinar el alcance de disposiciones jurídicas y a desarrollar principios básicos del Estado Constitucional, como el de seguridad jurídica; además, permite materializar el respeto de los principios de la igualdad, la supremacía de la Carta Política, el debido proceso y la confianza legítima (C-539-

2011).

No obstante, también ha diferenciado entre las decisiones derivadas del control abstracto de constitucionalidad, es decir, aquellos fallos que determinan el contenido y alcance de la normativa superior, y el precedente en vigor, esto es, el que deriva de las providencias de acciones de tutela.

El primero tiene una fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos erga omnes y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011); mientras que el segundo, aunque también tiene fuerza vinculante, le permite al juez apartarse de sus postulados siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU-611-2017).

En este contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y que su aplicación debe ser proporcional –a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos superiores valiosos para los individuos y la sociedad-, respecto de la sentencia de tutela CC T-235 de 2017 que refiere la censura en el cargo, la Sala considera oportuno señalar que la misma tiene efectos inter partes. Y, en todo caso, dicho criterio fue posteriormente modificado a través de la sentencia SU-005-2018, de cuyo contenido esta Sala de Casación de la Corte se aparta, en cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia definidos por la Corte Constitucional (C-621-2015 y SU-354-2017), por las razones que expone a continuación (deber de argumentación suficiente):”

Es por ello que, insisto, me aparto del auto citado en la providencia, en el que se definió un conflicto de competencias; afirmando que son los jueces administrativos los encargados de definir un conflicto en que se aduce que los contratos celebrados eran de trabajo, así se hubieren pactado como de servicios; pues muy por el contrario la Corte Suprema de justicia de vieja data ha señalado que la afirmación que haga el demandante de ser trabajador oficial, fija la competencia, lo que no le garantiza al actor, eso sí que al desatarse la controversia y por el análisis de las pruebas, se concluya que no tenía la condición invocada; aunque también suceda lo contrario como en este caso en donde el Juez de primera instancia encontró acreditada la existencia de un contrato de trabajo y condenó al pago de prestaciones sociales, legales y extralegales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indexación.

Es así como en sentencia que data de marzo 14 de 1975 la Corte Suprema de justicia señaló:

“ .. por otra parte, la competencia de que trata el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo no se puede determinar por la demostración que en el curso del juicio se haga del contrato de trabajo, sino por la afirmación que de la existencia de tal vínculo proponga el actor, puesto que la competencia ha de determinarse a partir por factores existentes al iniciarse el litigio y no puede resultar por lo que llegue a demostrarse en el proceso...”

De esa fecha y hasta la actualidad ese ha sido el criterio para fijar la competencia y ha sido reiterado en diversas sentencias; a título de ejemplo la de Rad 19711 de mayo 8 de 2003, Rad 22223 de agosto de 2004, Rad 20454 de mayo 13 de 2003, SL 32329 de 2020.

Y es que tal criterio no resulta caprichoso, ni arbitrario, por el contrario, surge de principios constitucionales y legales en materia laboral; de carácter eminentemente tuitivo, hacia los derechos del trabajador, que es la parte débil de la relación de trabajo, contenidos en la parte sustantiva de las normas en este caso de trabajador oficial; tales como el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, y también procesales; los cuales otorgan ventajas probatorias; como el contenido en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que presume la existencia del contrato e impone a quien lo niega por cualquier causa, como aducir contratos de prestación de servicios; destruir la presunción y no como parece expresar el auto de la Corte Constitucional, que sea la administración quien por el solo hecho de suscribirlos, en principio se tengan como válidos, se itera porque es al trabajador al que la ley y la constitución tienen como parte débil en esa relación de trabajo.

Es en los artículos 2 y 3 del Decreto 2127 en donde se estipulan los elementos del contrato de trabajo y en donde se señala que una vez reunidos los tres elementos de que trata el art 2; **el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; prestación de servicios, corretaje, comercial, etc; lo que constituye justamente el principio de primacía de la realidad sobre las formas.**

Finalmente, no sobra recordar que resulta erróneo y eso según la doctrina, “juzgar la naturaleza de una relación por lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a

la realidad, carecerán de todo valor”. (Mario de la Cueva); y en ese sentido fijar la competencia en el Juez administrativo por el solo hecho de la existencia de unos contratos de prestación de servicios, en mi sentir se opone a dicho principio fundamental en el derecho laboral.

En los anteriores términos dejo planteado el salvamento de voto.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA