

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105031201900492-02
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GLORIA FEMMY MARÍN DAZA
DEMANDANDO	PRIMAX COLOMBIA S.A.

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **GLORIA FEMMY MARÍN DAZA** se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante señor Alfonso Alberto Taylor Chaux en un 50% a partir del 9 de septiembre de 2001, junto con el retroactivo, los incrementos anuales, sus intereses, e indexación; y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 6-7 archivo 03 carpeta 1ª inst exp digital), señaló que la empresa Esso Colombia S.A., ExxonMobil de Colombia S.A., hoy Primax de Colombia S.A., el 11 de diciembre de 1984, le reconoció una pensión de jubilación al señor Alfonso Alberto Taylor Chaux a partir del 29 de noviembre de ese mismo año.

Narró que, el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de noviembre de 2013, condenó a la demandada a pagarle el 50% de la pensión de sobrevivientes a la señora Itala Santoro de Taylor, decisión que fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, quien a su vez modificó la sentencia en el sentido de aclarar que una vez José Alfonso y Karen Patria Taylor Marín dejaran de recibir la mesada pensional, esta se pagaría en su totalidad a Dayana Margarita Taylor Lemes por ser hija discapacitada del *de cujus*; que la señora Itala Santoro de Taylor interpuso recurso de casación el cual NO casó.

Expuso que, fue llamada al proceso referido, pero no pudo probar su convivencia con el fallecido, la cual perduró por espacio de 14 años, por no haber declarado la unión marital de hecho; que mediante sentencia del 08 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado 31 de Familia, se declaró la existencia de la unión marital de hecho entre ella y el señor Alfonso Alberto Taylor Chaux desde el 1° de septiembre de 1987, hasta el 09 de septiembre de 2001, fecha del deceso del causante; que de dicha unión se procrearon dos hijos José Alfonso y Karen Patria Taylor Marín; que ella dependía económicamente de su compañero permanente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PRIMAX COLOMBIA S.A. contestó la demanda (f.º 112-122 archivo 03 carpeta 1ª inst exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría, excepto dos, que no le constaban, el que tiene que ver con la sentencia del 08 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado 31 de Familia, y que la demandante dependía económicamente del causante.

Formuló como excepción previa la de cosa juzgada; como de mérito, las de inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, prescripción, buena fe y la genérica.

En audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS celebrada el 07 de octubre de 2019, el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción previa de cosa juzgada, y ordenó la terminación del proceso; el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral quien conoció en recurso de apelación interpuesto contra la anterior decisión, resolvió en audiencia celebrada el 10 de junio de 2020, revocar en su integridad la providencia recurrida y en su lugar se ordenó continuar el trámite del proceso (f.º 182 archivo 03 carpeta 1ª inst exp digital).

El *a quo* en audiencia celebrada el 08 de abril de 2021, ordenó la Integración en calidad de litisconsorte necesario de la señora Dayana Margarita Taylor (archivo 06 carpeta 1ª inst exp digital), la cual una vez notificada procedió a contestar la demanda (archivo 11 carpeta 1ª inst exp digital), por intermedio de su madre quien actúa en su nombre y representación por ser una persona inválida por retardo mental moderado, se opuso a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos aceptó que su padre era pensionado por la empresa Esso Colombia S.A., ExxonMobil de Colombia S.A., hoy Primax de Colombia S.A., y que en la actualidad está recibiendo esa mesada pensional en condición de hija inválida del causante; frente a los demás dijo no constarle.

Aclaró que, no existía prueba de la presunta convivencia del *de cujus* con la demandante, porque su padre según la versión de su esposa la señora Itala Santoro de Taylor desde 1998, hasta 2001 había vivido en Ecuador; que la actora no vivía en

Ecuador, y tampoco había aportado pruebas como pasaportes, o tiquetes de avión, luego no había prueba de esa situación.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de noviembre de 2021 (archivo 19-21 carpeta 1ª inst exp digital), resolvió absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la parte actora.

La *a quo* indicó que como el causante había fallecido el 09 de septiembre de 2001, la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes era la Ley 100 de 1993 en su redacción original, el cual citó textualmente.

Sostuvo que, no había discusión frente a que el causante señor Alfonso Alberto Taylor Chaux había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues para la data en que falleció ostentaba la calidad de pensionado, prestación que además había sido reconocida por sentencia judicial a los tres (3) hijos del *de cujus*, y en la actualidad se pagaba en un 100% a la hija Dayana Margarita Taylor Lambis.

Señaló que, determinaría quienes eran los beneficiarios de esa prestación a luz del artículo 47 de la Ley 100 de 1993; que disponía que en el caso de la compañera permanente debía acreditar convivencia con el pensionado de no menos de 2 años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que hubiese procreado 1 o más hijos con el fallecido. Añadió que, en este caso la carga de la prueba recaía sobre la demandante quien debía probar su condición y la convivencia con el *de cujus* por el lapso referido.

Citó en extenso la sentencia CSJ SL, 12 mar 1999, rad. 11245, y la CSJ SL, 10 mar 2006, rad. 26710, sobre convivencia efectiva entre el causante y la cónyuge o compañera permanente y donde se aclaró que el haber procreado hijos no suple la falta de convivencia al momento de la muerte, sino el requisito de la convivencia continua durante los 2 años anteriores a la muerte.

Refirió que, era indispensable entonces probar la convivencia efectiva con el fallecido, pero que en este asunto la demandante pretendía exonerarse de probar dicha convivencia allegando la nota marginal que aparece consignada en su registro civil de nacimiento, en donde se leía *«por sentencia del 8 de noviembre, el Juzgado 31 de Familia Bogotá D.C, este juzgado declaró que entre Gloria Femmy Marín Daza y el fallecido Alfonso Alberto Taylor Chaus existió una unión marital de hecho dentro del periodo comprendido del primero de septiembre de 1987 al 9 de septiembre del año 2001»*.

Advirtió que, era importante traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1035 de 2008, donde se había analizado la exequibilidad del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, providencia que citó en extenso, para finalmente concluir que de esta se podía concluir válidamente que al equipararse tanto el Matrimonio como la unión marital de hecho, el compañero permanente no estaba exonerado de probar la convivencia con el causante, como lo estaba pretendiendo la parte actora, quien erróneamente consideró que por haber obtenido una sentencia judicial en dónde se declaró la existencia de una unión marital de hecho desde 01/09/1987 al 09/09/2001, quedaba eximida de acreditar la convivencia exigida por la Ley 100 de 1993, cuando esta norma exigía demostrar ese requisito tanto al cónyuge como al compañero.

Adujo que, en este asunto brillaba por su ausencia la acreditación de la convivencia, pues si bien se había escuchado en interrogatorio de parte a la demandante, este no le servía como prueba porque nadie podía constituir con su dicho prueba en su favor. Y agregó que del testimonio de Luis Francisco Garabito lo único que se extraía era que la promotora del litigio acompañaba al *de cujus* a hacer sus averiguaciones acerca de su pensión, pero que no tenía trato de una relación de pareja.

En consecuencia, absolvería de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que:

No estoy de acuerdo con sus planteamientos porque mi representada sí convivió con el señor Chaux durante 14 años y ella misma es su testimonio dijo que murió hasta en la misma casa de ella. También señora juez basado en el artículo 48 de la Constitución Nacional, la pensión es irrenunciable, son irrenunciables y cumple con el requisito del artículo 47 como compañera permanente, por esto interpongo el recurso de apelación

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Alfonso Alberto Taylor Chaux falleció el 09 de septiembre de 2001; **ii)** que la empresa Esso Colombia S.A., ExxonMobil de Colombia S.A., hoy Primax de Colombia S.A., le reconoció pensión de jubilación a partir del 29 de noviembre de 1984; **iii)** que procreo tres hijos, dos de ellos con la aquí demandante de nombres Karen Patricia y José Alfonso Taylor Marín, y la otra, Dayana Margarita Taylor Lambis quien tiene la calidad de inválida; **iv)** que la pensión de sobrevivientes se pagó desde el 09/09/2001, a sus tres hijos, a los dos primeros hasta que cumplieron 25 años de edad, y a la tercera a la fecha se le está cancelando el 100% de la prestación; **v)** que dentro del proceso laboral iniciado por la señora Itala Santoro de Taylor contra ExxonMobil de Colombia S.A., y los tres hijos, se resolvió mediante decisión judicial en firme, absolver de las pretensiones incoadas por

ella, y declarar que los beneficiarios de la pensión del señor Taylor Chaux eran sus tres hijos; y **vi)** que en el registro civil de nacimiento de la actora existe una nota marginal del siguiente tenor:

Por Sentencia de 08 de noviembre de Juzgado treinta y uno de Familia Bogotá D.C. este Juzgado DECLARO que entre GLORIA FEMMY MARIN DAZA y el fallecido ALFONSO ALBERTO TAYLOR CHAUX, existió una unión marital de hecho dentro del periodo comprendido desde el primero de septiembre de 1987 y hasta el 09 de septiembre de 2001.

Nota: Fecha de sentencia 08-11-2017.

Yamid Cardona Muñoz
Yamid Cardona Muñoz
Registradora del Estado Civil



REGISTRADURÍA
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a establecer si la señora Gloria Femmy Marín Daza quien se presenta como compañera permanente del causante, acredita los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor Alfonso Alberto Taylor Chaux.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que tratándose de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto, tuvo ocurrencia el 09 de septiembre de 2001, es así como, bajo tal entendido la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 original, que puntualmente establece:

ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del **pensionado** por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

(...)

DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 original, respecto de la cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, señaló:

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 ~~por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez,~~ y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

(...)

Tal como puede evidenciarse esta norma trae dos hipótesis para la cónyuge o compañera permanente, la primera, que acredite la convivencia con el causante en los dos años anteriores al fallecimiento, y la segunda, que hubiese procreado con el pensionado fallecido uno o más hijos.

En cuanto a la primera hipótesis, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que, en tratándose de fallecimiento de un pensionado, la cónyuge o compañera permanente deben acreditar además de dicha calidad, una convivencia real y efectiva con el pensionado de no menos de dos (2) años ininterrumpidos, para la cónyuge supérstite en cualquier tiempo y para la compañera permanente inmediatamente previos al deceso del causante.

Así se dejó plasmado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL857-2021, en la que se indicó:

El citado artículo 47 exigía a la cónyuge o compañera permanente, para ser beneficiaria de la prestación, una convivencia de 2 años con anterioridad a la muerte. En otras palabras, es la efectiva cohabitación la que legitima el derecho de tales beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Igualmente se advirtió en la sentencia CSJ SL1558-2019, donde la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación de Laboral, explicó:

*Ahora bien, esta Sala de la Corte ha sido consistente en sostener que, en el marco del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el parámetro esencial para determinar como beneficiario de la pensión de sobrevivientes **es la convivencia efectiva, real y material entre la pareja**. Es por ello que debe acreditarse el requisito de la convivencia, entendida como la que, «[...] se puede predicar de quienes además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante al auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 13 del CC-, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales... (CSJ SL, 31 en. 2007, rad. 29601, reiterada en CSJ SL5640-2015)», tal y como lo sostuvo el Tribunal en la sentencia recurrida.*

Resulta pertinente recordar que, la convivencia real y efectiva que se debe probar corresponde a una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de la pareja, compartir todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, brindarse respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, asuntos propios de una vida en pareja con vocación de permanencia (Sentencia CSJ SL1399-2018).

Respecto de la segunda hipótesis, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que la procreación de un hijo o más con el causante pensionado, exime a la demandante de acreditar la convivencia, siempre que este sea concebido en los dos años anteriores al deceso del causante. Así se explicó en la sentencia CSJ SL634-2019, donde se citó la sentencia CSJ SL4099-2017, y en esta última se explicó:

[...] esta sala de la Corte, también de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la procreación de hijos no supe el requisito de la convivencia efectiva en el momento de la muerte, sino que excusa el término mínimo de dos años continuos con anterioridad a ese suceso, si se da dentro del mismo lapso y no en cualquier tiempo. En la sentencia CSJ SL, 8 feb. 2002, rad. 16600, reiterada en CSJ SL, 27 de octubre de 2010, rad. 35362, la Corte expresó al respecto:

Ahora bien, ya sin ninguna incidencia en la decisión y sólo con miras a hacer las correcciones doctrinarias pertinentes, es bueno señalar lo siguiente: El recurrente enrostra al Tribunal haber interpretado erróneamente el artículo 9º del Decreto 1889 al considerar que en tal precepto se dispuso que el hecho de procrear hijos puede suplir el término de convivencia señalado en las disposiciones legales para acceder a la pensión de sobrevivientes; reparo en el que le asiste plena razón porque dicho precepto legal en modo alguno hace ese tipo de regulación.

Sobre ese tema la Sala se pronunció en el fallo atrás transcrito, a propósito de fijar el alcance del artículo 47 de la Ley 100, y allí asentó que uno de los requisitos para acceder la esposa o la compañera permanente a la pensión de sobrevivientes es “haber convivido con el pensionado no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte, requisito éste que puede suplirse con el de haber procreado uno a más hijos con él”.

En ese orden de ideas, es claro que ya frente al citado artículo 47 erró el sentenciador de segunda instancia, por cuanto el requisito de procrear hijos no supe la falta de convivencia al momento de la muerte sino el de la convivencia continua durante los dos años anteriores a la muerte.

[...]

*Sin embargo en sede instancia se arribaría a la misma decisión, por cuanto la norma dejada de aplicar no releva a la actora de demostrar la convivencia con el afiliado fallecido como lo pretende, sino que ante el hecho de la procreación de un hijo con el señor Gabriel Flórez, se excusa de probar la vida en común con él durante este término, **siempre que la concepción suceda en los dos años anteriores al deceso del afiliado**, condición que tampoco acreditó porque conforme el registro civil de nacimiento que obra a folio 22 del cuaderno de primera instancia, el menor nació el 04 de agosto de 1991, lo que significa que para el 26 de mayo de 1994 -data del fallecimiento- tenía 2 años, 9 meses y 19 días de vida, es decir, la procreación aconteció por fuera de los 2 años que menciona la referida norma. (Subraya y negrilla fue del texto original)*

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la demandante acredita la calidad de compañera permanente del causante, y el requisito de la convivencia o la procreación de un hijo o más con el causante dentro de los dos años anteriores a su deceso.

La demandante con dicho fin aportó su registro civil de nacimiento el cual tiene una nota marginal del siguiente tenor:

Por Sentencia de 08 de noviembre de Juzgado treinta y uno de Familia Bogotá D.C. este Juzgado DECLARO que entre GLORIA FEMMY MARIN DAZA y el fallecido ALFONSO ALBERTO TAYLOR CHAUX, existió una unión marital de hecho dentro del periodo comprendido desde el primero de septiembre de 1987 y hasta el 09 de septiembre de 2001.

Nota: Fecha de sentencia 08-11-2017.

Yamid Cardona Muñoz
Yamid Cardona Muñoz

Registradora del Estado Civil



REGISTRADURÍA
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

De este documento no se extrae absolutamente nada acerca de la convivencia efectiva, real y material entre la pareja Taylor Marín, pues ello simplemente prueba la naturaleza jurídica del vínculo que entre ellos dos existió, pero para efecto de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes debe demostrar que como pareja tenían una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de la pareja, que compartían todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, se brindaban respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, asuntos propios de una vida en pareja con vocación de permanencia, lo cual evidentemente no puede colegirse de ese documento.

De otro lado, dentro del proceso se escuchó en interrogatorio de parte a la demandante, quien informó que el señor Alfonso era pensionado por ExxoMovil Colombia; que convivían juntos en la Cra 21#166-70 Bogotá; que él nunca vivió en Ecuador; que él viajaba con sus hermanos que son madereros (los de la actora) quienes sí trabajaban en ese país pero esporádicamente como por darse una vuelta y distraerse; que el causante falleció en su casa por una bacteria en una herida por la realización de tres by-pass coronarios que el sepelio fue organizado por ella, su hijo y su hermana; que no sabe si se cobró auxilio funerario; que el fallecido era casado con Itala pero no sabía cuándo se habían casado ni si se había tramitado divorcio; que con ella tuvo 5 hijos; que convivieron juntos (dte-causante) como pareja desde 1987; que tuvieron dos hijos que son menores que los que procreó con Itala, y permanecieron hasta el día del deceso del *de cujus*.

También se recepcionó el testimonio del señor Luis Francisco Garavito quien conoció al causante previo al año de su fallecimiento, porque tenía la administración de los pensionados de ExxonMovil; que él iba a la oficina acompañado por la señora Gloria Femmy «en calidad de ¿qué?, no lo sé»; que del trato entre la demandante y el pensionado se veía que ella solo lo acompañaba a hacer sus averiguaciones y sus cosas acerca de la pensión; al preguntársele si había podido percibir algún trato entre ellos dos que denotara una relación de pareja, respondió «no, no señora»; que no sabía quienes

integraban el núcleo familiar del señor Alfonso cuando el falleció; que conoció a la señora Itala con posterioridad al deceso de Alfonso, porque pidió la sustitución de la pensión.

De estas dos últimas pruebas tampoco se extrae la existencia de una convivencia entre la demandante y el causante en los términos exigidos tanto por la Ley 100 de 1993, como por la jurisprudencia; lo anterior, en la medida que lo por ella declarado en el interrogatorio de parte no puede ser considerado como constitutivo de confesión a la luz de lo dispuesto en el artículo 191 del CGP, en tanto no se trata de la afirmación de un hecho que beneficie a la parte contraria y la perjudique a ella, como absolvente; por el contrario, la convivencia que dice la actora haber sostenido con el pensionado, por el tiempo ya referido, terminaría favoreciendo a quien hace esa aseveración y, por ende, es una simple afirmación carente de respaldo probatorio, pues sabido se tiene que afirmar no es probar.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL3443-2021, sostuvo:

Sobre el primero de estos, resulta pertinente recordar que esta Sala en innumerables pronunciamientos ha sostenido que el interrogatorio de parte, no es un medio de convicción calificado en la casación del trabajo, salvo que entrañe confesión de algún de hecho, en los términos del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, hoy 191 del CGP, requisitos que no cumple la declaración vertida por el promotor, en razón a que su afirmación no produce consecuencias adversas al confesante ni favorece a la contraparte (núm. 2 ibídem); contrario a ello, lo que se colige de la disertación contenida en el desarrollo de los ataques, es que pretende favorecerse de la propia versión rendida por el accionante, cuando ello en sí no constituye confesión, y de contera, impide tenerla como probanza hábil en sede casacional para estructurar un error fáctico, razones estas por las que resulta totalmente equivocada la argumentación vertida en el recurso con la que busca el quiebre del fallo impugnado. (Ver sentencia CSJ SL17547-2017).

De otra parte, del testimonio rendido por el señor Luis Francisco Garavito, lo único que se extrae es que, la demandante acompañaba al causante a la oficina de pensionado de ExxonMobil a realizar diligencias relacionada con su mesada pensional, pero que en esas visitas, no se evidenciaron tratos de afecto típicos de una pareja.

Así las cosas, si bien esta Corporación no puede desconocer que entre la señora Gloria Femmy Marín Daza y el causante presuntamente existió una relación sentimental, dentro del proceso NO se demostró que entre ellos hubiese existido una real y efectiva convivencia, 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 dos (2) años anteriores al fallecimiento del señor Alfonso Alberto Taylor Chaux.

De otro lado, respecto de si la demandante probó la segunda hipótesis que trae el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 original, esto es, la procreación de un hijo o más con el causante dentro de los dos años anteriores a su deceso, advierte esta Sala que ello

tampoco es así, por cuanto dentro de las pruebas allegó dos registros civiles de nacimiento de hijos procreados por la pareja Taylor Marín, así:

1. Karen Patricia Taylor Marín nació el 27 de enero de 1989
2. José Alfonso Taylor Marín nació el 04 de marzo de 1991

En este orden, como quiera que el causante falleció el 9 de septiembre de 2001, es evidente que en los dos años anteriores a su deceso, no se procrearon hijos entre la demandante y el *de cujus*, exigencia que debió cumplir en dicho lapso temporal, ello conforme al criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al que se aludió en líneas precedentes.

En consecuencia, la señora Gloria Femmy Marín Daza no acreditó en este proceso que tuviese la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor Alfonso Alberto Taylor Chaux conforme lo exigido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 original; por lo tanto, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de apelación no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Salva voto)



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte actora en la suma de \$580.000, y en favor de la parte demandada.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto de mis compañeros de Sala, me permito salvar el voto, pues si bien el proyecto se anuncia que la ley aplicable al tema debatido es la vigente al momento de la muerte del pensionado, esto es, la Ley 100 de 1993, en su redacción original, lo cierto es que del contenido de los artículos 46 y 47 se extrae que los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, tanto para la cónyuge como para la compañera permanente, es acreditar que hicieron vida marital con el causante y hasta su muerte, y haber convivido con el fallecido no menos de 2 años continuos con anterioridad al óbito, salvo que hayan procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

Sobre el alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, estableció la Corte Constitucional en la sentencia SU 453 de 2019, que la acreditación de los 2 años de convivencia lo son en cualquier tiempo y no únicamente contados inmediatamente hacia atrás al momento de la muerte del causante.

Igualmente, precisó que dicho precepto permite suplir el requisito de convivencia mínimo de 2 años con anterioridad de la muerte del pensionado con el hecho de haber procreado hijos con éste, sin que ello haya sido condicionado al nacimiento dentro del término de 2 años anteriores al óbito, contrario a lo establecido de manera reiterada en criterio jurisprudencial por parte de la CSJ.

En el proceso obra medio de convicción que acredita que entre el causante y la compañera permanente procrearon dos hijos, luego el requisito contenido en la norma citada se cumple, haciendo eco de lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia de unificación citada.

Pero aun en gracia de discusión, de cara a la prueba documental incorporada al proceso, específicamente de la nota marginal contenida en el registro civil de la demandante, se puede colegir la convivencia efectiva, real y material entre el causante y la señora GLORIA FEMMY MARÍN DAZA por más de 14 años y hasta la fecha del deceso del pensionado, en tanto que, fue el juez de familia quien declaró la unión marital de hecho durante el interregno del 1 de septiembre de 1987 al 9 de septiembre de 2001, en aplicación al artículo 1º de la Ley 54 de 1990, según el cual "*A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular*" (subraya fuera de texto); documento que no fue objeto de tacha alguna, y cuyo contenido se acompasa con la declaración de parte vertida por la accionante en el interrogatorio, al no evidenciarse ninguna contradicción; pruebas que valoradas en conjunto forjan en esta juzgadora el convencimiento de que se acreditó la convivencia que se echa de menos, por lo que, en todo caso había lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503220190008201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SANDRA PATRICIA SINISTERRA
DEMANDADOS	ELIZABETH PINZÓN GUERRERO y CARLOS HERNÁN VARGAS

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Sandra Patricia Sinisterra** se **declare** que entre ella y los señores Elizabeth Pinzón Guerrero y Carlos Hernán Vargas existió un contrato de trabajo desde el 12 de enero de 2012, hasta el 4 de agosto de 2018. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a los accionados al pago del salario causado desde el 16 de julio de 2018, al 4 de agosto del mismo año, al reajuste del salario mínimo legal mensual vigente causado entre el año 2017 y 2018, al auxilio de transporte causado a lo largo de la relación laboral, al auxilio de cesantías, los intereses sobre las cesantías, la indemnización por no pago de intereses a las cesantías, la prima de servicios, a las vacaciones, a la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones a partir del 5 de agosto del 2018, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a la indexación legal, lo que resulte probado con las facultades extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°4-07, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que inició a laborar para los demandados el 12 de enero de 2012, a través de un contrato verbal a término indefinido en el cargo de auxiliar de cocina en el restaurante denominado “DONDE AGUITA”; que trabajaba de lunes a sábado de 6:00 am a 6:00 pm; que el salario pactado fue de \$23.000 diarios durante toda la vigencia de la relación laboral; que a la fecha de terminación del contrato los demandados le adeudaban \$180.000 por concepto de salarios; que no le pagaron dominicales ni festivos durante toda la vigencia de la relación laboral; que el 4 de agosto de 2018, el enjuiciado Carlos Hernán Vargas dio por terminado el contrato de trabajo; que los llamados a juicio nunca le consignaron la cesantías, que no le pagaron el auxilio de transporte, los intereses a las cesantías, la prima de servicios ni las vacaciones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

CARLOS HERNÁNDO VARGAS RINCÓN contestó (f° 31- 37 archivo 001, carpeta 1ª inst.), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno indicando que no eran ciertos. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado y de la obligación y cobro de lo no debido.

ELIZABETH PINZÓN GUERRERO, contestó (f° 45- 49 archivo 001, carpeta 1ª inst.), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante empezó a trabajar a su favor desde el 12 de enero de 2012, en el cargo de auxiliar de cocina, precisando que se trató de una vinculación laboral a través de un contrato de obra o labor verbal; que el lugar de trabajo era un restaurante denominado “DONDE AGUITA”; que la labor se realizaba de lunes a sábado; que el salario se pagaba quincenalmente; que a la terminación del contrato de trabajo se le adeudaba a la actora \$186.000 por concepto de salario; que no se le consignó el auxilio de cesantía, el auxilio de transporte, los intereses a las cesantías, la prima de servicios ni las vacaciones.

Como excepciones de mérito, propuso la de pago e inexistencia de la obligación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de agosto de 2021 (archivo 6, carpeta 1ª inst.), resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la falta de legitimación por pasiva formulada por el demandado CARLOS HERNANDO VARGAS RINCÓN y NO PROBADAS las excepciones formuladas por la demandada ELIZABETH PINZÓN GUERRERO, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR que entre la demandante SANDRA PATRICIA SINISTERRA y la demandada ELIZABETH PINZÓN GUERRERO existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre el 12 de enero de 2012 y el 4 de agosto de 2018.

TERCERO.- CONDENAR a la demandada ELIZABETH PINZÓN GUERRERO a pagar a la demandante SANDRA PATRICIA SINISTERRA los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

Por cesantías la suma de \$5.873.750.00

Por intereses a las cesantías la suma de \$673.331.00

Por sanción por el no pago de los intereses a las cesantías la suma de \$673.331.00

Por prima de servicios la suma de \$5.873.750.00

Por vacaciones la suma de \$3.249.125.00

Los anteriores valores deberán cancelarse de manera indexada desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta su pago definitivo.

CUARTO.- ABSOLVER al demandado CARLOS HERNANDO VARGAS RINCÓN de todas las pretensiones incoadas en su contra y a la demandada ELIZABETH PINZÓN GUERRERO de las demás pretensiones.

QUINTO.- CONDENAR en costas a la demandada ELIZABETH PINZÓN GUERRERO y a favor de la demandante SANDRA PATRICIA SINISTERRA, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv; de igual manera condenar en costas a la demandante SANDRA PATRICIA SINISTERRA y a favor del demandado CARLOS HERNANDO VARGAS RINCÓN señalando como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv.

Para fundamentar su decisión, señaló que con el escrito de demanda no se allegó prueba documental alguna que acreditara los hechos de la misma; que obraba en el expediente el certificado de matrícula de persona natural expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá en el que se verificaba que la señora Elizabeth Pinzón Guerrero se encontraba inscrita como comerciante y se hallaba registrado un establecimiento de comercio de su propiedad denominado restaurante «*DONDE AGÜITA*».

Refirió que, se contaba con los interrogatorios de parte de los demandados y los testimonios de Luz Dary Martínez Parra y Claudia Fernanda Beltrán Pinzón, medios de prueba de los cuales se desprendía que el señor Carlos Hernando Vargas Rincón no era propietario del restaurante «*DONDE AGÜITA*», ni ejercía como empleador de ninguna de las personas que allí laboraban, incluida la demandante; que se tenía a su vez la declaración de confesa en perjuicio de la actora por no asistir a la audiencia y no rendir el interrogatorio de parte que se había decretado, pruebas estas de las que

concluyó que debía absolverse al señor Carlos Hernando Vargas Rincón de todas las pretensiones incoadas en su contra declarando probada la excepción de falta de legitimación por pasiva.

Respecto de la señora Elizabeth Pinzón Guerrero adujo que de la contestación de la demanda, del interrogatorio de parte y testimonios, se desprendía que ella sí fue la empleadora de la demandante; que entre ellas existió un contrato de trabajo verbal con ocasión del cual se cancelaban \$33.000 diarios a la fecha de su terminación; que la finalización del vínculo se dio a raíz de un altercado por un permiso de trabajo, con ocasión del cual la aora indicó que no volvería más, de ahí que se tuviera por acreditado que el contrato finalizó por decisión de la accionante sin que hubiese lugar al reconocimiento de indemnización por despido sin justa causa.

Frente a los extremos de la relación laboral, señaló que en la contestación de la demanda la empleadora aceptó que el inicio del contrato de trabajo data del 12 de enero de 2012; que en el interrogatorio rendido confesó que finalizó el 4 de agosto de 2018. Con relación al salario refirió que a la terminación del contrato era de \$33.000 diarios; que para el año 2012 ascendía a \$27.000 diarios, para el año 2013 a \$28.000 diarios, para el año 2014 a \$29.000 diarios, para el año 2015 a \$30.000 diarios, para el año 2016 a \$31.000 diarios y para el año 2017 a \$32.000 diarios.

Resaltó que, tanto la demandada y los testigos indicaron que no se cancelaron prestaciones sociales, con lo que se desconocían las obligaciones legales y derechos mínimos e irrenunciables; que la demandada además aceptó que la actora había trabajado de manera continua durante todo el tiempo y aceptó los extremos de la relación, de ahí que debiera condenarse a la señora Elizabeth Pinzón Guerrero a cancelar a favor de Sandra Sinisterra lo correspondiente a las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y sanción por intereses a las cesantías.

Frente a la sanción por no consignación de las cesantías y la sanción moratoria que trata el artículo 65 del CST, manifestó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha determinado que debía examinarse la buena o la mala fe con la que hubiese obrado el empleador. Sobre el caso en concreto determinó que debía tenerse en cuenta que la demandante no asistió a las audiencias; que los testigos señalaron que desde el inicio de la relación laboral eran claras las condiciones de trabajo, debido a que se trataba de un negocio familiar que no tenía los medios o la posibilidad de cancelar prestaciones sociales; que según la declaración de la testigo Claudia Fernanda Beltrán Pinzón, a la actora se le había ofrecido la

formalización de su contrato junto con el pago de las prestaciones sociales y que al respecto ella había referido que prefería seguir ganando diario porque ello le representaba un mayor ingreso. Con base en lo expuesto, determinó que en este caso a pesar del desconocimiento de la ley no se avizoraba un actuar guiado por la mala fe por parte de la demandada, por lo que la absolvió tanto de la condena por la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST como de la sanción por la no consignación de las cesantías.

RECURSO DE APELACIÓN

La señora **SANDRA PATRICIA SINISTERRA** presentó recurso de apelación, exclusivamente encaminado a que se revocara la absolución frente a la indemnización de que trata el artículo 65 del CST y la sanción por la no consignación de cesantías. Refirió que, aunque estas sanciones no eran de aplicación automática, sino que se requería prueba de la existencia de mala fe, lo cierto era que la informalidad que se manejaba no podía ser óbice para que se continuaran vulnerando los derechos de los trabajadores y que, en este caso, estaba probada la mala fe, debido a que era claro que la demandada decidió no reconocer los derechos laborales de las personas que habían trabajado a su cargo.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo expuesto en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si en este caso hay lugar a condenar a la demandada al pago de la indemnización por mora prevista en el artículo 65 del CST y la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **Sandra Patricia Sinisterra** concertó un contrato de trabajo verbal a término indefinido con la señora Elizabeth Pinzón Guerrero que inició el 12 de enero de 2012, finalizando el 4 de agosto de 2018 (confesión de la demandada al absolver interrogatorio); *ii)* que el cargo desempeñado por la demandante fue el de

auxiliar de cocina (aceptación al contestar hecho 3 de la demanda); **iii)** que a la terminación del contrato de trabajo el salario de la demandante ascendía a \$33.000 diarios, para el año 2012 fue de \$27.000 diarios, para el año 2013 de \$28.000 diarios, para el año 2014 de \$29.000 diarios, para el año 2015 de \$30.000 diarios, para el año 2016 de \$31.000 diarios y para el año 2017 de \$32.000 diarios (confesiones de la demandada al contestar el hecho 7 de la demanda y de la demandante por inasistencia a audiencia); **iv)** que durante la vigencia de la relación laboral o a su terminación no se le cancelaron prestaciones sociales ni vacaciones, como tampoco se le afilió al Sistema General de Seguridad Social (confesión por aceptación al contestar los hechos 13, 16, 17, 18 y 19 de la demanda); y **v)** que a la terminación del contrato de trabajo existía un saldo pendiente de pago por concepto de salario (confesión por aceptación al contestar el hecho 10 de la demanda).

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CST Y LA SANCIÓN DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990

Respecto de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales prevista en el artículo 65 del CST, así como de la sanción por no consignación de cesantías contemplada en el canon 99 de la Ley 50/90, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y pacífica ha sostenido que la imposición de las mismas no opera de manera automática, sino que requiere de la comprobación de mala fe en el actuar del empleador, de ahí que deba analizarse en cada caso el proceder de este último a efectos de determinar las circunstancias que lo llevaron a no cancelar las acreencias laborales en legal forma. Sobre el particular, la mentada Corporación en sentencia CSJ SL2805-2020, puntualizó:

Esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «...el recto entendimiento de las normas legales consagradorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.» (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre muchas otras).

Asimismo, sobre los parámetros para evaluar la conducta del patrono, esa misma Corporación en sentencia CSJ SL15498-2017, sostuvo:

*También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, **sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley.*** (Negrilla fuera de texto original).

Conforme a lo expuesto, en el caso que nos ocupa corresponde observar la conducta de la empleadora, con el fin de determinar si las razones que la llevaron a omitir el pago de las acreencias laborales parten de la intención de defraudar los derechos de la trabajadora demandante o si, por el contrario, existen motivos sólidos que expliquen el incumplimiento de sus obligaciones, para lo cual se procederá a analizar los medios de prueba obrantes en el expediente relevantes para la determinación del asunto objeto de estudio, a saber:

Del interrogatorio de parte rendido por la demandada Elizabeth Pinzón Guerrero y de las confesiones realizadas al contestar la demanda (artículo 191 del CGP) se extrae que esta tenía pleno conocimiento de que sostenía una relación de trabajo con la demandante (confesión al aceptar el hecho 1 de la demanda), así como también que era de su entender que adeudaba parte del salario y todas las prestaciones sociales a la terminación del contrato laboral (confesión al aceptar los hechos 13, 16, 17, 18 y 19 de la demanda). Como justificación del no pago de tales acreencias, la convocada a juicio manifestó que la contra prestación cancelada a la actora era «*sin derecho a lo de Ley porque el negocio es muy pequeño y no me da para pagar todo eso*». Por su parte, la testigo Claudia Fernanda Beltrán Pinzón, solicitada por la demandada, mencionó que «*no se pagaban prestaciones, es un negocio pequeño familiar no daba para eso*».

De lo previamente expuesto se extrae que la demandada no saldó las acreencias laborales que tenía a su cargo, argumentando que no contaba con los recursos para hacerlo, pese a tener conocimiento de la existencia de tales pasivos y aun cuando tenía conciencia de que a la terminación de la relación laboral adeudaba parte del salario de la actora.

A criterio de esta Sala las razones presentadas por la parte pasiva resultan insuficientes para justificar la transgresión de los derechos laborales mínimos e irrenunciables de la demandante y, por el contrario, dan cuenta de un proceder negligente frente a las obligaciones propias de la relación de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que la demandada tenía conciencia de que el vínculo con la actora era laboral, como lo reconoció en la contestación a la demanda y que con ocasión de este

se generaban una serie de cargas consistentes en el pago de prestaciones sociales y afiliación a seguridad social y, pese a ello, resolvió desatenderlas durante todo el vínculo que se extendió por más de seis años. Tampoco puede perderse de vista que la misma enjuiciada confesó continuar adeudando una suma de dinero pequeña por concepto de salario (menos de \$100.000 según su dicho), cuestión que pudo haber saldado aún bajo el supuesto de que el negocio del que era propietaria le generara pocos ingresos. Dilucidado lo anterior, se concluye que en este caso el proceder de la demandada sí estuvo encaminado a defraudar los derechos de la trabajadora y no partió de la buena fe.

Asimismo, para esta Corporación no son de recibo los argumentos expuestos por el *a quo* para motivar la absolución, los cuales consistieron en la falta de capacidad económica del empleador y la aceptación por parte de la trabajadora de las condiciones de informalidad, por cuanto los derechos laborales no se encuentran sometidos a la solvencia del contratante y además tienen el carácter de irrenunciables, de modo que las manifestaciones que al respecto hubiese efectuado la demandante resultan irrelevantes.

En este punto, cabe rememorar que la Corte Suprema de Justicia, respecto del argumento de iliquidez del patrono, en sentencia CSJ SL, 24 enero 2012 rad. 37288, señaló que por sí solo resulta insuficiente para sustraerlo de la imposición de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, precisando para ello lo siguiente:

Ha sido una constante para la Corte, como se aprecia en las sentencias de esta Sala citadas por el ad quem y por el censor, de cara a la condena por indemnización moratoria, que, en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio, tal circunstancia no exonera de la indemnización moratoria; en dicho caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Verbigracia, desde tiempo atrás, en la sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, esta Sala asentó:

[...]

LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos

causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado, para en su lugar, condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y la sanción por la no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para lo cual se procede a liquidar cada una de ellas de la siguiente manera:

De la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato de trabajo.

Como quiera que el salario percibido por la trabajadora a la finalización del contrato de trabajo el 4 de agosto de 2018, era superior al mínimo legal vigente en esa anualidad, dicha indemnización corresponde a un día de salario por cada día de mora, desde el día siguiente a la terminación del contrato de trabajo hasta por 24 meses, y a partir del mes 25, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre la sumas que generan dicha sanción, tal y como el numeral 1º del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002. La condena por los primeros 24 meses asciende a **\$23.760.000**:

Inicio	Final	Días de mora	Salario a terminación	Valor indemnización
5/08/2018	5/08/2020	720	\$ 33.000	\$ 23.760.000

De la sanción por el no pago de cesantías.

De conformidad con lo previsto en el numeral 3 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe consignar las cesantías en la cuenta del fondo de la que sea titular el trabajador, antes del 15 de febrero del año siguiente a la causación de la prestación, de manera que incurre en mora cuando no efectúa tal consignación a más tardar el 14 de febrero de cada anualidad.

En tal virtud, la referida sanción se genera en este caso a partir del 15 de febrero de 2013, como quiera que desde ese momento se produjo mora en la consignación de las cesantías causadas al inicio de la relación laboral (12 de enero de 2012). Esta sanción se calcula hasta la finalización de la relación de trabajo (4 de agosto de 2018), debido a que la mora se mantuvo durante toda la vigencia del contrato.

Conforme lo establece artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta sanción corresponde a un día de salario por cada día de mora, de manera que para su cálculo se tuvo en cuenta el monto de la contraprestación aceptada por ambas partes para cada año, teniendo en cuenta que el salario base de la sanción es el vigente para la fecha de la causación de las cesantías cuya mora en la consignación se reprocha. En efecto, la sanción en mención asciende a un total de **\$ 57.640.000**, así:

	Diario	Mensual
Salario 2012	\$ 27.000	\$ 810.000
Salario 2013	\$ 28.000	\$ 840.000
Salario 2014	\$ 29.000	\$ 870.000
Salario 2015	\$ 30.000	\$ 900.000
Salario 2016	\$ 31.000	\$ 930.000
Salario 2017	\$ 32.000	\$ 960.000

Anualidad de cesantías adeudadas	Fecha máxima para consignación de cesantías	Fecha inicio de la mora	Hasta	Días de mora	Salario diario base	Valor sanción
2012	14/02/2013	15/02/2013	14/02/2014	360	\$ 27.000	\$ 9.720.000
2013	14/02/2014	15/02/2014	14/02/2015	360	\$ 28.000	\$ 10.080.000
2014	14/02/2015	15/02/2015	14/02/2016	360	\$ 29.000	\$ 10.440.000
2015	14/02/2016	15/02/2016	14/02/2017	360	\$ 30.000	\$ 10.800.000
2016	14/02/2017	15/02/2017	14/02/2018	360	\$ 31.000	\$ 11.160.000
2017	14/02/2018	15/02/2018	4/08/2018	170	\$ 32.000	\$ 5.440.000
TOTAL SANCIÓN						\$ 57.640.000

Cabe aclarar, que dicha indemnización se calcula, por cada periodo comprendido entre el 15 de febrero del año en que debió consignarse y el 14 de febrero de la siguiente anualidad, con el salario en que se causaron las cesantías, por ser esa la base de la obligación, como se indica en el cuadro que antecede.

Con lo anterior, el magistrado sustanciador recoge y rectifica cualquier criterio en sentido diferente al anteriormente expuesto.

De igual forma, se precisa que en este caso no hay lugar a declarar la prescripción respecto de ninguna de las obligaciones, como quiera que la misma se entiende renunciada por no haberse formulado como excepción por parte de la demandada, de conformidad con lo previsto en el artículo 282 del CGP aplicable por remisión en materia laboral (artículo 145 del CPT y SS).

Por todo lo expuesto, se dispondrá condenar a la demandada al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del CST por la suma de **\$23.760.000** correspondiente a los primeros 24 meses, y a partir del mes 25 al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia. Asimismo, se le condenará al pago de la sanción por no consignación de las cesantías por valor de **\$ 57.640.000**, conforme lo expuesto en precedencia.

COSTAS

No se condena en costas en esta instancia, como quiera que prosperó el recurso de apelación formulado por la parte acora.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió a la señora **ELIZABETH PINZÓN GUERRERO** de las indemnizaciones por no consignación de cesantías y por la omisión de pago de prestaciones sociales a la terminación del contrato, para en su lugar, **CONDENAR** también a la demandada al pago de dichas sanciones a favor de la señora SANDRA PATRICIA SINISTERRERA, así:

- a) A la suma de **\$23.760.000** por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, generada desde el 5 de agosto de 2018, hasta el 5 de agosto de 2020, correspondiente a veinticuatro (24) meses; a partir del mes 25, deberá pagar de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre las sumas que generan dicha sanción.
- b) A la suma de **\$ 57.640.000** por concepto de sanción por la consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

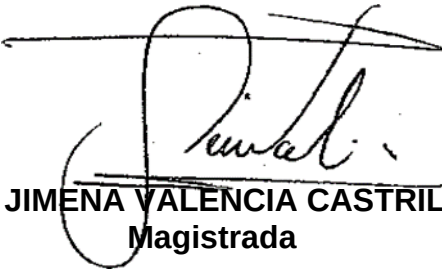
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
Aclara Voto


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105032201900098-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MANUEL DAVID CHIVATÁ
DEMANDANDO	DORA CLEMENCIA MARTÍNEZ DE RODRÍGUEZ

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MANUEL DAVID CHIVATÁ** se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, el cual inició el 15 de febrero de 2010 y se encontraba vigente al momento de presentar la demanda (5/05/2019); que el cargo ocupado es de orfebre y que el último salario devengado era \$330.000 semanales; que se declare que no le han pagado las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones, los aportes a la seguridad social, ni los salarios desde julio de 2018; que la accionada es la responsable del accidente de trabajo sufrido el 13 de marzo de 2018, en las instalaciones del establecimiento de comercio denominado Orfebrería Dinamarca.

En consecuencia, se condene a la demandada a pagar: *i)* los salarios causados a partir del mes de julio de 2018; *ii)* las cesantías causadas desde el año 2010 en adelante, a un fondo de cesantías; *iii)* los intereses sobre las cesantías; *iv)* la prima de servicios; *v)* las vacaciones; *vi)* la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; *vii)* los aportes a la seguridad social desde febrero de 2010, en adelante; *viii)* todos los costos que ha tenido que sufragar él y su núcleo familiar en razón de tratamientos médicos y hospitalarios generados por el accidente de trabajo ocurrido el 13 de marzo de 2018; *ix)* la indemnización correspondiente a la pérdida de capacidad laboral que se señale en razón del accidente de trabajo

ocurrido el 13 de marzo de 2018; y x) la indexación. Se condene ultra y extra petita y a las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 9-13 exp. físico), señaló que se vinculó a trabajar con la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez como orfebre en 1985; que el contrato fue interrumpido o terminado en varias ocasiones, pero que siempre regresó a trabajar con la demandada; que el 15 de febrero de 2010, inició la última vinculación con la pasiva en el establecimiento de comercio Orfebrería Dinamarca ubicado en la carrera 56B#70C-21 de Bogotá Barrio San Fernando de su propiedad, en el horario de 10:00 AM a 6:00 PM de lunes a viernes y los sábados de 10:00 am a 4:00 pm, la cual se encontraba vigente, y que el salario era de \$330.000 semanales pagaderos los días sábados.

Narró que, el 13 de marzo de 2018, a las 5:00 pm sufrió un accidente laboral cuando estaba manejando una pulidora de metales, resultando afectada su mano derecha, lo cual fue presenciado por el señor Ricardo Gómez Cuellar; que fue trasladado por el señor Fernando Alvarado en una camioneta de propiedad de la demandada al Hospital Infantil Universitario de San José y este manifestó que el accidente había ocurrido en la casa de su cuñada (del actor), para justificar que no lo tenían afiliado a la seguridad social; estuvo hospitalizado por 5 días, y le realizaron una cirugía donde le pusieron de por vida clavos y se le inmovilizó la mano con férula; que su empleadora no sufragó gastos hospitalarios, ni quirúrgicos ni post operatorios, pero que si le pagó incapacidades en efectivo por valor de \$300.000 semanales, durante los primeros 4 meses; que en razón a la orden médica de realizar una segunda cirugía la demandada se ofreció a cubrir los gastos quirúrgicos si el hospital le otorgaba un crédito, pero que una vez realizados los trámites para este la señora Dora Clemencia se negó a firmar los pagarés.

Expuso que, actualmente sigue siendo atendido por cuenta del régimen subsidiado en salud en el Hospital del Galán; que a partir de junio de 2018, la demandada no volvió a pagar los \$300.000 semanales; que con el fin de solucionar la situación se realizó una reunión (que fue grabada) donde asistieron 8 personas entre ellas el accidentado y la demandada, en esta se requirió a la empleadora para que asumiera el tratamiento, la cirugía, incapacidades y demás pagos, la señora Dora Clemencia le ofreció \$8.000.000 para que montara un negocio y dejaran todo así. Agregó, que desde junio de 2018 está siendo sostenido por la generosidad de su esposa y cuñados, porque quedó totalmente impedido para trabajar.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

DORA CLEMENCIA MARTÍNEZ DE RODRÍGUEZ contestó (f.º 118-136 exp. físico), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Respecto de los hechos, indicó que es la propietaria del establecimiento de comercio Orfebrería Dinamarca, que el actor se vinculó con ella en 1998, y su actividad u oficio era de Martillador, que el contrato se terminó en varias ocasiones, que el último finalizó en el año 2006, y regresó «*como contratista por labor a realizar para el año 2012*»; que su actividad era de orfebre y por pieza terminada, sin horario de trabajo y menos los días sábados, que en muchas ocasiones él se llevó la pieza para su casa; que no le pagaba un salario, porque a veces podían pasar semanas sin que hubiese trabajo de platería y en especial de orfebre.

Señaló que, era cierto el accidente y el lugar en el que ocurrió, pero que no que este hubiese sido laboral, porque dentro de su ocupación no está la de realizar o utilizar una pulidora; que fue un descuido del actor por estar jugando con otra persona, y que el día del siniestro el demandante no estaba prestando servicios para la demandada, solo se encontraba de visita en el establecimiento de comercio; que el señor Ricardo presencié el accidente, porque este era el operador de esa máquina; que era cierto que el actor fue llevado en una camioneta de su propiedad al Hospital Universitario de San José, que quien informó que el accidente había sucedido en lugar diferente fue el accionante para ser atendido por el Sisbén.

Explicó que, no es responsable del accidente sufrido por el demandante, porque no era su trabajador; que los pagos que realizó los hizo como una obra de caridad porque el actor la llamaba a pedirle ayuda, no como pago de incapacidades; que si había asistido a la reunión pero que el tema a tratar fue médico y no en relación con su condición laboral o contractual, que nunca autorizó que se realizara una grabación y que tampoco se acordó darle esa suma de dinero.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de febrero de 2020 (f.º 201-202 exp. físico), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por el demandante Manuel Chivatá.

(...)

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, y solo de ser así revisaría si el actor había sufrido un accidente

de trabajo, si se le adeudaban salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social e indemnizaciones reclamadas, y finalmente, si la demandada debía asumir los costos médicos de los tratamientos del demandante.

Citó los artículos 22, 23 y 24 del CST e indicó que conforme ese marco normativo y atendiendo las pruebas allegadas, se evidenciaba que: i) la demandante era comerciante y que tenía registrado el establecimiento de comercio denominado Orfebrería Dinamarca ubicado en la Cra. 56B#70C-21 (f.º 23-24); ii) el actor tenía carne de afiliación a la ARP Bolívar teniendo como empleador a Dora Clemencia Martínez de Rodríguez con vigencia desde el 1 de octubre del año 2000 (f.º 25); iii) había sido afiliado al ISS pensiones por el empleador Emiliano Rodríguez Rincón, entre el 16 de julio de 1991 y el 31 de octubre de 1994 (f.º 29), y a la AFP Protección por Orfebrería Dinamarca y por la actora hasta octubre de 2006 (f.º 26-28); y iv) ingresó al Hospital Infantil Universitario San José por un accidente el día 13 de marzo de 2018 a las 5:00 pm, motivo de consulta trauma con pulidora en mano derecha, con trauma por aducción y exposición de cubito.

Continúo refiriendo las pruebas, así: v) algunas fotografías donde se evidencia al actor con piezas de orfebrería (f.º 77-79); vi) fotografía de la mano del demandante al momento de su accidente (f.º 80); vii) foto del vehículo que lo transportó al hospital con motivo del accidente (f.º 81); viii) DVD con grabación de una conversación que tuvo lugar el 27 de abril de 2018 (f.º 82); ix) correo electrónico remitido por Sandra Patricia Torres Avellaneda a Orfebrería Dinamarca, a efectos de resumir la información tratada en la reunión a que se hace referencia el DVD y a efectos de buscar llegar a algún acuerdo entre las partes (f.º 83-88); x) radiografías tomadas de la mano del accionante con ocasión del accidente (f.º 90-94); xi) copia de la cédula de ciudadanía del demandante (f.º 95); xii) certificación del Sisbén del señor Chivatá donde se encuentra inscrito desde el 29 de octubre de 2010 (f.º 138); xiii) comunicación remitida a la AFP Santander donde la demandada informa que el señor Chivatá se retiró de la empresa el 27 de octubre de 2006 (f.º 139); xiv) liquidación definitiva del contrato de trabajo al 27 de octubre de 2006 del señor Chivatá (f.º 140); xv) renuncia presentada por el actor en el año 2006 (f.º 141); xvi) documentos que da cuenta del retiro del sistema de seguridad social del señor Chivatá en el año 2006 (f.º 142-144); y xvii) planillas de pago de aportes a la seguridad social de la demandada, entre diferentes periodos entre el año 2009 y 2017 donde se observaba que cotizaba a favor de un grupo de personas, y no estaba entre sus afiliados el señor Chivatá (f.º 145-168).

Agregó que, escuchó en interrogatorio de parte a la demandada quien básicamente informó que el actor trabajaba por pieza; que el actor en su interrogatorio en resumen había manifestado que la última vinculación había iniciado en el año 2010, y hasta el accidente; que su labor era de obraplanista

cuando había trabajo para hacer este tipo de piezas y que el resto de la jornada trabajaba en las pulidoras; que se le pagaba por el peso de la obra, dio cuenta de cómo sucedió el accidente con la pulidora; que su recuperación es bastante demorada. Realizó un resumen de cada uno de los testimonios de Ricardo Gómez Cuellar, Dalia Alexandra Becerra Torres, Carmen Adriana Torres Avellaneda, Miriam Torres Avellaneda, Adriana García Alfonso, Sandra Patricia Torres Avellaneda, Fernando Alvarado Rodríguez, Henry Antonio Novoa, Leonardo Rodríguez Gamboa, Miguel Ángel Martínez Montoya, Jairo Chaparro Quintero y Pedro Ignacio Osorio Peña.

Refirió que, de los testimonios allegados por la parte demandante dieron al unísono, de la existencia de una relación laboral, de la fecha de inicio de la relación laboral, del monto que se le cancelaba por concepto de salario, de la reunión realizada a finales de abril de 2018, y del accidente que sufrió Manuel; en tanto que los testigos de la parte demandada dieron cuenta de que la vinculación de las partes fue para la ejecución de trabajos determinados por una obra específica y el pago de acuerdo al peso de la obra. Agregó que, todos los testigos de la parte actora tienen un vínculo de consanguinidad o afinidad con el demandante y en el mismo sentido, la mayoría de los testigos de la parte accionada también tienen algún vínculo de consanguinidad o afinidad con la demandada. Por lo que dijo que debía acudir a la prueba documental para resolver el dilema presentado entre los testimonios.

Señaló que, era claro que el actor había laborado para la demandada mediante contrato de trabajo que había finalizado en el año 2006, del cual obraba la respectiva liquidación e inclusive la carta de renuncia presentada por Manuel.

Indicó que, la parte demandante había allegado una grabación de la conversación sostenida el 27 de abril de 2018, y la respectiva transcripción de ese audio -la calidad del audio es regular y hay unos apartes de la conversación que no son audibles-, pero explicó que le daría pleno valor porque la parte demandada no la había desconocido, y de esta dedujo que no existía relación laboral, al punto que estaba pidiendo que lo vincularan mediante contrato de trabajo a término indefinido, y que si bien los testigos habían hecho alusión a un salario fijo semanal, de la grabación se observaba que no había tal monto y que este variaba sin que se explique de donde surgía la misma, porque allí se observaba que lo que se pretendía era que se mirara cuales habían sido los pagos que había recibido Manuel de manera semanal y conforme ello, determinar un salario, lo que desvirtúa que el demandante recibiera un supuesto pago de \$330.000 mensuales. Que también se había desvirtuado que el actor cumpliera un horario de trabajo en los términos señalados en el texto de la demanda, además que la demandada señora Dora no aceptó la existencia de una relación laboral y de la grabación se infiere que las condiciones eran diferentes a las expuestas en la demanda y lo manifestado por

sus testigos, lo que llevaba a darle credibilidad a los testigos de la parte pasiva en cuanto refirieron que el señor Manuel no cumplía un horario de trabajo, que trabajaba por piezas y se le cancelaba conforme la pieza realizada y el peso de esta.

Concluyó que, debía absolver de las pretensiones de la demanda, porque no había existido relación laboral con la accionada, si no que se trató de una prestación de servicios por obra realizada, y conforme ello, el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, quedaban sin fundamento, al igual la presunta responsabilidad en el accidente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que estaba probado que entre las partes existía un vínculo laboral al momento del accidente, que son uniformes los testigos presentados que dan cuenta a cabalidad de la responsabilidad que el actor tenía frente a la comerciante aquí demandada, que era indiscutible que el señor Chivatá había laborado para el esposo de la demandada y después para ella, en varias etapas de su vida.

Indicó que, la grabación contrario a lo que entendió el a quo, daba cuenta de que si existía un vínculo laboral, por lo que ruego se revise meticulosamente esta, que el sentido real de la misma era que se legalizara y formalizara lo que ya existía, no de que se creara una relación a futuro, y lo que se exigía no solamente era que se le pagara lo que se le debía, sino que se legalizara esa situación, porque estaba en una informalidad total, que lo afiliaran a la seguridad social, porque cuando se llevó al actor al hospital se dijeron mentiras, tal como se reconoce en la grabación a la que se está haciendo referencia.

Consideró que, el señor Chivatá era de confianza en la empresa, había trabajado en distintas épocas y en distintas condiciones, por lo que quedaba claro incluso con las afirmaciones de quienes lo conocieron y son testigos, que él llevaba más de 10 años vinculado a la empresa, pues este no tenía la capacidad para realizar sus propias obras porque no era comercial de orfebrería, y que era un hombre elemental que a duras penas sabía hacer ese trabajo porque lo había hecho durante toda su vida, de tal manera que él iba a trabajar en lo que le ordenara la demandada.

Sostuvo que, la decisión del a quo, vulneró la presunción consagrada en el CST, de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, pero en este asunto no; que el accidente ocurrió en las dependencias de la

demandada en su establecimiento de comercio, con los elementos de trabajo que allí le suministraban, por lo que resultaba absurdo sostener que no había contrato de trabajo.

Realizó una reflexión respecto de que este caso correspondía, «a la dolorosa realidad vivida por un hombre trabajador, humilde, que no supo exigir en su momento la formalización de sus derechos, donde entran en unos cuentos absurdos de unas pensiones del SISBEN que no existen y que ahora el despacho las trae como si esto fuera una prueba de que no existía contrato de trabajo»; que era todo lo contrario, pues hablaban de esas cosas por la ignorancia de ellos respecto del sistema de seguridad social; que el señor Chivatá trabajó siempre con algunas interrupciones, pero durante 30 años con la familia de la demandada, de manera permanente, eso era indiscutible.

Dijo que, contrato de trabajo si había, lo que pasaba era que en Colombia había contrato de trabajo a destajo, pero que esa no era la situación del actor, pues había ejercido ese trabajo durante toda su vida, yendo a su lugar de trabajo donde infortunadamente se accidentó, eso era todo.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si entre las partes existió contrato de trabajo y de ser así cuáles fueron sus extremos temporales; **ii)** si el accidente sufrido por el actor el para el 13 de marzo de 2018, es de origen laboral; **iii)** si se encuentra demostrada la culpa patronal en la ocurrencia del mismo, que conduzca a que la empleadora deba asumir las consecuencias y prestaciones económicas derivadas de este; **iv)** si hay lugar a condenar a la demandada al pago de salarios causados desde julio de 2018, en adelante, las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social causados desde el 15 de febrero de 2010, en adelante, como se solicita en la demanda, y la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En el presente asunto no es materia de discusión que el señor MANUEL DAVID CHIVATÁ el 13 de marzo de 2018, estando en las instalaciones del establecimiento de comercio Orfebrería Dinamarca de propiedad de la señora DORA CLEMENCIA MARTÍNEZ DE RODRÍGUEZ, sufrió un accidente con una pulidora de metales en su antebrazo derecho y exposición ósea, así fue aceptado por la parte demandada (contestación de demanda hecho 9).

DE LA RELACIÓN LABORAL

Empieza esta Sala por recordar, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento esencial de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, conforme al cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se imponen las consecuencias jurídicas que prevé la ley.

Asimismo, en consonancia con el referido principio, está el artículo 24 del CST, según el cual, toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que supone que al trabajador le basta demostrar la ejecución personal de la actividad, para que se presuma que se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral, supuesto que radica en cabeza del empleador la carga de desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma, y sin el lleno de los presupuestos exigidos por la ley, para no tener tal condición.

Así, quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST (CSJ SL, 1.º jul. 2009, rad. 30437, CSJ SL, 5 ag. 2009, rad. 36549, CSJ SL, 13 abr. 2010, rad. 34223, CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, CSJ SL6621-2017, CSJ SL2536-2018, CSJ SL1166-2018, CSJ SL460-2021, entre otras).

Bajo este panorama la Sala entrará a verificar el material probatorio con el fin de determinar si el demandante en la realidad tuvo una vinculación de tipo laboral con la señora DORA CLEMENCIA MARTÍNEZ DE RODRÍGUEZ, la que se viene ejecutando desde el 15 de febrero de 2010 y hasta la fecha.

Se advierte que, conforme a las pruebas documentales se puede establecer que con anterioridad a la relación laboral que se pretende sea declarada, el actor laboró, para: *i)* el señor Emiliano Rodríguez Rincón esposo de la demandada, por lo menos desde el 16 de julio de 1991; *ii)* la Orfebrería Dinamarca matriculada en la Cámara de Comercio desde el 12 de abril de 1991 y de propiedad de la accionada desde el 28 de julio de 1998; y *iii)* la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez (f.º 25-30). Igualmente existe prueba de que el actor renunció a la Orfebrería

Dinamarca- Dora Clemencia Martínez de Rodríguez a partir del 30 de octubre de 2006 (f.º 141), quien le realizó la liquidación definitiva de prestaciones sociales (f.º 140), la carta de autorización dirigida a la AFP Santander para retiro de sus cesantías (f.º 139), y el retiro del sistema de seguridad social (f.º 143-144).

Ahora bien, el actor pretende se declare que existió un nuevo vínculo laboral entre las partes desde el 15 de febrero de 2010, y hasta la fecha; por su parte la demandada sostuvo que el señor Manuel regresó «*como contratista por labor a realizar para el año 2012*» (contestación hecho 3º, f.º 118 exp físico), lo que implica que la pasiva confesó que el actor si prestó un servicio personal en su favor, a partir del año 2012, el cual era remunerado según la demandada por pieza terminada. Así las cosas, se tiene que en favor del promotor del litigio opera la presunción de que la actividad por él desarrollada para la señora DORA CLEMENCIA MARTÍNEZ DE RODRÍGUEZ, era de carácter laboral, quedando en cabeza de la demandada, desvirtuar el hecho presumido, es decir, probar que el actor era su contratista como lo afirma, esto es, que era autónomo e independiente en la labor contratada.

De las pruebas documentales obrantes en el expediente referentes al periodo bajo análisis, solo obra una grabación (f.º 82), allegada por la parte demandante de una reunión realizada el 27 de abril de 2018, en donde se escuchan las voces de 4 personas, de un lado el actor acompañado de Sandra Patricia Torres Avellaneda, y de otro, la demandada acompañada de su hija Pilar Rodríguez Martínez, grabación que la parte pasiva no desconoció y por el contrario en el interrogatorio de parte absuelto por la señora Martínez de Rodríguez aceptó que había asistido a esa reunión, y narró lo que allí hablaron, razón por la cual este despacho procede a verificarla, por lo que se transcribe, así:

(...)

Pilar: *Pues mira, hemos hablado, o sea fue un accidente, tenemos que tener en cuenta que pues, un accidente que no hubiera ocurrido si su merced no hubiera sido allá descuidado y no mirar y no hubiera manipulado la maquina como la manipuló, igual fue un accidente. Y nosotras como les decimos a Manuel lo conocemos de toda la vida y el ahí tiene trabajo con nosotros y le vamos a pagar la incapacidad mientras este incapacitado y cuando deje de estar incapacitado, igual pues ahí tiene su trabajo no!!.. Eso fue lo que desde un principio hablamos, pues las cosas no han cambiado sigue todo igual.*

Dora: *lógico que no podrá hacer las mismas funciones de siempre.*

Sandra: *bueno, pero bajo esas condiciones yo si creo que es importante que no quede solo en palabra, sino dejarlo por escrito, llegando a un acuerdo por escrito si, porque Manuel efectivamente me imagino que va a tener una recuperación, pero pues su recuperación sabemos que no va a ser dentro al 100% no sabemos, lo tendría que definir un médico.*

Hay un médico que se llama médico calificador entonces en algún momento pues se puede tomar la decisión de sacar una cita con el medico calificador, el medico calificador los tienen las ARL o en las EPS, entonces uno puede sacar la cita como particular, esa cita esta entre \$400.000 y \$500.000 vale la cita, y ese médico lo que hace es con todos los papeles y con el estado de Manuel evaluar la pérdida laboral que tuvo, ehhh entonces pues eso se puede hacer posteriormente para saber cuál va a ser la viabilidad, porque su único trabajo era la orfebrería y pues ya no lo va a poder desarrollar. Entonces yo lo primero que les quería decir, es que nosotros nos

hemos asesorado porque pues es el trabajo de Manuel, es su ingreso y es su vida, y pues lo que nosotros averiguamos es que, es primero en que gastos incurriría la empresa si llegaba a una demanda, entonces los gastos en que se incurriría pues son, como él no tiene afiliación en salud, pues son los costos médicos generados por las atenciones que se requieran, el posoperatorio, la rehabilitación, el cubrimiento de la incapacidad por accidente laboral, una incapacidad por accidente laboral que cubre la ARL en un 100%, y una indemnización determinada por la ARL de acuerdo a la pérdida de capacidad correspondiente que la da el medico que les cuento.

Cuando esta la persona afiliada por la ARL pues no toca pedirla particular ni nada de eso porque la misma ARL va haciendo la secuencia de todas las actividades y lo va mandando al médico, primero general, luego a la ARL que lo valoren otros médicos, y ahí lo va mandando, pero en este caso como no sabemos todavía toca ir mirando.

Y lo otro, pues si él tiene pérdida de más del 50% de su capacidad por lo general la decisión es pensionarse, entonces eso es en lo que se incurriría si uno se fuera a una demanda, entonces nosotros queremos saber ustedes que dicen de una propuesta, la propuesta lleva varios puntos.

Lo primero es pues vincularlo a Manuel directamente a la compañía mediante contrato laboral a término indefinido; Segundo punto, es afiliarlo al sistema de seguridad social en salud, pensiones y ARL; y el tercer punto, es pactar un sueldo de acuerdo al promedio que recibía Manuel semanalmente, o sea llegar a un acuerdo de un sueldo semanal, bien sea por lo que recibía Manuel durante este año, lo que alcanzo a recibir, ehhh, pues me imagino que ustedes tienen los soportes de lo que recibió Manuel semana a semana y pues ahí se podría determinar como un ingreso al que se podría llegar a un acuerdo.

Bueno Manuel pues no sabemos que va a pasar a futuro, ni que va a definir el médico si!!, pero lo que nosotros pediríamos es que en ese contrato se haga una cláusula especial, donde diga que lo van a mantener de acuerdo a las condiciones que sean necesarias, o sea si determinar una pérdida de su capacidad laboral definitivamente ya no puede ejercer sus funciones y que lo debía de haber pensionado una ARL o un fondo de pensiones, pues mantenerlo hasta que se pensione o hasta que se cumpla los requisitos de pensión. Pues básicamente eso.

Manuel actualmente tiene 555 semanas cotizadas al sistema de seguridad social, esto quiere decir que a él le falta pues bastante tiempo, bastante tiempo por cotizar aun, más o menos entre 13 y 15 años le faltaría, pero pues los fondos de pensiones también hay una opción de hacer como un aporte adicional, como él estaba en un fondo privado, en los fondos privados si reciben aportes adicionales como para completar su pensión que realmente se pueda pensionar a la edad, a los 62 años que es la edad de pensión de los hombres, eso sería básicamente.

Pilar: Pues vea, pues yo digo que me la manden al correo, igual ustedes se han asesorado, nosotros al igual que ustedes vamos a pagar una asesoría para saber.

Dora: Si porque, porque a ver si Manuel tiene buena memoria, el año pasado yo le dije traiga los documentos para afiliarlo a todo, usted dijo no, su merced no quiso, usted no quiso, entonces tenemos que tener conciencia de parte y parte, no se trata de hacernos daño, ni que el uno o el otro quiera lavarse las manos o salvar su responsabilidad, usted dijo no, no quiso afiliarse, por si cualquier cosa, y le puse de ejemplo a Fernando y le dije mire el problema de Fernando, si él no hubiera estado afiliado, yo tenía que haberle pagado, pero por Fernando yo no pague un peso, porque, porque tenía todo lo de salud, pero Manuel no quiso, y ¿Por qué no quiso Manuel?

Manuel: Por el horario de trabajo

Dora: No, no señor usted tiene buena memoria, usted dijo no porque no me voy a tirar una pensión que apenas, ya no me faltan sino 4 años para que el Sisbén de una pensión, entonces ahí lo ponen a uno entre la espada y la pared.

Sandra: Me extraña que allá dicho eso porque el Sisbén no da pensión

Dora: Pero Manuel no quiso.

Sandra: Pero hay algo que se llama la responsabilidad empresarial, y en la responsabilidad empresarial no es que uno como empleador le pregunte al empleado si quiere o no quiere afiliarse, uno como empleador les exige que se afilien.

Dora: Pero entonces ahí es donde yo quiero también apelar a la buena (no se entiende minuto 08:24) porque uno buena persona, no me le voy a tirar, si por el seguro se va a demorar 20 años en pensionarse y por el Sisbén lo van a pensionar en 4 o 5 años pues que siga así, eso lo pensé yo, ¿por qué? Porque es una persona que llevaba muchos años trabajando con nosotros, y que él nunca ha tenido un horario establecido, él llegaba a la hora que quería y el día que quería, él nunca fue obligado que tiene que estar aquí, ¡no!, el no cumplía la jornada laboral, y que se le ofreció si, fue negligencia que él no quiso que porque a él lo iban a pensionar del Sisbén, entonces mal, o yo no sé (...)

De dicha probanza, poco se puede extraer para determinar si entre las partes existió una relación de tipo laboral, puesto que allí se hace alusión que debido a un accidente, la demandada pagaría las incapacidades; que allí tenía trabajo; que cuando finalizaran las incapacidades podría seguir laborando con ellos; que no lo afiliaron al Sistema de Seguridad Social Integral, porque el actor no quiso, pues prefirió seguir en el Sisbén y que este no cumplía con una jornada laboral, lo cual no da claridad frente a los pormenores que rodearon la relación que pudo existir entre los hoy contendientes con antelación al infortunio laboral sufrido por el accionante el 13 de marzo de 2018.

No obstante, considera la Sala que sí constituye un indicio respecto de la verdadera relación laboral que los ligó, al punto que allí se estaba pidiendo que vincularan al actor mediante contrato de trabajo a término indefinido, de tal suerte que si entre las partes no hubiese existido una vinculación de índole laboral dentro de la cual el actor sufrió un accidente, la señora Dora y su hija Pilar no hubiesen participado de la reunión realizada el 27 de abril de 2018; además, estas **no habrían** indicado lo siguiente: i) que el accidente ocurrió por descuido y mala manipulación del señor Manuel de la maquina; ii) que iban a pagar sus incapacidades; iii) que Manuel tenía trabajo con ellas, y cuando dejara de estar incapacitado podía regresar a su trabajo; iv) convenido que la propuesta de Sandra y Manuel fuera enviada por correo para revisarla; y v) que el año pasado (es decir, 2017), la señora Dora le había pedido a Manuel los documentos para afiliarlo al Sistema de Seguridad Social Integral, pero que este fue quien no quiso, porque prefería permanecer en el Sisbén. Todos estos pormenores permiten inferir que entre las partes sí existía una relación contractual que los unía, lo cual los llevó a reunirse con ocasión de solucionar el presente y futuro de esa vinculación, dado el accidente que sufrió el promotor del litigio.

Sumado a lo anterior, se tiene que en el hecho vigésimo tercero y vigésimo cuarto, la parte actora sostuvo que su empleadora le realizó el pago en efectivo de las incapacidades de los 4 primeros meses siguientes al accidente, esto es, del 13/03/2018 al 13/07/2018, a lo que, en la contestación de la demanda, se indicó que dicho dinero fue entregado como una «obra de caridad», porque el actor llamaba

pidiendo ayuda, lo que resultaba, extraño si tenemos en cuenta que en la reunión realizada el 27 de abril de 2018, la empleadora manifestó que pagaría las incapacidades causadas por el señor Manuel, mas no que su ayuda económica era una donación o una obra de caridad.

De otro lado, la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez, en su interrogatorio de parte informó que el actor no estaba interesado en tener un trabajo fijo, porque él estaba afiliado al Sisbén; que ella le había ofrecido trabajo hacía varios años y que lo afiliaba a todo, pero que el *«señor fue negligente, dijo no, por eso nunca se le dio un trabajo, sí trabajó esporádicamente, cosas arreglos que se le daban, pero trabajar (hace una pausa), casualmente por ese motivo porque él según él, el Sisbén lo iba a pensionar»*; que Manuel trabajaba para ella y se le pagaba por pieza entregada de acuerdo a su peso.

De igual manera se observa que el actor en su interrogatorio de parte indicó que, regresó a laborar para la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez el 20 de febrero de 2010, hasta el día de su accidente el 13 de marzo de 2018; que era obraplanista, pero cuando no había labor en ello era pulidor, que le pagaban \$330.000 semanalmente; que el contrato fue verbal; que no estaba afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral; que la señora Dora si le ofreció afiliarlo, pero que él le dijo que estaba en el Sisbén; que cuando hacía bandejas se las pagaban por aparte; que tenía horario de lunes a viernes de 10:00 am a 6:00 pm o 7:00 pm, y los sábados hasta las 4:00 pm; que no le pagaban prestaciones laborales; que el día del accidente se encontraba trabajando en la pulidora; que a las 5:00 pm la señora Pilar le dijo que se apurara porque hacía falta un candelabro; que él le cambió el filtro a la pulidora, y una bayetilla se enredó entre el filtro y su mano, y la pulidora le quitó la mano. Que el accidente lo presenció un compañero de trabajo llamado Ricardo Gómez Cuellar.

Dentro del proceso se escucharon 12 testimonios, siendo el más importante el del señor Ricardo Gómez Cuellar, quien según el actor era su compañero de trabajo y presenció el accidente sufrido por el promotor del litigio el 13 de marzo de 2018, situación esta última que es aceptada por la parte pasiva al contestar el hecho décimo de la demanda.

El testigo Ricardo Gómez Cuellar informó que conocía a Manuel desde hacía 15 o 20 años más o menos, porque fueron compañeros en la Orfebrería Dinamarca de propiedad de la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez; que allí laboró por varias temporadas, siendo la última entre el 2016 y el 2018, y con anterioridad entre el 2008 y el 2010; que sabe que Manuel ingresó a trabajar con la demandada en 2010, porque en ese momento se encontraron, que sabía que el contrato de Manuel era verbal; que le pagaban semanalmente \$355.000 en efectivo, que no estaba afiliado a la seguridad social, que Manuel era obraplanista, ayudaba a pulir,

y hacía varias funciones, como mensajería; informó que el 13 de marzo de 2018, a las 5:00 pm él estaba solo con Manuel desarrollando sus actividades; que Manuel estaba puliendo una jarra o un brisero, cuando ocurrió el accidente; que Manuel estaba a sus espaldas, y él escuchó el impacto y el grito de dolor de Manuel, fue cuando vio que Manuel se cogió su manito y se agachó que lo ayudaran; que él corrió a auxiliarlo y ya su manito estaba ahí quebrada; que salieron a la calle y Fernando Alvarado (esposo de Pilar hija de la demandada), se lo llevó para el Hospital. Agregó que, el actor cumplía horario de lunes a viernes de 10:00 am a 6:00 pm más o menos, y los sábados hasta las 4:00 pm, que desde que él regresó a trabajar, Manuel iba todos los días, en el horario ya indicado.

La parte actora, trajo como testigos a Dalia Alexandra Becerra Torres hijastra del actor, Carmen Adriana Torres Avellaneda y Sandra Patricia Torres Avellaneda ambas cuñadas del demandante, Miriam Torres Avellaneda compañera permanente del promotor del litigio, y Adriana García compañera permanente de Ricardo Gómez Cuellar, quienes fueron coincidentes en indicar que conocen al señor Manuel desde antes del 2010; que sabían que era orfebre que pulía; que laboraba para la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez desde febrero de 2010, dentro de la platería y que cumplía horario de lunes a viernes de 10:00 am a 6:00 pm más o menos, y los sábados hasta las 4:00 pm; que todos conocen del accidente porque, unos vieron a Manuel antes de llevárselo al Hospital y otros porque fueron al Hospital a acompañarlos, siendo del caso aclarar que ninguno de estos deponentes laboraba para la señora Martínez de Rodríguez.

La parte pasiva, trajo como testigos a Fernando Alvarado Rodríguez yerno de la demandada y tiene un taller de carpintería en el 4 piso de la orfebrería, quien informó que conocía a Manuel desde hacía 10 o 12 años, porque a veces frecuentaba el taller de la señora Martínez de Rodríguez; que él trabajó para la demandada entre el 2008, y diciembre de 2012; que sabía que la señora Martínez de Rodríguez llamaba desde hacía 5 o 6 años a Manuel para que realizara trabajos como contratista como satélite, cuando se necesitaban trabajos en plata, como bandejas, jarras, floreros, etc.; que ella le entregaba el material; que él podía hacer el trabajo en el establecimiento o llevárselo para su casa y traerlo terminado; que Manuel no tenía horario de trabajo; que el día del accidente, Manuel no tenía que trabajar; que él llegó tipo 3:00 pm a saludar, y que como a la hora y media fue que anunciaron que se había accidentado en el primer piso; que no presenció el accidente, pero que tenía entendido que pasó a la zona de pulido a saludar a Ricardo y que con un trapo, y una pieza mal manipulada se causó el accidente; que el oficio de Manuel no era la pulidora; que él llevó a Manuel y a unos de sus familiares al Hospital. Expuso que ese día era Leonardo quien tenía unas jarras por hacer.

Henry Antonio Novoa proveedor de la señora Martínez de Rodríguez, manifestó que conocía a Manuel desde 1998, que trabajaron juntos como 6 años, y después se independizó, compró herramienta y tiene su propio taller; que realizó trabajo por piezas para la Orfebrería Dinamarca más o menos hasta 2014; que dejó de prestar servicios para la Orfebrería Dinamarca, pero tiempo después de que Manuel se accidentó, la señora Martínez de Rodríguez, lo volvió a llamar y le contó que Manuel se había accidentado, que por favor volviera a hacerle bandejas, y para el día del testimonio (30/09/2019), llevaba más o menos un año de nuevo con esa empresa. Expresó que, Manuel trabajó para él entre 2010 y 2011; que cuando visitaba la Orfebrería veía a Manuel esporádicamente porque no siempre veía el personal, solo iba a la oficina a entregar las piezas; que Manuel era obraplanista y no sabía si la demandada lo ponía a hacer otras cosas, como tampoco si entre Manuel y la Orfebrería Dinamarca había un contrato de trabajo, ni si le pagaban un salario.

Leonardo Alexander Rodríguez empleado de la demandada hasta 2016 y en adelante contratista, que conoció a Manuel porque fueron compañeros en la Orfebrería Dinamarca; que Manuel regresó a trabajar como contratista, por pieza terminada, se pesaba y se le pagaba; que a veces trabajaba la pieza en la orfebrería o se la podía llevar para otra parte; que no cumplía horarios; que Manuel trabajo mucho tiempo así; que no podía decir cuánto tiempo pero que había sido mucho tiempo, que tuvo conocimiento del accidente porque ese día él estaba en la orfebrería en el segundo piso; que cree que Manuel llegó de visita y que estaba en el primer piso saludando a Ricardo Gómez, cuando al rato escuchó un ruido y se asomó a mirar que había pasado, bajo la escalera y vio a Manuel lesionado; que salieron a la calle y Fernando se llevó a Manuel para el Hospital. Que Manuel era obraplanista; que hacía las bandejas; que no cumplía horarios; que no sabía por qué Manuel no estaba afiliado a la seguridad social que cree que Manuel prefería así.

Miguel Ángel Martínez, hermano de la demandada, orfebre y dueño de su propio taller, afirmó que conocía a Manuel desde hacía 36 o 37 años; que era orfebre obraplanista; que Manuel en un tiempo fue empleado de la demandante, pero se había ido y regresó como contratista pero que no sabe de fechas; que le daban el material, él elaboraba la pieza y se le pagaba por peso; que visitaba la orfebrería Dinamarca semanalmente y en muchas ocasiones vio a Manuel; que no conocía la relación entre la señora Martínez de Rodríguez y Manuel porque no vivía pendiente de eso; que algunas veces el trabajo se hacía en la orfebrería y otras veces en otro lugar. Indicó que, Manuel le prestó servicios en el año 2012 como 2 o 3 años, y esporádicamente le daba trabajo. Agregó que no presenció el accidente, que le contaron que ese día Manuel fue a charlar con Ricardo, que algo se salió de control y cree que así sucedió el accidente.

Y finalmente Jairo Chaparro trabajador en casa de la demandada desde hacía 15 años; que conocía al actor desde hacía 4 o 5 años; que lo vio trabajando para la orfebrería Dinamarca el año pasado (2018) y el antepasado (2017), porque él (el testigo) iba esporádicamente a la orfebrería a entregar o a recoger trabajo, que Manuel era obraplanista; que lo veía que trabajaba en esa orfebrería pero le inquietaba que llegaba a las 10 de la mañana; que no sabe si a Manuel le pagaban, ni que horarios tenía.

De las anteriores declaraciones, se tiene que en efecto el señor Manuel David Chivatá prestó un servicio personal para la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez en la Orfebrería Dinamarca; **no obstante, de dichas declaraciones no es posible establecer si esta lo fue de manera autónoma e independiente o si lo fue de manera subordinada**, lo anterior por cuanto, los testigos traídos por la parte actora con son unánimes en señalar que el actor sí cumplía un horario; que trabajaba en las instalaciones de la Orfebrería Dinamarca y bajo las órdenes de la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez, mientras que los testigos citados por la parte pasiva informaron que Manuel sí prestaba servicios para la demandada, pero como contratista, que a él se le entregaba el material y este, podía en la orfebrería o en cualquier otro lugar moldearla, para entrega y se le pagaba por el peso de la pieza. Lo anterior, deja en evidencia dos situaciones diametral diferentes, pues según las versiones de los primeros la relación sería subordinada, y la de los segundos, Manuel era autónomo en su labor como obraplanista.

Sin embargo, este despacho le dará mayor credibilidad al testimonio del señor Ricardo Gómez Cuellar conforme el artículo 61 del CPTSS, por haber sido el único que presenció el accidente sufrido por el actor el 13 de marzo de 2018, en las instalaciones de la orfebrería Dinamarca, persona que señaló que Manuel trabajaba para la demandada como obraplanista, ayudaba a pulir y hacía varias funciones, como mensajería, que cumplía horario de lunes a viernes de 10:00 am a 6:00 pm más o menos, y los sábados hasta las 4:00 pm, que el día del accidente Manuel estaban laborando en sus actividades normales, que estaba puliendo una pieza, cuando se accidentó con la pulidora de metales.

Así las cosas, conforme al material probatorio obrante en el informativo que se ha analizado en precedencia, considera la Sala que la demandada no logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del CST, esto es, que la relación que existió con el señor Manuel Chivatá fue de carácter laboral. Se afirma lo anterior, porque en el *sub lite*, no se allegó un acuerdo de voluntades suscrito entre las partes donde acordaran las formas pactadas, no se probó que el actor ejecutara la labor de obraplanista con sus propios elementos de trabajo, por el contrario se encontró que la parte pasiva le entregaba la materia prima -metal precioso-, y también le

suministraba los elementos de trabajo con los cuales debía moldear el metal hasta conseguir la forma deseada; de igual forma se acreditó que la labor se prestaba en las instalaciones de la Orfebrería Dinamarca, y además las actividades desarrolladas por el promotor del litigio son de la esencia del giro normal de los negocios de la orfebrería; en consecuencia, se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre Manuel David Chivatá y la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez.

Ahora bien, respecto del extremo inicial del vínculo laboral, si bien la parte demandante en el escrito de la demanda refiere que lo fue desde el 15 de febrero de 2010, el actor en su interrogatorio de parte sostuvo que lo había sido desde el 20 de igual calenda, lo cierto es que la demandada aceptó dicha prestación personal del servicio desde el año 2012, sin determinar día o mes; no obstante, de allí puede inferirse que por lo menos al 31 de diciembre de 2012, sí existía dicho vínculo laboral.

Sobre el particular, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL3126-2021, donde sostuvo:

Ahora, no puede olvidarse que la jurisprudencia también ha sido enfática en indicar que los jueces no pueden supeditar su decisión a la demostración estricta de los extremos temporales pretendidos o del salario enunciado en la demanda, pues si en el plenario hay prueba de un tiempo de servicio inferior o de un salario menor al que se pretendió, tiene el deber de dictar condena minus petita. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

En esa dirección se ha precisado que en los casos en que se acreditan los extremos temporales -siquiera de forma aproximada, CSJ SL905-2013-, pero no el salario devengado, es imperativo emitir condena por lo menos con un salario mínimo legal mensual vigente. Así, para los docentes que devengan hora cátedra, si están acreditados los extremos de la relación y el número de horas laboradas, pero no su valor, debe tenerse para efectos de la condena el valor mínimo por hora establecido en el artículo 106 de la Ley 30 de 1992, esto es el «resultante del valor total de ocho (8) salarios mínimos dividido por el número de horas laborables mes», bajo el entendido que los trabajadores tienen derecho a una remuneración mínima vital y móvil (artículo 53 Constitución Política).

Y ello es así porque si el juez laboral concede parcialmente las pretensiones, no transgrede el principio de congruencia establecido en el artículo 281 del Código General del Proceso -también aplicable a los juicios laborales por la referida remisión normativa del artículo 145 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-, toda vez que en estos casos el juez no se desvía de los lineamientos fijados inicialmente (CSJ SL, 5 dic. 2001, rad. 17215, CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768, CSJ SL16715-2014, CSJ SL4816-2015 y CSJ SL4515-2020).

En similar sentido, esa misma Corporación en la sentencia CSJ SL1181-2018, que reiteró lo manifestado en la providencia CSJ SL, 22 de mar. 2006, rad. 25580, donde se indicó:

(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los

medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000.

De otro lado, frente al accidente sufrido por el señor Manuel David Chivatá el 13 de marzo de 2018, estando en las instalaciones del establecimiento de comercio Orfebrería Dinamarca de propiedad de la señora Dora Clemencia Martínez De Rodríguez, se tiene que la única persona que lo presenció fue el señor Ricardo Gómez Cuellar, como ya se analizó, quien informó que se encontraban trabajando en sus actividades normales, y que el actor estaba puliendo una pieza, cuando sufrió el accidente con la maquina pulidora.

De este se allegó la historia clínica donde se registró ingreso al Hospital Infantil Universitario de San José, el día 13 de marzo de 2018 a las 17:15 con trauma de pulidora en mano derecha con trauma por abussion y exposición de cubito; que el diagnóstico fue amputación traumática de la mano a nivel de la muñeca, y luxación de la muñeca, que ingresó de urgencia con manejo quirúrgico, se realizó cirugía se fijó la mano con clavos de kirschner 1.2#6, se inmovilizó con férula palmar, y se dejó hospitalizado hasta el 18 de igual calenda.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, mediante dictamen 79120878 – 098055 del 31 de mayo de 2023, explicó:

ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN:

Se trata de paciente con antecedente de trauma descrito en la inmediatez del hecho en el centro asistencial así:

“13/03/2018 a las 17:13, cuadro de una hora con trauma con pulidora en mano derecha con trauma por avulsión y exposición de cubito... trauma cortante con pulidora en antebrazo derecho y exposición ósea.

se ordena radiografía e interconsulta por ortopedia que se efectúa a las 6:53 p.m. señalando cuadro de 2 horas de evolución... trauma rotacional de alta energía al

enredarse con pulidora con posterior exposición de cubito y radio derecho.” El paciente es intervenido quirúrgicamente (reducción y artrodesis radio carpiana y cubito carpiana derecha, en medio de la complejidad del cuadro por la lesión ósea y ligamentaria descrita, el paciente evoluciona favorablemente, cursa con dolor y anquilosis por artrodesis que limita globalmente el movimiento del puño derecho y parcialmente el movimiento del pulgar derecho (dominante).

Frente al origen, obsta aclarar:

1. No existe reporte de accidente de trabajo, bajo el principio de buena fe en entrevista médica el paciente informa que no se encontraba afiliado a la seguridad social, razón por la cual acude al centro hospitalario.
2. Cabe responder la pregunta, ¿En dónde se usan pulidoras y se presentan traumas por atrapamiento de alta energía?, en paciente que, por demás, se desempeña como operario orfebre. En ausencia entonces del Furat adquiere relevancia lo observado en la inmediatez del hecho descrito en el centro asistencial que puede obrar como prueba en ausencia del reporte ya mencionado.
3. Se infiere razonablemente que el uso de pulidoras que conllevan alta energía cinética y por tanto, potencialmente trauma descrito como de alta energía se da en la situación de trabajo propia del oficio que manifiesta desarrolla el Señor Chivatá.
4. La ausencia de información no puede obrar como prueba para definir un evento como de origen común, existe como antecedente la Resolución 2569/1999.
5. Considera el médico ponente, se infiere que las circunstancias de modo, tiempo y lugar, a partir de la información planteada en la inmediatez del hecho por el Centro Asistencial, se dio en el trabajo.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca procede a calificar con base en la documentación aportada al expediente, la valoración del paciente, los documentos técnicos vigentes y el Manual Único de Calificación de Invalidez, de conformidad a los hallazgos descritos y objetivados durante la valoración en Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca. En hoja anexa se incorpora la pérdida de capacidad laboral de conformidad a lo establecido en los títulos I y II del Decreto 1507 de 2014.

$$\left(\begin{array}{c} \vdots \\ \vdots \\ \vdots \end{array} \right)$$

PORCENTAJE DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

Descripción		Porcentaje
I.	DEFICIENCIA	17,38 %
II.	EDAD	2,50 %
III.	ROL LABORAL	15,00 %
IV.	OTRAS AREAS OCUPACIONALES	2,20 %
V.	AUTOSUFICIENCIA ECONÓMICA	2,00 %
TOTAL		39,08 %

Estado de la PCL	< 5%	Incapacidad Permanente Parcial	X	Invalidez
Fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral	23 de Mayo de 2023 (Fecha de valoración Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá y Cundinamarca)			
Fecha de declaratoria de la pérdida de capacidad laboral	31 de Mayo de 2023			

CALIFICACIÓN DEL ORIGEN				
Origen	Enf	Común	Enfermedad Laboral	Requiere de tercera persona
Origen	Acci	Común	Accidente Laboral	

RESPONSABLE(S) DE LA CALIFICACIÓN		
 JORGE HUMBERTO MEJIA A. MEDICO PRINCIPAL	 CLARA MARCELA VILLABONA K. MEDICA PRINCIPAL	 GLORIA STELLA ESTRADA R. PSICOLOGA PRINCIPAL

Nota: Decisión tomada de manera unánime por los integrantes firmantes.

Resultan de vital importancia las aclaraciones referidas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, por cuanto esa entidad al analizar la historia clínica, la que adquiriría relevancia ante la ausencia de reporte de accidente de trabajo, señaló que se infería: i) «razonablemente que el uso de pulidoras que conllevan alta energía cinética y por tanto, potencialmente trauma descrito

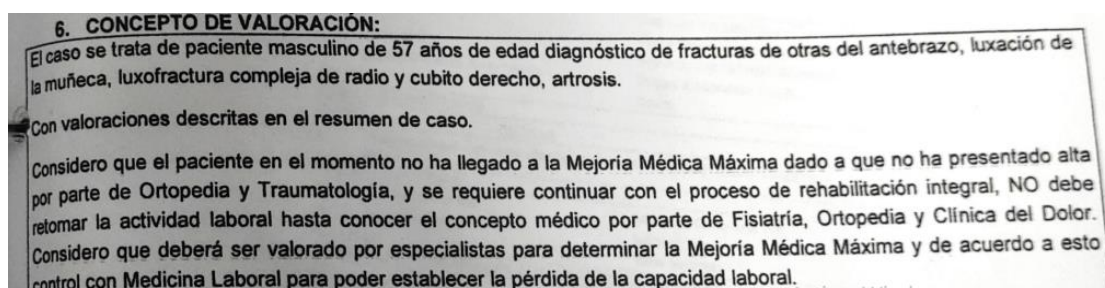
como de alta energía se da en la situación de trabajo propia del oficio que manifiesta desarrolla el Señor Chivatá»; y ii) «que las circunstancias de modo, tiempo y lugar, a partir de la información planteada en la inmediatez del hecho por el Centro Asistencial, se dio en el trabajo». A lo que se agrega que se determinó que el accidente había sido de origen laboral.

Así las cosas, atendiendo este dictamen médico científico, la presunción de contrato de trabajo que se declaró en favor del actor desde el 31 de diciembre de 2012, la confesión de la pasiva de que el accidente si ocurrió en sus instalaciones, con una pulidora de su propiedad, y la declaración del testigo Ricardo Gómez Cuellar, esta Sala determina que el accidente sufrido por el señor Manuel David Chivatá el 13 de marzo de 2018, es de origen laboral.

Entonces, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca determinó que el señor Manuel tiene una pérdida de la capacidad laboral del 39,08%, que se considera como una incapacidad permanente parcial, conforme el artículo 5º de la Ley 776 de 2002, la cual genera en favor del actor una indemnización por pérdida de la capacidad laboral que conforme el artículo 1º del Decreto 2644 de 1994, para este caso corresponde a 19 meses de IBL, la cual se liquidará más adelante.

Corresponde ahora determinar si el contrato laboral que inició el 31 de diciembre de 2012, se encuentra vigente a la fecha o no, para lo cual observa esta Sala que, en el expediente no existe prueba de que la relación laboral hubiese finiquitado, pues lo que se evidencia es que la empleadora no volvió a llamar al demandante después del accidente de trabajo dada su condición de salud, y como quiera que este no se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, sino únicamente al Sisbén – régimen subsidiado, el cual no emite incapacidades, porque esta es una prestación económica exclusiva del régimen contributivo, no hay lugar a exigirle al actor que presente las mismas durante este lapso, pues es la omisión de su empleadora en la afiliación al sistema contributivo, la que ahora nos tiene en esta posición.

Sin embargo, en el expediente obra un dictamen de pérdida de la capacidad funcional -Medicina del trabajo emitido por Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESES el 07 de noviembre de 2019, donde se concluyó lo siguiente:



Es decir, que para el 07 de noviembre de 2019, el trabajador no tenía aún concepto medico favorable para reintegrarse a trabajar, y de haber estado afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, tendría incapacidades, que serían cubiertas por la ARL por ser un accidente de origen laboral.

Conforme lo anterior, si bien el actor desde el 13 de marzo de 2018, hasta la fecha no ha prestado un servicio a la demandada, esto obedece es a la culpa exclusiva del empleador, quien desde el accidente de trabajo del señor Manuel no lo volvió a ocupar laboralmente, y al no tenerlo afiliado al Sistema de Seguridad Social no se le han emitido incapacidades por parte del régimen de salud subsidiado por la atención de las lesiones del accidente, por lo que conforme el artículo 140 del CST el promotor del litigio tiene derecho a percibir su salario.

En consecuencia, esta Sala declarará que el contrato de trabajo existente entre Manuel David Chivatá y la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez, desde el 31 de diciembre de 2012, **se encuentra vigente a la fecha** y, por ende, a este se le deben pagar los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social hasta la fecha y en adelante hasta la finalización del vínculo laboral.

De otro lado, frente al **salario**, el actor indicó que devengaba \$330.000 de manera semanal, a lo que la demandada dijo que no era cierto, que a él se le pagaba según el peso de la pieza terminada; sin embargo, al expediente no se allegaron pruebas de lo que se pagaba ya fuese por semana o por pieza, por ende, dentro del proceso no se probó a cuanto ascendía el salario del actor, por lo que esta Sala a fin de emitir condena en concreto, **tomará el SMMLV para cada vigencia**.

Lo anterior encuentra sustento en lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral entre otras en sentencia CSJ SL3126-2021, a la que ya se ha hecho referencia en líneas anteriores.

En conclusión, está definido y así se declarará que, entre el señor Manuel David Chivatá y la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez, existe un contrato laboral a término indefinido que inició el **31 de diciembre de 2012**, y a la fecha se **encuentra vigente**; que el salario devengado por el actor era y será en adelante el equivalente a un (1) SMMLV, a menos que las partes, en forma posterior, convengan uno superior; que el accidente sufrido por el promotor del litigio el 13 de marzo de 2018, es de origen laboral; por lo que pasa el despacho a establecer las condenas, conforme a las pretensiones de la demanda.

Además, atendiendo que la empleadora propuso en la contestación de la demanda la excepción de prescripción, se debe definir la fecha de causación y de

exigibilidad de cada una de las acreencias a que haya lugar, de acuerdo a la disposición que la regule, ello a fin de determinar cuáles quedaron afectadas por el referido fenómeno extintivo. Así:

De los salarios: Se ordenará su pago desde el 14 de julio de 2018, en adelante, dado que el actor en su demanda afirmó que la empleadora le había cancelado los 4 primeros meses siguientes al accidente, a lo que la demandada afirmó que había sido una donación, es decir, aceptó que le había pagado, pero bajo otro concepto, no de salario sino de donación. No obstante, el despacho tendrá en cuenta ese pago.

DESDE	HASTA	SMMLV	MESES	TOTAL
14/07/2018	31/07/2018	\$ 781.242,00	0,53	416.662,40
1/08/2018	31/12/2018	\$ 781.242,00	5	3.906.210,00
1/01/2019	31/12/2019	\$ 828.116,00	12	9.937.392,00
1/01/2020	31/12/2020	\$ 877.803,00	12	10.533.636,00
1/01/2021	31/12/2021	\$ 908.526,00	12	10.902.312,00
1/01/2022	31/12/2022	\$ 1.000.000,00	12	12.000.000,00
1/01/2023	31/08/2023	\$ 1.160.000,00	8	9.280.000,00
SALARIOS CAUSADOS ENTRE EL 14/07/2018 HASTA EL 31/08/2023				56.976.212,40

Se advierte que el salario se continuará causando mes a mes mientras siga vigente el contrato de trabajo.

De las cesantías: Si bien es cierto, los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, preceptúan que su liquidación se hace año a año al 31 de diciembre y que el plazo legal para que el empleador cumpla con la obligación de consignarlas, es hasta antes del 14 de febrero del año siguiente, también lo es que, solo cuando termina el contrato de trabajo, surge propiamente la obligación de satisfacer las sumas causadas por este concepto así no se hubiera depositado, y por ende será ese momento el que se tiene como fecha de exigibilidad de las cesantías (sentencia CSJ SL18569-2016), es decir, que frente a este caso en concreto se liquidaran año a año desde el 31 de diciembre de 2012, hasta el 31 de diciembre de 2022, las cuales se deben consignar en el fondo de cesantías que el demandante escoja.

De los intereses a la cesantía: Se tiene que su causación es anual o por fracción que se liquide y su exigibilidad es, al 31 de enero del año siguiente, por ello, partiendo de que esta demanda se radicó el 05/02/2019 con ella se interrumpió la prescripción de esta prestación, por lo que se declararán prescriptos los causados con anterioridad al 05 de febrero de 2016.

De las primas de servicios: Se tiene que su causación es por semestres o proporcional al tiempo laborado y su exigibilidad es, en la última quincena de junio y en los primeros 20 días de diciembre, es decir que, en este caso, partiendo de que

esta demanda se radicó el 05/02/2019 con ella se interrumpió la prescripción de esta prestación, por lo que se declararán prescriptas las causadas con anterioridad al 05 de febrero de 2016.

Se liquidará hasta la prima semestral de junio de 2023.

De las vacaciones, como se causan por año de servicio y su exigibilidad es dentro del año siguiente, y de ser proporcional por el tiempo laborado. Teniendo en cuenta que la relación laboral inició el 31 de diciembre de 2012, el año de servicio se cumple cada 31 de diciembre, y que la demanda se radicó el 05/02/2019 interrumpiendo la prescripción de esta prestación, se declararán prescriptas las que se hicieron exigibles con anterioridad al 05 de febrero de 2016, es decir, que las causadas por el periodo trabajado en el año 2015, que eran exigibles hasta el 31 de diciembre de 2016, no están afectadas por el fenómeno de la prescripción.

En consecuencia, la liquidación de estas prestaciones sociales y vacaciones quedará así:

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales								
AÑO	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	SALARIO	DÍAS POR PERIODO	CESANTÍAS	INTERESES SOBRE CESANTÍAS	PRIMA SERVICIOS	VACACIONES
2,012	31/12/2012	31/12/2012	\$ 566,700.00	1	\$ 1,574.17	Prescriptos	Prescriptos	Prescriptos
2,013	01/01/2013	31/12/2013	\$ 589,500.00	360	\$ 589,500.00	Prescriptos	Prescriptos	Prescriptos
2,014	01/01/2014	31/12/2014	\$ 616,000.00	360	\$ 616,000.00	Prescriptos	Prescriptos	Prescriptos
2,015	01/01/2015	31/12/2015	\$ 644,350.00	360	\$ 644,350.00	Prescriptos	Prescriptos	322,175.00
2,016	01/01/2016	31/12/2016	\$ 689,455.00	360	\$ 689,455.00	\$ 82,734.60	689,455.00	344,727.50
2,017	01/01/2017	31/12/2017	\$ 737,717.00	360	\$ 737,717.00	\$ 88,526.04	737,717.00	368,858.50
2,018	01/01/2018	31/12/2018	\$ 781,242.00	360	\$ 781,242.00	\$ 93,749.04	781,242.00	390,621.00
2,019	01/01/2019	31/12/2019	\$ 828,116.00	360	\$ 828,116.00	\$ 99,373.92	828,116.00	414,058.00
2,020	01/01/2020	31/12/2020	\$ 877,803.00	360	\$ 877,803.00	\$ 105,336.36	877,803.00	438,901.50
2,021	01/01/2021	31/12/2021	\$ 908,526.00	360	\$ 908,526.00	\$ 109,023.12	908,526.00	454,263.00
2,022	01/01/2022	31/12/2022	\$ 1,000,000.00	360	\$ 1,000,000.00	\$ 120,000.00	1,000,000.00	500,000.00
2,023	01/01/2023	30/06/2023	\$ 1,160,000.00	180			580,000.00	
Totales					\$ 7,674,283.17	\$ 698,743.08	\$ 6,402,859.00	\$ 3,233,604.50

Dichos valores deberán ser indexados al momento de su pago.

Indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, señala esta norma que el empleador que no consigne antes del 14 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía, será sancionado con un día de salario por cada retardo. Al respecto tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que esta no es automática ni inexorable, sino que en cada caso es necesario analizar la conducta del empleador, pues de estar ésta soportada en razones atendibles que demuestren fehacientemente su buena fe, no procedería la sanción prevista en la ley (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020, y CSJ SL1639-2022).

En el presente caso, la demandada sostuvo que entre las partes no había existido un contrato de trabajo, sino que el actor era su contratista, buscando con ello acreditar un actuar de buena fe; no obstante, no trajo al proceso elementos de juicio que permitieran evidenciar siquiera un rasgo de la modalidad contractual que alega, por el contrario en favor del actor se aplicó la presunción de contrato, y la parte pasiva no derruyó esa presunción, sumado a que la función desarrollada por el promotor del litigio era del giro ordinario de los negocios de la orfebrería, y que ante el accidente sufrido por el trabajador en sus instalaciones y la no vinculación al sistema de seguridad social, prefirió negar la relación laboral, proceder que no puede enmarcarse dentro de la buena fe, razones suficientes para que se genere la indemnización reclamada.

Teniendo en cuenta que la demanda se radicó el 05/02/2019, interrumpiendo la prescripción de esta indemnización, por lo que se declararán prescritas las sumas causadas con anterioridad al 05 de febrero de 2016.

DESDE	HASTA	FECHA DE CONSIGNACIÓN	SMMLV	DIAS INDEMNIZACIÓN	TOTAL
31/12/2012	31/12/2012	15/02/2013			PRESCRIPTO
1/01/2013	31/12/2013	15/02/2014			PRESCRIPTO
1/01/2014	31/12/2014	15/02/2015			PRESCRIPTO
		05/02/2016 A 14/02/2016	\$ 616.000,00	10	\$ 205.333,33
1/01/2015	31/12/2015	15/02/2016	\$ 644.350,00	360	\$ 7.732.200,00
1/01/2016	31/12/2016	15/02/2017	\$ 689.455,00	360	\$ 8.273.460,00
1/01/2017	31/12/2017	15/02/2018	\$ 737.717,00	360	\$ 8.852.604,00
1/01/2018	31/12/2018	15/02/2019	\$ 781.242,00	360	\$ 9.374.904,00
1/01/2019	31/12/2019	15/02/2020	\$ 828.116,00	360	\$ 9.937.392,00
1/01/2020	31/12/2020	15/02/2021	\$ 877.803,00	360	\$ 10.533.636,00
1/01/2021	31/12/2021	15/02/2022	\$ 908.526,00	360	\$ 10.902.312,00
1/01/2022	31/12/2022	15/02/2023	\$ 1.000.000,00	195	\$ 6.500.000,00
Indemnización art. 99 Ley 50/90 hasta el 31/08/2023					\$ 72.311.841,3

Indemnización por pérdida de la capacidad laboral. Conforme al artículo 1º del Decreto 2644 de 1994, esta indemnización corresponde al equivalente de 19 meses del IBL a la fecha del accidente de trabajo que lo fue en el año 2018, año para el cual el SMMLV era de \$781.242, el cual al multiplicarse por 19, arroja un valor **\$14.843.598**, suma que deberá indexarse hasta la fecha de pago.

La obligación de pago de dicha indemnización recae sobre la empleadora, por cuanto el accidente laboral que causó la pérdida de la capacidad laboral del actor en un porcentaje del 39,08% no esta siendo atendido por la ARL, debido a que la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez NO tenía afiliado al señor Manuel David Chivatá al sistema de seguridad social integral, puntualmente al Sistema General de Riesgos laborales, razón por la cual tiene en su cabeza la obligación de

reconocer y pagar al trabajador las prestaciones consagradas en ese sistema, dentro de las cuales está consagrada la indemnización referida.

Aportes al sistema de seguridad social integral: Recuérdese que conforme el artículo 15 y 157 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 16 de la Ley 1295 de 1994 las personas vinculadas a través de un contrato de trabajo tienen que ser afiliados al sistema de manera obligatoria.

En consecuencia, el señor Manuel David Chivatá debió ser afiliado al sistema de seguridad social integral conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos laborales y los servicios sociales complementarios, desde el 31 de diciembre de 2012, afiliación que a la fecha debería estar vigente, y permanecer así mientras exista la relación laboral.

Conforme lo anterior, se ordenará a la demandada señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez realizar de manera inmediata la afiliación del señor Manuel David Chivatá como su empleado al sistema de seguridad social integral.

Igualmente se ordenará a la demandada señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez **cancelar** al Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el señor Manuel David Chivatá a entera satisfacción de este, dentro del término de tres meses siguientes a la ejecutoria de esta decisión, el valor del cálculo actuarial, por el tiempo en que el demandante no estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, esto es, desde el 31 de diciembre de 2012, hasta el día en que se haga la afiliación al sistema de seguridad social integral, con base en un SMMLV para cada año.

Gastos médicos por accidente laboral: Teniendo en cuenta que el señor Manuel David Chivatá sufrió un accidente laboral el 13 de marzo de 2018, data para la cual no se encontraba afiliado al sistema de seguridad social integral, puntualmente al Sistema General de Riesgos laborales, razón por la cual tiene en su cabeza la obligación de reconocer y pagar al trabajador las prestaciones consagradas en ese sistema, además de los gastos en que incurra el trabajador con ocasión de este.

Sin embargo, en el presente proceso no se allegaron pruebas de los gastos en los que ha incurrido el demandante con ocasión del accidente laboral referido, pues si bien se allegó una cotización emitida por la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José a nombre del señor Manuel David Chivatá, por valor de \$10.348.848, esta corresponde solo a una cotización por un procedimiento quirúrgico que se le debía realizar al mencionado señor Chivatá, mas no corresponde a una factura que hubiese sido asumida por el actor o su grupo familiar.

Así las cosas, se absolverá a la demandada de este concepto.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre Manuel David Chivatá en calidad de trabajador y la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez, el cual se viene ejecutando desde el 31 de diciembre de 2012 y se encuentra vigente a la fecha, así mismo se condenará a la demandada al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por pérdida de la capacidad laboral, indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cálculo actuarial por aportes al sistema general de pensiones, y a afiliar al demandante al sistema de seguridad social integral.

COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo de la demandada como quiera es la parte vencida en juicio, esto conforme el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de febrero de 2020, para en su lugar, **DECLARAR** que entre el señor Manuel David Chivatá en calidad de trabajador y la señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez en calidad de empleadora, existe un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo como extremo inicial el 31 de diciembre de 2012, el cual se encuentra vigente a la fecha.

SEGUNDO: DECLARAR que el salario del señor Manuel David Chivatá durante la vigencia de la relación laboral a correspondido a un (1) salario mínimo mensual legal vigente en cada anualidad.

TERCERO: DECLARAR que el accidente sufrido por el señor Manuel David Chivatá el 13 de marzo de 2018, el de origen laboral.

CUARTO: CONDENAR a la demandada señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez en calidad de empleadora, a pagar en favor del señor Manuel David Chivatá la suma de \$56.976.212,40 por concepto de salarios causados desde el 14

de julio de 2018 hasta el 31 de agosto de 2023. Lo anterior, sin perjuicio de los que se continúen causando durante el tiempo que esté vigente la relación laboral.

QUINTO: CONDENAR a la demandada señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez en calidad de empleadora, a pagar en favor del señor Manuel David Chivatá, las siguientes sumas de dinero por los conceptos que de indican a continuación, los cuales deberá indexar hasta la fecha de pago:

1. La suma de \$7.674.283,17 por concepto de cesantías desde el 31 de diciembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2022, las cuales debe consignar en el fondo de cesantías que el trabajador escoja.
2. La suma de \$698.743,08 por concepto de intereses sobre las cesantías causados desde el año 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2022.
3. La suma de \$6.402.859 por concepto de prima de servicios causadas desde el primer semestre del año 2016 y hasta el primer semestre del año 2023.
4. La suma de \$3.233.604,50 por concepto de vacaciones causadas por el año de servicios 01/01/2015 a 31/12/2015, y hasta el año de servicios 01/01/2022 a 31/12/2022.
5. La suma de \$72.311.841,3 por concepto de indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, causada desde 05 de febrero de 2016 hasta el 31 de agosto de 2023, por la consignación de las cesantías del trabajador en un fondo de cesantías.
6. La suma de \$14.843.598 por concepto de indemnización por pérdida de la capacidad laboral, en razón a 19 SMMLV del año 2018.

SEXTO: CONDENAR a la demandada señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez en calidad de empleadora, a afiliar de manera inmediata al señor Manuel David Chivatá como su empleador, al sistema de seguridad social integral. Y a **cancelar** al Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el señor Manuel David Chivatá a entera satisfacción de este, dentro del término de tres meses siguientes a la ejecutoria de esta decisión, el valor del cálculo actuarial, por el tiempo en que el demandante no estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, esto es, desde el 31 de diciembre de 2012 hasta el día en que se haga la afiliación al sistema de seguridad social integral, con base en un SMMLV para cada año.

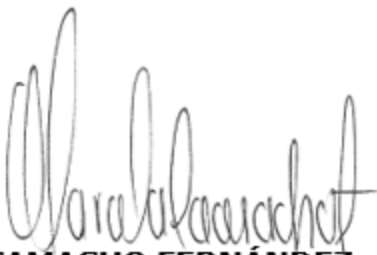
SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra.

OCTAVO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez y en favor del actor Manuel David Chivatá

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
Aclara Voto



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada señora Dora Clemencia Martínez de Rodríguez, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105032201900736-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	RICARDO GARCÍA ROA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **RICARDO GARCÍA ROA** se **declare** la nulidad de la vinculación en el régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) y en consecuencia se **ordene** el traslado o retorno del RAIS al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPMPD) junto con los saldos o aportes pensionales, cobros y gastos de administración descontados. Como consecuencia de lo anterior, que se **ordene** a Colpensiones aceptar la vinculación del actor en el RPMPD como si nunca hubiera existido traslado de régimen con los respectivos aportes, rendimientos financieros y devolución de gastos de administración; que se **condene** al reconocimiento y pago de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 a 18 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que prestó sus servicios como empleado del Banco Caja Social; que desde el inicio de su actividad laboral estuvo vinculado al RPMPD hasta que suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. el día **2 de octubre de 1995**; que los asesores de la AFP Protección S.A. no tenían un conocimiento amplio e

idóneo, en temas de seguridad social quienes le aconsejaron trasladarse al RAIS y que no perdería los beneficios pensionales en el RPMPD; que no existe manifestación por escrito de voluntad de traslado como lo ordena el artículo 11 de la Ley 100 de 1993; que no le suministraron información idónea, objetiva, verificable, que le permitiera hacer una simulación o comparación del valor la mesada pensional entre el RAIS y el RPM; que no aceptó de forma libre perder los beneficios del RPM; que el ISS hoy Colpensiones y CAPRESUB no realizaron gestiones para desvirtuar las afirmaciones de las administradoras del RAIS referente a la terminación del RPMPD; que al momento del traslado estaba vigente el estatuto del consumidor financiero norma aplicable a las administradoras del RAIS; que la empresa donde trabajaba no le informó por escrito la determinación de traslado a la AFP Protección S.A. como lo ordena el artículo 128 de la Ley 100 de 1993; que nunca presentó comunicación escrita o constancia de selección de régimen de manera libre, espontánea y sin presiones; que la permanencia del demandante en RAIS lesiona su derecho a la libre escogencia, pleno consentimiento, libre determinación, calidad de vida, dignidad humana, mínimo vital, irrenunciabilidad de beneficios laborales, empobrece su poder adquisitivo con una diferencia pensional del 60% y que dicha permanencia lleva implícita la sanción prevista en el inciso 1 del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que, los días 18 y 26 de julio de 2019, radicó ante la AFP Protección S.A. y Colpensiones, respectivamente, solicitudes encaminadas a que se anulara su afiliación al RAIS y se le retornara al RPM con Colpensiones, las cuales fueron despachadas desfavorablemente por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°104 - 127 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor elevó reclamación al cual le dio respuesta manifestando que no es posible activar ninguna afiliación al RPM, como tampoco recibir los aportes de la AFP Protección; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, contestó (f° 3 – 19 archivo 03 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha

de suscripción del formulario en el RAIS; que la mencionada AFP cuenta con asesores encargados de la captación de posibles afiliados; que al momento de la suscripción del formulario estaba vigente la Estatuto del Consumidor Financiero, que el actor elevó solicitud de desvinculación en el RAIS y los fundamentos de la petición encaminadas a reasumir los beneficios en el RPMPD la cual fue contestada de manera negativa por la entidad. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

En audiencia celebrada el 15 de marzo de 2023, al momento de la fijación del litigio la parte demandante y su apoderado presentaron desistimiento frente a la sanción de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, desistimiento aceptado por el juzgador de primer grado. (récord audio min. 7:50 a 9:30 archivo 15, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de marzo de 2023 (archivo 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante RICARDO GARCÍA ROA a través de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., de fecha 02 de octubre de 1995.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante RICARDO GARCÍA ROA como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smImv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que en este caso estaba fuera de discusión que el demandante estuvo inicialmente afiliado al RPM y que solicitó trasladarse al RAIS administrado por Protección S.A., según se desprendía del formulario de vinculación del 02 de octubre de 1995.

Precisó que, la Ley 100 de 1993, mediante el cual se creó el Sistema General de Pensiones se encuentra compuesto por dos regímenes solidarios pero excluyentes entre sí, el RPMPD y el RAIS, señaló que en la misma normativa en el artículo 13 literal d. establece el derecho de los afiliados a la escogencia de régimen pensional, selección que debe realizarse de manera libre, voluntaria y que debe ser manifestada por escrito al momento del traslado. Reseñó que la redacción original del literal e. establecía que los afiliados podían ejercer el derecho de traslado una vez cada 3 años contado desde el momento de la selección inicial y posteriormente con ocasión de la expedición de la Ley 797 de 2003, en su artículo 2° se modificó dicho literal estableciendo que el derecho a trasladarse se puede ejercer una vez cada 5 años contados desde el momento de la selección inicial, con la prohibición de trasladarse de régimen a quienes les faltaren 10 años o menos para llegar a la edad de pensión señalada en la ley; que se estableció un periodo de gracia para aquellos afiliados que al momento de la expedición de la ley estaban inmersos en la prohibición de trasladarse de régimen, refiriéndose a lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Hizo mención del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto Ley 663 de 1993 y el deber de información de las entidades vigiladas por la Superfinanciera en cuanto a la obligación de otorgar a los usuarios la información necesaria de las operaciones que realicen de suerte que les permita obtener elementos de juicio, claros y objetivos para escoger las mejores condiciones del mercado.

Frente a la carga de la prueba, aseveró que las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la simetría entre una aseguradora experta y un afiliado neófito en materias pensionales de alta complejidad, refiriendo que el engaño no sólo se produce de lo que se afirma sino de los silencios que se guardan en proporcionar la información que resulte necesaria para la decisión que se persigue, señalando así que la debida diligencia se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada, al respecto trajo a colación la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.

En lo que respecta al deber de información, realizó un esbozo refiriéndose a su la evolución y la obligación de los jueces de la república en verificar el cumplimiento de dicho deber de conformidad con el momento histórico en el que se produjo el traslado, que para el caso en concreto el demandante se trasladó de régimen el dos (02) de octubre de 1995, y que para dicha data el deber de información conllevaba como mínimo la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de

transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, asimismo señaló que el deber de información no se acredita con la simple suscripción de un formulario, configurándose así la ineficacia de la afiliación por la insuficiencia de la información y lesiones injustificadas en el acceso al derecho pensional, y que en los términos del artículo 1604 del Código Civil el cotejo de la información brindada debe corresponder a la realidad en relación con las pruebas allegadas por las AFP y los datos proporcionados a los afiliados los cuales de no ser ciertas acarrearán las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en los que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia del derecho pensional, sobre el particular citó las sentencias SL 19447 de 2017 y SL 1452 de 2019.

Dijo que, no es necesario que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición o estar *ad-portas* de causar el derecho pensional o tener un derecho consolidado para poder solicitar la ineficacia del traslado. Dado lo anterior evidenció que el demandante nació el **19 abril de 1957**, que en el reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones verificó que el demandante estuvo afiliado al ISS y que cotizó desde el 16 de julio de 1981 hasta el 20 de septiembre 1995 un total de 481 semanas y que el formulario afiliación del demandante a Colmena hoy AFP Protección S.A. está fechado **02 de octubre de 1995**, que la proyección de la mesada pensional del demandante en el RAIS a los 62 años sería aproximadamente de \$3'945.788,00, que el demandante se afilió a pensiones voluntarias Santander en el mes de enero de 2001 y en el mes de marzo de 2011 con la AFP ING, por último, la historia laboral consolidada por la AFP Protección con corte 02 de febrero de 2021 el demandante contaba con 1792.14 semanas cotizadas al Subsistema General de Pensiones efectuadas tanto al ISS como a la AFP Protección S.A.

Sostuvo que, del interrogatorio de parte absuelto por el actor, resaltó la afirmación realizada respecto de la vinculación con su empleador Banco Caja Social y Colmena comoquiera que hacían parte del mismo grupo económico; que en el momento de su vinculación le entregaron una serie de documentos para firmar entre ellos el formulario de la afiliación a Colmena, hito para que el cual no estuvo presente ningún representante de Colmena; que no le entregaron documentos de ninguna otra AFP; que él no leyó dicho documento que sólo firmó, sobre sus aportes a pensiones voluntarias manifestó que esto era por motivo del impuesto de retención en la fuente.

De cara a las alegaciones de la apoderada de la AFP Protección relativas a las contradicciones que existen entre el escrito de demanda y lo expresado por el demandante en su interrogatorio el *a quo* infirió que sí hubo una reunión o conversación entre el demandante y un representante de Colmena, en tanto que en el interrogatorio de parte el demandante afirmó que le fue entregado el formulario de afiliación por parte de su empleador al momento de su vinculación y que lo suscribió, no obstante el juzgador llegó a la conclusión de que a pesar de la mencionada contradicción la AFP Protección S.A. no cumplió con la carga de acreditar haber suministrado la información clara y

suficiente sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características de estos, diferencias y las consecuencias del traslado de régimen y en vista de lo anterior el *a quo* consideró en todo caso declarar la ineficacia del traslado del régimen; en consecuencia, concluyó que había lugar a declarar la ineficacia del traslado.

En lo que concierne a las excepciones formuladas por las demandadas, el *a quo* las declaró no aprobadas y enfatizó que frente a la excepción de prescripción cuando lo que se pretende es la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional dicho derecho es imprescriptible al respecto citó la sentencia SL 1689 2019, del órgano de cierre de la Jurisdicción Laboral. Finalmente se refirió a la condena en costas y agencias en derecho a cargo de la demandada AFP Protección S.A. por ser la administradora a través de la cual se produjo el cambio de régimen, sin costas respecto a la demandada Colpensiones, en tales términos se pronunció el juzgador de primer grado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara la decisión en su integridad. Para tal efecto, argumentó que teniendo en cuenta el artículo 2° de la Ley 797 de 2013 se terminó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional esta misma norma limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la pensión salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para quienes se conservó el derecho a regresar al RPMPD en cualquier momento, dicha limitación se justifica en los cambios normativos del Acto Legislativo 01 de 2005, y en el artículo 48 Constitucional y, por lo tanto, las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Señaló que, el demandante no es beneficiario del régimen de transición para hacer su traslado en cualquier tiempo situación que a juicio de la apelante no se configura, comoquiera que el demandante no reúne ninguno de los requisitos legales por lo que no es procedente el traslado de régimen, para tales efectos citó la jurisprudencia de la Corte Constitucional sentencias C 789 de 2002, SU 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013. Dado lo anterior, hizo referencia a la documental mediante el cual el actor elevó solicitud de traslado al RPMPD administrado por Colpensiones y que al verificar su cédula de ciudadanía obtuvo que para aquella data contaba con 62 años y al no contar con 15 años de cotización al 01 de abril de 1994, él actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado y por ende sería improcedente tenerlo como afiliado. Aunado a lo anterior, hizo referencia al estudio de rentabilidad tendiente a determinar que cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para pensionarse, el ahorro en el RAIS no debe ser inferior al monto total del aporte legal en el caso de que hubiese permanecido en el

RPMPD y así poder establecer si procede o no el traslado en aras de proteger la sostenibilidad del sistema.

Respecto al deber de información para el momento del traslado, sostuvo que dicha obligación se haría de forma verbal y a partir de esta sería el afiliado quien determinaría a que AFP realizaría los aportes a pensión, afirmó que la apelante es conocedora del precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, no comparte esta posición pues a su juicio resulta desatinado exigir a las administradoras realizar una proyección pensional o cualquier otro medio probatorio diferente al formulario de afiliación cuando ello no estaba impuesto en la normativa vigente, pues tal exigencia desvirtúa los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso. Adicionalmente, hizo referencia al principio de relatividad jurídica toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP Protección S.A. por lo que estos actos tienen efectos *inter-partes* y debido a ello independiente de la decisión adoptada la apelante no puede verse ni favorecida, ni perjudicada, en los anteriores términos quedó sustentado el recurso de apelación por Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Protección S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **RICARDO GARCÍA ROA** nació el 19 de abril de 1957 (f° 31- archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al ISS entre el 16 de julio de 1981, y el 30 de septiembre de 1995, un total de 481,00 semanas (f°1-5 archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1691 archivo Expediente Administrativo de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **02 de octubre de 1995**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección el cual se hizo efectivo a partir del 01 octubre de 1995 (f.° 54-55 archivo 03, de la carpeta 1ª inst. exp. digital), administradora a la que continúa afiliado.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con*

una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–02 de octubre de 1995–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS, Protección S.A. cumplió con las exigencias que la Ley establecía, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL 1055-2022, citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993, se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de manera integral y suficiente a los afiliados del sistema sobre las implicaciones del acto de traslado, a efectos de que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resultara más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *« PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses. »*. De ahí que el simple diligenciamiento de un formulario no resultare suficiente para el cumplimiento de la anterior disposición.

En este sentido, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible

y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque 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» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a las **cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliado al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, **la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con***

los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), conforme lo ordenó la Juez de primera instancia, por lo que se deberá confirmar la decisión en su integridad.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105033201900718-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NELSON ERNESTO RICO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor Nelson Ernesto Rico se **condene** a Colpensiones a reconocer y pagar el reajuste pensional sobre su mesada conforme el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta el IBL más favorable y una tasa de reemplazo del 90%; que se paguen las diferencias causadas desde el 1° de diciembre de 2009, sumas que deberán ser indexadas, lo que resulte probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-4 exp. físico), señaló que nació el 18 de agosto de 1953, por lo que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años, luego era beneficiario del régimen de transición; que el 18 de agosto de 2023, alcanzó 60 años de edad, y 1.655 semanas de cotización a pensiones, de las cuales 1.342 aproximadamente fueron aportadas como alto riesgo por el empleador Incolbest S.A.; que solicitó por primera vez la pensión especial por alto riesgo el 27 de mayo de 2005, pero el ISS hoy Colpensiones mediante Resolución 000633 del 17 de enero de 2007, negó la prestación porque no cumplía con los requisitos exigidos por la ley, contra esa decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, y mediante Resolución 53780 del 13 de noviembre de 2009, le reconoció pensión de vejez a

partir del 1° de diciembre de ese año, en cuantía inicial de \$607.379, dando aplicación a la Ley 797 de 2003 en concordancia con el Decreto Ley 2090 de 2003.

Narró que, se vinculó laboralmente con la empresa Incolbest S.A. desde el 28 de noviembre de 1983, prestando sus servicios de manera ininterrumpida como operario de producción de planta con materiales de fricción como asbesto, crisolito, los cuales son considerados como de alto riesgo; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 600 semanas cotizadas en alto riesgo, razón por la que le era aplicable el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, para el reconocimiento de su prestación; que por la cantidad de semanas aportadas tiene derecho a la tasa de reemplazo máxima y a que se le calcule su IBL de la forma que le sea más favorable.

Expuso que, el 30 de enero de 2019, petitionó ante Colpensiones la reliquidación de su pensión, pero dicha entidad mediante Resolución SUB 118461 del 15 de mayo de 2019 negó la misma.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (f.º 119-122 exp. físico), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que era beneficiario del régimen de transición, que radicó petición de pensión de vejez por alto riesgo, prestación que inicialmente se negó pero posteriormente se reconoció a partir del 1° de diciembre de 2009, en cuantía inicial de \$607.379, conforme la Ley 797 de 2003, en concordancia con el Decreto Ley 2090 de 2003, que el actor tenía cotizaciones por alto riesgo y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban y que debían probarse.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, 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, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de diciembre de 2021 (archivo 07-08 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el señor NELSON ERNESTO RICO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo contemplada en el Art. 15 del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 21 de febrero de 2007, al ser beneficiario de los regímenes de transición contemplados en el Decreto 2090 de 2003 y el Decreto 1281 de 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a RELIQUIDAR la pensión especial de vejez por alto riesgo reconocida a NELSON ERNESTO RICO, determinando como cuantía inicial para el año 2007 la suma de \$692.769, por 14 mesadas al año.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a NELSON ERNESTO RICO la suma de \$8'483.238 por concepto de las diferencias pensionales causadas desde el 30 de enero de 2016 y diciembre de 2021.

CUARTO: DETERMINAR cómo valor de la mesada pensional para el año 2021 la suma de \$1'191.430.

QUINTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas y no reclamadas antes del 30 de enero de 2016.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a INDEXAR las sumas objeto de condena desde el momento de causación de cada una de las mesadas y hasta que se haga efectivo su pago.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fijan como Agencias en Derecho la Suma de DOS (2) SMMLV.

El *a quo* indicó que no estaba en discusión el hecho de que el actor desarrollaba actividades de alto riesgo, pues el ISS había reconocido pensión de vejez por alto riesgo. Fijó que la controversia radicaba en determinar si el actor era beneficiario o no del régimen de transición, para así descontar un año de servicios por cada 50 semanas de aportes adicionales a las 750 semanas.

Empezó citando apartes de la sentencia CSJ SL1678-2022, y CSJ SL5116-2021, de las cuales extrajo, que quienes cumplieran los requisitos exigidos en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, tenían la posibilidad de pensionarse con el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, siempre que acreditaran un número mínimo de semanas exigidas en el régimen general de pensión, además que la causación y disfrute de la pensión de vejez por alto riesgo estaba supeditada a acreditar las actividades de alto riesgo, que se retiró del sistema y que solicitó la prestación.

Refirió que, en este asunto Colpensiones había negado la prestación a la luz del régimen de transición, que si bien le reconoció la pensión mediante Resolución 53780 del 13 de noviembre del año 2009, lo cierto era que se negó a reliquidarla; que conforme el artículo 6° del Decreto 2090 del 2003, eran beneficiarios del régimen de transición quienes a la entrada en vigor de este -28/07/2023- acreditaran 500 semanas de cotización en actividades en alto riesgo, presupuestos que el demandante cumplía, pues este a esa data acreditaba 1023,08 semanas y no había discusión que de manera ininterrumpida desde el 28 de noviembre de 1983, realizaba aportes por alto riesgo. Agregó que, de acuerdo con el artículo 8° de Decreto 1281 del 1994, eran beneficiarios del régimen de transición quienes a la

entrada en vigor de este -23/06/1994-, contarán con 40 años de edad o más de 15 años de servicios cotizados, aspectos que el promotor del litigio también cumplía.

Señaló que, conforme lo anterior, al demandante le era aplicable el régimen de transición regulado en el Decreto 2090 de 2003, que remitía al Decreto 1281 del 1994, según los cuales la pensión de vejez especial debía estudiarse a la luz del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, razón por la que pasaba a estudiarla la misma.

Sostuvo que, para la pensión especial por alto riesgo se debía probar 500 semanas de cotización especial, en los 20 años anteriores al cumplimiento de las 1000 semanas en cualquier tiempo exigidas conforme el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. A su vez el artículo 15 del Acuerdo en mención, exigía como mínimo 750 semanas de cotización para poder disminuir en un año de edad por cada 50 semanas adicionales a las primeras 750 semanas.

Encontró que, el actor radicó por primera vez la petición de pensión especial el 27 de mayo de 2005, data para la cual contaba con 53 años de edad y con 1.111,37 semanas de cotización por alto riesgo; sin embargo, para ese momento requería 1.200 semanas para que la edad mínima fuera disminuida en 9 años; que el ISS mediante Resolución 000633 de enero de 2007, negó el derecho por no haberse acreditado la densidad de aportes requeridos, advirtiendo además la existencia de periodos que se registraban en mora por parte del empleador, e invitando a seguir cotizando tal como sucedió.

Afirmó que, la demandada debió reconocer la pensión especial una vez el actor completó las 1.200 semanas por alto riesgo, es decir 450 semanas adicionales a las primeras 750, las cuales permitían descontar 9 años, y a sus 51 años de edad, considerando que los aportes realizados hasta el 31 de diciembre de 2009, fueron producto de un error por parte del demandante inducido por el ISS quien le pidió que continuara contribuyendo.

Concluyó que, el señor Rico consolidó su derecho a la pensión de vejez por alto riesgo cuando cumplió 1.200 semanas, esto fue el 20 de enero de 2007. Respecto del disfrute de la prestación, indicó que debía acreditarse el retiro del sistema, que si bien en este asunto dicha novedad se registró al 31 de diciembre de 2009, lo cierto era que la jurisprudencia había admitido que en casos excepcionales se tomara una fecha anterior cuando es la administradora de pensiones quien solicita seguir realizando aportes, pese a cumplirse con los requisitos exigidos en la norma, tal como ocurrió en este asunto, razón por la que reconocería la prestación desde el 21 de febrero del 2007, por cuanto fue el ISS quien indujo en error al demandante y por ello realizó cotizaciones hasta diciembre de 2009.

Respecto de la cuantía, adujo que este se determinaría conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con un IBL de lo cotizado en los últimos 10 años, y una tasa de reemplazo del 87% teniendo en cuenta 1.200 semanas, por lo que realizadas las operaciones aritméticas, el IBL correspondía a \$769.769, al que se le aplicó el 87% arrojando una primera mesada pensional de \$692.769, la que actualizada al 2021 ascendía a \$1.191.430 pesos, prestación que debía pagarse en 14 mesadas pensionales al año, porque esta no superaba los 3 SMMLV y fue causada antes del 31 de julio de 2011.

Frente a la excepción de prescripción, consideró que esta se había interrumpido el 30 de enero de 2019, por tal razón declararías prescritas las diferencias pensionales causadas y no reclamadas con anterioridad al 30 de enero del año 2016, las cuales debían reconocerse debidamente indexadas a la fecha de su pago.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que el actor no cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que esa entidad estudió la prestación conforme la Ley 797 de 2003; «*en cuanto a la actividad de alto riesgo como ya se señaló se hizo el estudio bajo el decreto 2090 de 2003, dando como resultado el reconocimiento de la pensión mediante la Resolución 053780 del 3 de noviembre del 2009*».

Agregó que, revisado el caso por esa institución pudieron establecer que no se generaban mayores valores respecto de la prestación del actor, por el contrario, el valor de la mesada disminuía, por lo que respetando los derechos adquiridos no se modificó la cuantía de la pensión, añadiendo lo siguiente:

De acuerdo a lo anterior al contar con las 358 semanas de cotización adicionales a las 1300 semanas requeridas inicialmente se incrementan a un 15% sobre las mesadas adicionales, obteniendo un porcentaje de liquidación correspondiente al 74%, razón por la cual se debía indicar que el porcentaje no podía ser superior al 80% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la tasa de reemplazo que ya se le había realizado que era el 79.60%, tal como se le indicó en Resolución SUB 54165 del 8 de mayo del 2017.

Así mismo las semanas tenidas en cuenta fueron hasta el 30 de diciembre del 2009, fecha efectiva del retiro del accionante, razón por la cual la prestación reconocida se hizo mediante la normatividad aplicable al caso concreto y por lo tanto no habría lugar a una reliquidación, como lo manifiesta el despacho considerando el régimen de transición adoptado por el a quo, ya que la entidad que represento siempre ha actuado dentro de los parámetros legales y constitucionales amparados al principio de la buena fe, tanto de la entidad como de las personas que acuden a ella en calidad de usuarios o de afiliados.

Indicó que, al no haber diferencias pensionales según su concepto, tampoco había lugar a indexación de suma alguna; que conforme el artículo 48 de la

Constitución Nacional, en la que refiere que no se podía destinar sus recursos para fines distintos a la seguridad social, por lo que el pago de costas y agencias en derecho resultaban contrarios a esta preceptiva constitucional.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar, si hay lugar a la reliquidación de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo en favor del demandante, o si por el contrario no acredita los requisitos para ello.

En el presente asunto, no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el actor nació el 18 de agosto de 1953; **ii)** que aportó al ISS hoy Colpensiones 1.659,29 semanas entre el 16/06/1970 y el 31/12/2009, de las cuales 1.346,71 fueron con el empleador Incolbestos S.A. quien realizó aportes adicionales para pensión especial o de alto riesgo; **iii)** que el 27 de mayo de 2005, solicitó pensión de vejez por alto riesgo, pero el ISS mediante Resolución 633 del 17 de enero de 2007, negó esa prestación por considerar que no se cumplían los requisitos para la misma; **iv)** que el ISS mediante Resolución 53780 del 13 de noviembre de 2009, al estudiar el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 633 del 17 de enero de 2007, resolvió revocar dicho acto administrativo, para en su lugar conceder la pensión especial de vejez por alto riesgo a partir del **01 de diciembre de 2009** en cuantía de \$607.379, teniendo en cuenta 1.319 semanas, un IBL de 878.731 y una tasa de reemplazo del 69.12%; **v)** que mediante Resolución 09735 del 20 de marzo de 2012, el ISS modificó la Resolución 53780 del 13 de noviembre de 2009, para indicar que la cuantía de la prestación inicial sería de \$622.111, liquidación que se basó en 1.340 semanas cotizadas, un IBL de \$881.052 y una tasa de reemplazo del 70.61%; **vi)** que mediante Resolución SUB 54165 del 08 de mayo de 2017, se reliquidó la pensión del actor conforme el Decreto 2090 de 2003, a partir del 27 de marzo de 2014 en cuantía de \$815.717, para lo cual tuvo en cuenta 1.653 semanas, un IBL \$1.024.770, y una tasa de reemplazo del 79.60%; y **vii)** que el 30 de enero de 2019, solicitó nuevamente la reliquidación de su pensión, la cual fue negada a través de la Resolución SUB 118461 del 15 de mayo de 2019, por cuanto al revisar la liquidación de la prestación se encontró que esta debía ser inferior a la reconocida, y dado que no se le podía desmejorar, se mantendría el monto que se le estaba pagando.

La referida prestación por alto riesgo, tiene por finalidad brindar una protección a los trabajadores que no laboran propiamente en ambientes normales de trabajo, sino que están sometidos a determinados riesgos que pueden afectar su integridad física y que pueden acelerar el estado de vejez o acortar el período de vida, tal como se explicó por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 29 may. 2012, rad. 38948, en la que se dijo: «[...] lo que se busca con las pensiones especiales por actividades de alto riesgo es la protección especial del trabajador que ha estado expuesto a riesgos y que sufre detrimento anormal de la salud en virtud del oficio desempeñado, siendo patente que esa mengua se sufre por la exposición por periodos prolongados de tiempo».

Así, el trabajador que aspira a acceder a una pensión especial de alto riesgo debe demostrar que, en efecto, estuvo expuesto o desempeñando alguna de las actividades que están catalogadas como tal por la ley, pues es a partir del cumplimiento de esta condición, que puede acceder a esa prestación, acreditando, claro está, la densidad de semanas y edad exigidas por la norma para ello.

En el asunto bajo examen, es un hecho indiscutido que el actor ejecutó actividades de alto riesgo mientras laboró para el empleador Incolbestos S.A., tal y como se aceptó en la Resolución 53780 del 13 de noviembre de 2009, emitida por el extinto ISS, donde se indicó que el afiliado había «*desempeñado actividades de alto riesgo, a lo largo del periodo comprendido entre el 28 de noviembre de 1983 y el 30 de junio de 2009*».

Ahora bien, frente a las normas llamadas a aplicar para resolver la controversia, se tiene que el Decreto 2090 de 2003 «*Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades*», en sus artículos 1º y 6º señaló:

Artículo 1. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

Artículo 6. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003, (texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1056-2003).

En este orden, lo primero que debemos verificar es si el actor a la entrada en vigor del Decreto 2090 de 2003, el 28/07/2023 acredita 500 semanas de cotización en actividades en alto riesgo, requisito que se encontraba cumplido con creces como quiera que a esa data llevaba más de 19 años al servicio del empleador Incolbestos S.A., por lo que se verificará las condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

La norma anterior era el Decreto 1281 de 1994, el cual en su artículo 8° señalaba:

ARTICULO 8o. REGIMEN DE TRANSICION PARA ACCEDER A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ. La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

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

Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia del presente decreto, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años.

Este régimen de transición no será aplicable cuando el afiliado se acoja voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, entendido como tal el administrado por el ISS, o cualesquiera otra Caja o Fondo Previsional público o privado.

Así las cosas, esta norma también estableció un régimen de transición para quienes, siendo hombre como es el caso del demandante, tuviesen a la entrada en vigencia del mismo el 22 de junio de 1994, 40 años de edad o 15 o más años de servicios cotizados, por lo que se procede a verificar si se cumplen estos requisitos:

- Nació el 18 de agosto de 1953 por ende al 22/06/1994, contaba con 40 años de edad.
- Al 22/06/1994 contaba con 862,41 semanas, que equivalen a 16 años y 7 meses.

Cabe aquí, traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1225-2021, en la que reiteró la CSJ SL1353-2019, en la que fijó su posición jurisprudencial frente al alcance del régimen de transición previsto en el artículo 6° del Decreto 2090/03, precisando:

Hay que tener en cuenta que el Decreto 2090 de 2003 estableció en su artículo 6.º, inciso 1.º un régimen de transición con miras a garantizar las expectativas legítimas de quienes se hallaban próximos a consolidar el derecho prestacional, a quienes les permitiría preservar la posibilidad de pensionarse bajo la égida del Decreto 1281 de 1994. Así lo prevé el artículo en cita:

Artículo 6.º. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003. (texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1056-2003).

Esta Sala en sentencia CSJ SL1353-2019, reiterada en CSJ SL999-2020 y CSJ SL042-2021, precisó el alcance de la anterior disposición y señaló que para hacerse a dicha transición se debe acreditar el requisito señalado en el primer inciso, esto es, las 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo a 28 de julio de 2003, sin que sea necesario, adicionalmente, el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto «las exigencias adicionales del parágrafo del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003, son desproporcionadas y contrarias a la finalidad del régimen especial y transitorio para acceder a la pensión de vejez».

Así entonces, se advierte que el actor cumple las condiciones de la transición prevista en el Decreto 2090 de 2003, dado que a 28 de julio de 2003 superaba las 753.43 semanas, en su mayoría cotizadas con actividades de alto riesgo. Además, cumplió con el mínimo de aportes exigido en el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, dado que para el año 2012, en el cual cumplió 55 años -edad pensional del Decreto 1281 de 1994- ya superaba las 1.225 semanas, según se advierte en su historia laboral. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

De conformidad con lo este criterio jurisprudencial, resulta evidente entonces, que el promotor del litigio también cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 8º del Decreto 1281 de 1994, por lo que su prestación debía estudiarse a la luz del régimen anterior al cual se encontraba afiliado, que no es otro que el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, que establecía:

ARTÍCULO 15. PENSIONES DE VEJEZ ESPECIALES. La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:

- a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;
- b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;
- c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,
- d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.

PARÁGRAFO 1. Para la aplicación de este artículo, las dependencias de salud ocupacional del ISS calificarán, en cada caso, la actividad desarrollada previa

investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición.

PARÁGRAFO 2. La Dirección General del Instituto mediante resolución motivada podrá ampliar y actualizar las causas que originan pensiones de vejez especiales, previo concepto técnico de la Subdirección de Servicios de Salud o a través de la División de Salud Ocupacional.

Tal y como ya se indicó, en el presente caso está probado que el actor ejecutó actividades de alto riesgo mientras laboró para el empleador Incolbestos S.A., esto es, entre el 28 de noviembre de 1983 y el 31 de diciembre de 2009, sumado a que en la Resolución 53780 del 13 de noviembre de 2009, emitida por el ISS se expuso que conforme el concepto técnico laboral emitido por el grupo de investigaciones administrativas del ISS se había establecido que el afiliado Nelson Ernesto Rico estuvo expuesto a sustancias cancerígenas con dicho empleador.

Entonces, el actor aportó al ISS hoy Colpensiones 1.659,29 semanas entre el 16/06/1970 y el 31/12/2009, de las cuales **1.346,71** fueron con el empleador Incolbestos S.A. quien realizó los respectivos aportes para pensión especial o de alto riesgo entre el 28 de noviembre de 1983, y el 31 de diciembre de 2009.

Así, dado que el actor es beneficiario del régimen de transición, este para la pensión de vejez ordinaria debería acreditar conforme el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, deben verificarse los siguientes supuestos fácticos: *i)* Sesenta (60) o más años de edad si se es hombre; y *ii)* un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así las cosas, conforme las semanas acreditadas por el actor como de alto riesgo se tiene que:

Semanas mínimas pensión ordinaria	Semanas con cotización especial	Reducción de edad
1.000	750	60
	800	59
	850	58
	900	57
	950	56
	1.000	55
	1.050	54
	1.100	53
	1.150	52
	1.200	51

Por lo tanto, surge con certeza que el actor llegó a la edad de 51 años el 18 de agosto de 2004, y acreditó 1.200 semanas con aporte especial o de alto riesgo al 20 de febrero de 2007, tal como lo determinó el *a quo*, por ende, esta Sala confirmará la decisión de primera instancia en este sentido.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la fecha de disfrute de la prestación, que el juez la fijó a partir del 21 de febrero de 2007, por cuanto fue el ISS quien indujo al afiliado en error para que este continuara aportando al sistema, basta con traer a colación el criterio pacífico y reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en este sentido; así de dijo entre otras, en la sentencia CSJ SL1867-2023, expuso:

Al respecto, dada la situación fáctica del accionante, corresponde decir que la censura no tiene razón en su disconformidad, puesto que la Sala tiene decantada una línea pacífica y reiterada sobre el contenido y alcance de los artículos 13 y el 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en el sentido de que, conforme a los citados artículos,

...el disfrute de la pensión de vejez, por regla general, está condicionado a la desafiliación formal del sistema, como requisito necesario para empezar a disfrutar la prestación mencionada; no obstante, existen situaciones excepcionales que ameritan un tratamiento igualmente excepcional que permiten concluir que, pese a que un trabajador continuó aportando al sistema, el reconocimiento de la pensión debe ser, a partir de la data en que se cumplen con los requisitos que la ley exige para acceder a la prestación y no aquella en que se reporta la desafiliación, por cuanto se puede inequívocamente concluir que su voluntad era la de retirarse del sistema, no obstante, la entidad con su actuar induce en error al afiliado, lo que conlleva seguir realizando aportes al sistema pensional..

Sobre la anterior temática se trae como referente lo expresado en la sentencia CSJ SL2607-2021, que reiteró lo dicho en CSJ SL3245-2019, así:

*Aquí y ahora, se memora que ha sido doctrina de esta Corte que solo a partir de la desafiliación del asegurado al sistema general de pensiones es dable que comience a recibir la pensión de vejez, toda vez que, con arreglo a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, si bien la pensión de vejez se **causa** cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, su **disfrute** lo es desde **la desafiliación formal**.*

*En este orden, podría decirse que la regla general sigue siendo la **desvinculación del sistema** como presupuesto necesario para el inicio de la percepción de la pensión, pero existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia, y que permiten concluir que pese a que el afiliado continuó cotizando, el reconocimiento de la pensión será a partir de la data en que se cumplen con los requisitos que la ley exige para acceder a la prestación y no la calenda de la desafiliación.*

Por ejemplo, esta sala en sentencia CSJ SL, del 6 de jul. 2011, rad. 38558, explicó:

[...]

En lo que atañe a la <causación> de la pensión de vejez, es pertinente recordar, que la Sala tiene adoctrinado que esta figura jurídica difiere del <disfrute> del derecho, en la medida que en el primer caso, la causación se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a la prestación pensional: en el segundo, supone el cumplimiento del primero y se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, debiéndose como regla general, llevarse a cabo la previa desafiliación del régimen conforme a lo preceptuado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Sin embargo, cabe destacar, que en aquellos eventos en que concurre un actuar negligente o errado de la entidad encargada de reconocer la prestación de vejez, a la que el afiliado tenía derecho de tiempo atrás cuando cumplió con los requisitos exigidos para obtener la pensión, es menester entrar a estudiar las particularidades de cada caso.

En efecto, tiene dicho esta Corporación, que ante situaciones que presentan ciertas circunstancias excepcionales, estando satisfecha la totalidad de las exigencias consagradas en los reglamentos del ISS, debe reconocerse y pagarse la pensión de vejez al afiliado en su oportunidad desde que elevó la correspondiente solicitud con requisitos cumplidos, así no haya operado en

rigor la mencionada desafiliación al sistema.

Y en providencia CSJ SL5603 – 2016, del 6 de abr. 2016, rad. 47236, sostuvo:

El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

[...]

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los 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, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798)».

De tal suerte que, según lo señalado en los precedentes referenciados, el Acuerdo 049 de 1990 exige la desvinculación formal del sistema, además de los requisitos de edad y semanas cotizadas, pero la jurisprudencia ha admitido que en situaciones excepcionales se examine el contexto del caso en concreto, para determinar si es factible acceder en fecha anterior al retiro formal del sistema. CSJ SL4540-2021. (Negrillas originales del texto).

Al revisar lo sucedido en *sub examine*, se tiene que el actor solicitó la pensión especial de vejez por alto riesgo desde el 27 de mayo de 2005, pero esa entidad mediante Resolución 000633 del 17 de enero de 2007 resolvió negar la pretensión, por considerar que:

Que pese a que el asegurado NELSON ERNESTO RICO, ha realizado actividades de alto riesgo para la salud y ha cotizado al Sistema General de Pensiones con el 6 y 10 puntos adicionales exigidos por las normas citadas anteriormente, se reitera que en el reporte de semanas actualizadas se registran solamente **163** semanas de cotización especial en el desempeño de actividades de alto riesgo, en consecuencia no reúne los requisitos del artículo 4º del Decreto 2090 de 2003, siendo imperativo negar la pensión especial de vejez

Que por lo anterior se concluye que tampoco reúne los requisitos exigidos por el Decreto 2090 de 2003, siendo imperativo negar la pensión especial de vejez

Que cabe señalar, que cumplidos los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de vejez propiamente dicha, esto es, edad y número de semanas, puede elevar solicitud para que previo estudio, se le decida lo pertinente

Contra la anterior decisión el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, el cual solo fue resuelto hasta la expedición de la Resolución 53780 del 13 de noviembre de 2009, concediéndole la pensión especial de vejez por alto riesgo a partir del **01 de diciembre de 2009**, razón por la que el demandante fue retirado del sistema el 31 de igual calenda.

En consecuencia, acogiendo el criterio jurisprudencial transcrito en precedencia y, como quiera que el actor para el momento en que el ISS le negó la prestación, sí acreditaba los requisitos para acceder a ella, Colpensiones debe reconocer la pensión especial de vejez por alto riesgo desde el 21 de febrero de 2007, tal como lo indicó el *a quo*, por lo que se confirmará la decisión en este sentido.

En cuanto a la tasa de reemplazo de la prestación, dado que el actor es beneficiario del régimen de transición y que su prestación pensional se reconoció

conforme el Acuerdo 049 de 1990, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 20 del mencionado acuerdo, el cual en su parágrafo 2°, establecía:

PARÁGRAFO 2o. La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

NUMERO SEMANAS	% INV. P.TOTAL	% INV.P. ABSOLUTA	% GRAN INV.	VEJEZ
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	69
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81
1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90

Así partiendo de que la prestación del actor se reconoció con 1.200 semanas cotizadas, es evidente que su tasa de reemplazo debió ser del 87%.

Ahora frente a la conformación del IBL, teniendo en cuenta que al actor le hacían falta más de 10 años contados a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, para estructurar su derecho, le resulta aplicable la regla contenida en el artículo 21 de esta normativa, según la cual este debe integrarse con el promedio de los salarios cotizados en los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o con el promedio de los salarios aportados en toda la vida laboral siempre que el afiliado hubiese cotizado como mínimo 1250 semanas.

El juzgado de instancia, tomó para este caso el promedio de los salarios cotizados en los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, aspecto que no fue recurrido por la parte actora, y al verificarse por parte de esta Sala las operaciones aritméticas realizadas por el *a quo* se encuentra que estas son correctas; luego, también se confirmará la decisión de primera instancia, frente a la cuantía de la prestación para el año 2007.

Por último, frente a la excepción de prescripción se tiene que el derecho del actor se causó desde el 21 de febrero de 2007 que, si bien realizó varias reclamaciones, lo cierto es que la última data del 30 de enero de 2019 donde solicitó nuevamente la reliquidación de su pensión, siendo esta negada a través de la Resolución SUB 118461 del 15 de mayo de 2019, y presentó esta demanda el 15 de octubre de 2019.

Así conforme los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, pero esta se puede interrumpir por una sola vez con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por la entidad de seguridad social, sobre la prestación pretendida.

Entonces, la reclamación presentada por el demandante ante Colpensiones el 30 de enero de 2019, interrumpió el fenómeno de la prescripción frente a las diferencias pensionales causadas desde el 30 de enero de 2016 en adelante; por lo tanto, se confirmará la decisión consultada y apelada en todas sus partes.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLPENSIONES

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones dado que su recurso de alzada no salió avante, de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105038202000343-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CIRO ANTONIO CANO CASTAÑEDA
DEMANDANDO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP

En Bogotá D. C. a los Veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor Ciro Antonio Cano Castañeda se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la mesada 14 o mesada adicional de junio causadas desde el 08 de marzo de 2009 en adelante, a la indexación sobre cada una hasta su inclusión en nómina, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (carpeta 01, carpeta 1ª instancia, exp. Digital), señaló que laboró por más de 20 años para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero; que el contrato finalizó el 27 de junio de 1999, data para la cual no había cumplido 55 años de edad, ya que, llegó a esta el 08 de marzo de 2009; que mediante Resolución 1398 del 29 de mayo de 2009, se le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 08 de marzo de igual año, en cuantía de \$817.212,79 equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, que para liquidar su prestación no se indexó la primera mesada pensional, pero que mediante Resolución 015711 del 20 de mayo de 2014, la UGPP en cumplimiento de una orden judicial fijó como cuantía inicial la suma de \$1.566.141,78.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La UGPP, contestó la demanda (carpeta 06, carpeta 1ª instancia, exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, los aceptó todos. Argumentó que en este asunto se configuraba una cosa juzgada porque tanto el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá como la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá habían revisado la liquidación de la pensión del actor, determinando que la misma debía reliquidarse, orden judicial que se cumplió mediante Resolución 015711 del 20 de mayo de 2014 fijando la cuantía inicial en la suma de \$1.566.141,78.

Agregó que, el derecho pensional del actor se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no era procedente la mesada adicional de junio o mesada 14, además teniendo en cuenta que la cuantía de la mesada pensional era superior a tres (3) salarios mínimos legales vigentes, el que se encontraba en \$496.900 para el año 2008, año de la fecha de efectividad de la pensión del demandante.

En su defensa, propuso como excepciones previas las de cosa juzgada y falta de agotamiento de la reclamación administrativa. Y de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

El juez de instancia en audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS al resolver las excepciones previas, decidió declarar no probada la de falta de agotamiento de la reclamación administrativa y deferir hasta la sentencia la de cosa juzgada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de marzo de 2022 (archivo 14-15 carpeta 1ª instancia, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el demandante CIRO ANTONIO CANO CASTAÑEDA tiene derecho a que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. le pague la pensión de jubilación convencional, que viene disfrutando, por 14 mesadas anuales, en los términos señalados en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reanudar el pago de la mesada adicional del mes de junio mesada 14 de la pensión de jubilación convencional, reconocía al demandante, a partir del mes de junio del año 2017. Siendo pertinente señalar que los valores adeudados por concepto de mesada 14 o mesada adicional del mes de junio deberán ser indexados tomando para el efecto el Índice de Precios al Consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

x

VALOR HISTORICO

=

VALOR INDEXADO

(Valor Condena)

INDICE INICIAL

Así, como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes de en que se causó la respectiva mesada y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la convocada a juicio.

TERCERO: EXCEPCIONES, dadas a los resultados del juicio el Despacho declara probada la excepción de prescripción respecto de mesadas pensionales adicionales del mes de junio, causadas con anterioridad al mes de noviembre del año 2016 y no probados los medios exceptivos respecto de las condenas que infligidas.

CUARTO: AUTORIZAR a la a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que del retroactivo de mesadas pensionales adicionales del mes de junio a que tiene derecho el demandante, descuente en el porcentaje que corresponde los aportes pertinentes con destino al sistema de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: COSTAS lo serán a cargo de la demandada, en firme la presente providencia por Secretaría practique la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$2'000.000 en favor del demandante.

SEXTO: si no fuera apelada oportunamente la presente sentencia consúltese con el superior.

El a quo indicó que, no estaba en discusión el status pensional del demandante, el cual adquirió a través de la Resolución 1398 del 29 de mayo de 2009, por medio de la cual el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoció una pensión de jubilación convencional en cuantía inicial de \$817.212 efectiva a partir del 08 de marzo de 2009, cuando arribó a los 55 años de edad y por haber laborado 20 años al servicio de la Caja De Crédito Agrario, Industrial y Minero, prestación que fue reliquidada mediante Resolución 015711 del 20 de mayo de 2014, en la que fijó como cuantía inicial la suma de \$1.566.141,78 efectiva a partir del 08 de marzo de 2009, esto en cumplimiento de una providencia judicial emitida en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que modificó parcialmente la providencia emitida el 30 de septiembre de 2011 por el Juzgado Sexto Laboral de Bogotá dentro del radicado 2010-656.

Indicó que, antes de abordar el tema de fondo, analizaría lo concerniente a la excepción de cosa juzgada propuesta por la UGPP, advirtiendo que conforme el artículo 303 del CGP para que esta figura opere era necesario que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, causa y que hubiese identidad de partes, con el proceso anterior.

Afirmó que, en este asunto se evidenciaba que el demandante había instaurado demanda contra la UGPP, el que le correspondió al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2010-656, donde se dictó sentencia el 30 de septiembre de 2011, la que fue modificada por el Tribunal Superior de Bogotá el 22 de marzo de 2013, existiendo entonces identidad de partes entre ambos procesos, sin embargo, no versaron sobre el mismo objeto, porque el primer proceso lo que buscó fue la indexación de la primera mesada pensional pretensión que prosperó y ello llevó al reajuste realizado en la Resolución 015711 del 20 de mayo de 2014, mientras que el actual proceso tiene como fin que se reconozca la mesada 14, por lo que no se daban los presupuestos de la cosa juzgada.

Sobre el tema objeto de la Litis, señaló que el Acto Legislativo 01 de 2005 había consagrado que «las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del

presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento». Y que se «exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año».

Consideró que, en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, los requisitos para la causación del derecho pensional eran dos, 20 años de servicios y el retiro del servicio, con independencia de la edad pues esta era un requisito para el disfrute, concluyendo entonces que la prestación del actor se causó desde el **27 de junio de 1999**, cuando dejó de prestar servicios a su empleadora, después de haber laborado para esta más de 20 años.

Conforme lo anterior, indicó que el derecho del actor a la mesada adicional catorce (14) no resultó afectado por el Acto Legislativo 01 de 2005, porque la causación de la pensión convencional a él reconocida fue el 27 de junio de 1999, es decir, con anterioridad a la norma constitucional referida, por lo que al ser un derecho adquirido no había lugar a desconocerlo, por ende, condenaría a la UGPP a reconocer y pagar al demandante la mesada adicional catorce, Autorizando a la UGPP a descontar del retroactivo de las mesadas pensionales el porcentaje legal para el sistema de seguridad social en salud.

Frente a la excepción de prescripción señaló que en este asunto estaba demostrado que la UGPP había suspendido el pago de la mesada 14 en el año 2015; que la reclamación administrativa se presentó el 05 de noviembre de 2019, petición con la cual interrumpió la prescripción conforme el artículo 489 del CST y 151 del CPTSS, por lo que la declararían probada frente a las mesadas causadas con anterioridad al mes de noviembre de 2016.

Finalmente, señaló que la mesada adicional de junio debía pagarse debidamente indexada, conforme la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor Condena)

RECURSO DE APELACIÓN

La UGPP interpuso recurso de apelación argumentando que el actor no tenía derecho a la mesada 14 porque el mismo Acto Legislativo 01 de 2005, había precisado que quienes causaran su derecho pensional a partir de su entrada en vigencia, no

podrían recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, excepto aquellas personas que percibieran una pensión igual o inferior a tres (3) SMMLV, y esta se cause antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año; que la prestación del demandante se causó en el año 2009, y era superior a tres (3) SMMLV para ese mismo año.

Consideró que, realizar el reconocimiento de la mesada adicional 14 sería ir en contra del marco normativo vigente y aplicable al caso en concreto, además, atentaría contra los principios de solidaridad, equidad y eficiencia con base en los cuales se expidió el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que solicitaba se revocara la decisión de instancia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la UGPP, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta en lo no apelado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión que al señor **Ciro Antonio Cano Castañeda: i)** mediante Resolución 1398 del 29 de mayo de 2009, expedida por el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se le reconoció pensión de jubilación convencional conforme el artículo 41 de la CCT 1998-1999, a partir del 08 de marzo de 2009, en cuantía de \$817.212,79 equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, esto por haber laborado para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 20/01/1979 y el **27/06/1999**, es decir, 20 años y 158 días; **ii)** a través de la Resolución 015711 del 20 de mayo de 2014, emitida por la UGPP en cumplimiento de una orden judicial se reliquidó su prestación fijándose como cuantía inicial la suma de \$1.566.141,78 esto a partir del 08 de marzo de 2009; y **iii)** según historial de pago de la pensión del demandante, la última mesada 14 cancelada lo fue para junio de 2014, en adelante se dejó de pagar.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de determinar el problema jurídico a estudiar en este asunto, resulta pertinente analizar lo relativo a la excepción de la cosa juzgada.

Al respecto, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 303 del CGP aplicable en materia laboral por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, para que exista cosa juzgada deben cumplirse ciertos aspectos como lo son: identidad jurídica de partes, que se funde en la misma causa y que verse sobre el mismo objeto. Requisitos estos que se definen así:

- Identidad de objeto, lo que significa que la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado respecto de una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente, si se presenta identidad de aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

- Identidad de causa petendi, esto es, que la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada se sustenten en los mismos hechos salvo que se presenten nuevos hechos, pues en ese evento el juez deberá fallar sobre la nueva causa.

- Identidad de partes, lo cual significa que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

Así mismo, la cosa juzgada tiene como fin preservar la seguridad jurídica, evitar decisiones contradictorias, preservar el principio non bis in ídem inhibitoria. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL973-2021, que reiteró la sentencia CSJ SL1303-2018, expresó:

La institución de la cosa juzgada tiene como finalidad, que las decisiones emanadas de la rama judicial del poder público, luego de los trámites y recursos legalmente preestablecidos, sean imperativas y susceptibles de ser cumplidas cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

En ese orden de ideas, se tiene que la inteligencia dada por el Tribunal al artículo 332 del CPC no es la correcta, pues, no se corresponde con la señalada por la jurisprudencia de esta Corte, verbigracia:

[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias .

Al efecto, para determinar si existe identidad de objeto, el juez debe estudiar si con su resolución contradice una decisión anterior, estimando un derecho ya negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente. El respectivo análisis no sólo debe precisar si existe identidad entre los planteamientos y pretensiones ventiladas en los procesos <objeto petitorio>, también debe comprender que cuestiones {que} ya fueron objeto de resolución y se encuentran excluidas de pronunciamiento para no generar el desconocimiento del bien jurídico reconocido de manera precedente <objeto decisorio>.

En el presente asunto, se tiene que la parte demandada alegó que la actora ya había interpuesto proceso donde se había revisado la liquidación de la prestación y allí se le ordenó reliquidar la misma.

Conforme lo anterior, esta Sala verificará si se cumple los presupuestos para declarar la excepción de cosa juzgada, o si por el contrario no hay lugar a ello, lo primero

que observa la Sala es que al expediente no se trajo como prueba las piezas procesales del proceso 110013105006201000656-00, por ende, el único insumo con el que contamos es el contenido de la Resolución 015711 del 20 de mayo de 2014, de la cual extraemos:

	Proceso 110013105006201000656-00	Proceso 110013105038202000343-00
partes	Demandante: CIRO ANTONIO CANO CASTAÑEDA Demandada: Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia hoy UGPP	Igual
Pretensiones		El reconocimiento y pago de la mesada 14 o mesada adicional de junio causadas desde el 08 de marzo de 2009 en adelante, a la indexación sobre cada una hasta su inclusión en nómina, y a las costas y agencias en derecho
Hechos		Que mediante Resolución 1398 del 29 de mayo de 2009 se le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 08 de marzo de igual año, en cuantía de \$817.212,79 equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, por haber laborado más de 20 años al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y haber alcanzado 55 años de edad. Que a través de la Resolución 015711 del 20 de mayo de 2014 la UGPP en cumplimiento de una orden judicial fijó como cuantía inicial de su prestación la suma de \$1.566.141,78.
Decisión judicial	El Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de septiembre de 2011, resolvió condenar al demandado a reliquidar la pensión de jubilación convencional del actor en la suma de \$1.498.322 a partir del 08 de marzo de 2009. <u>Lo anterior en razón a la indexación del salario base de liquidación desde 1999 a 2009.</u> El Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral	

	mediante sentencia del 22 de marzo de 2013, ordenó modificar la decisión de primera instancia, en el sentido de elevar la cuantía de la prestación a \$1.566.141,78 a partir del 08 de marzo de 2009.	

Así las cosas, encuentra esta Sala que, si bien la existe identidad de partes, no ocurre lo mismo con la causa petendi y el objeto, porque en el primer proceso se estudió única y exclusivamente la indexación de la primera mesada pensional, mientras que en el asunto que ahora se estudia, se pretende el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce (14), cuestión que es totalmente diferente.

Lo anterior, resulta lógico si se tiene en cuenta que al actor se le pagó la mesada 14 hasta el año 2014, y la misma fue suspendida con ocasión de la expedición de la Resolución 015711 del 20 de mayo de 2014, la cual se incluyó en nómina en el ciclo 08-2014, y el primer proceso fue radicado en el año 2010.

En consecuencia, ante la falta de identidad en la causa petendi y el objeto, no hay lugar a declarar probada la cosa juzgada.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el actor tiene derecho a que se le pague la mesada adicional de junio o si por el contrario esta no lo cobija.

DE LA MESADA ADICIONAL DE JUNIO O MESADA CATORCE EN PENSIONES DE ORIGEN CONVENCIONAL

Advierte la Sala que la mesada adicional de junio o mesada catorce es de creación legal, así por ejemplo, esta se estableció en el artículo 142 de Ley 100 de 1993, que puntualmente señaló:

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.
<Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

Los apartes tachados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-409-1994, al considerar que esa exclusión quebrantó la prohibición suprallegal de crear situaciones discriminatorias al interior de los mismos grupos de jubilados «otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988». Por tanto, la mesada adicional de junio que se instituyó para beneficiar a un grupo selecto se extendió a todos los pensionados sin excepción alguna.

Sumado a lo anterior, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que las mesadas adicionales sí son procedentes en pensiones de carácter extralegal; así por ejemplo, en sentencia CSJ SL 20 mar. 2013, rad. 54265, reiterada en sentencia CSJ SL5551-2021, se indicó:

*Para la Sala, la hermenéutica que realizó el Juzgador fue desacertada, **pues los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 no establecen restricción para ser beneficiario de las mesadas denominadas 13 y 14 (junio y diciembre), siendo, indiferente la naturaleza jurídica de la pensión (legal o extralegal)**, a menos de que se trate de una prestación consolidada con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, caso en el cual era necesario remitirse a su contenido. (subraya y negrilla fuera del texto original)*

Incluso esta Corporación, en sentencia de 3 de agosto de 2010, radicado 38295, al referirse a la mesada adicional para una pensión convencional señaló:

“Así las cosas, si la fecha en que se consolidó la pensión de jubilación convencional fue el 1º de octubre de 2005, forzoso resulta concluir que el derecho se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 01 del 22 de julio 2005, toda vez que el mismo empezó a regir, el 25 de ese mismo mes y año, fecha en la cual se publicó en el diario oficial número 45.980.

“En las anteriores condiciones, no le asiste el derecho al demandante a percibir la mesada catorce que reclama en el presente proceso, pues la misma fue eliminada respecto de las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, que fue lo aconteció en el presente caso.

“Adicionalmente, el demandante no se encuentra dentro del régimen de excepción a que alude el parágrafo transitorio 6º...”.

Por lo visto, es claro que no debe existir diferencia alguna en relación con la naturaleza jurídica de la pensión reconocida, para efectos del beneficio del pensionado a recibir las mesadas adicionales; de ahí que como el cargo está orientado por la vía directa, no es tema de discusión que las pensiones otorgadas a los actores son de fecha anterior a la vigencia del Acto Legislativo mencionado, por tanto les asiste el derecho a percibir la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993”.

Contrario sensu, como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho incluso porque en el inciso 9º del artículo 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetaran todos los derechos adquiridos, de allí que el Tribunal se equivocara en su interpretación y por ello el cargo resulta fundado.

(...) por lo que se revocará parcialmente la sentencia del 24 de febrero de 2009, dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, para en su lugar condenar

a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., a pagar a los demandantes la mesada llamada 14, dejada de cancelar a los demandantes a partir de junio de 2007, debidamente indexadas. Se confirmará en todo lo demás.

Acogiendo el anterior criterio, se tiene que en pensión convencionales como la aquí analizada si era procedente reconocer la mesada catorce.

Ahora, como quiera que lo que alega la UGPP es que esta prestación se reconoció a partir del 8 de marzo de 2009, y por ello se vio afectada por el Acto Legislativo de 2005, el cual eliminó la mesada catorce para quienes causaran el derecho con posterioridad al 29 de julio de 2005, a excepción de aquellas personas que, adquieren su status antes del 31 de julio de 2011, y perciban una mesada pensional igual o inferior a 3 SMMLV, requisitos que no cumplía el demandante, se hace necesario verificar la fecha en que el actor causó su derecho a la pensión reconocida en la Resolución 1398 del 29 de mayo de 2009.

Recuérdese que, esta prestación se reconoció conforme el artículo 41 de la CCT 1998-1999, la cual regulaba la pensión de jubilación, y señalaba en su párrafo primero, lo siguiente:

PARAGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

Como se puede advertir el texto convencional, es claro en el sentido de indicar que, si un trabajador laboró por más de 20 años al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y se retiraba o era retirado del servicio, tiene derecho a la pensión de jubilación al llegar a los 55 años de edad si era hombre. Por tanto, los requisitos de estructuración de la prestación son dos: i) haber prestado servicios por más de 20 años, y ii) haberse retirado o haber sido retirado del servicio.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL526-2018, al estudiar el mismo artículo 41 de la CCT 1998-1999, indicó:

(...) la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

(...)

No ocurre lo mismo, entiende la Corte cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto, no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de exigibilidad goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

En consecuencia, la pensión se causó el **27 de junio de 1999**, fecha en que el demandante se retiró del servicio, después de haber prestado sus servicios por más de 20 años a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, quedándole pendiente únicamente el cumplimiento de los 55 años de edad, el cual es un requisito única y exclusivamente de disfrute de la prestación.

En lo que se refiere al inciso 8º y parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, que establecieron que a partir de la entrada en vigor de esa norma las pensiones que se causen solo tendría derecho a 13 mesadas, excepto para aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán 14 mesadas pensionales al año.

Sobre el particular, advierte esta Sala que, dicha norma de rango constitucional no afectó el derecho del actor, en la medida que la pensión de jubilación convencional que ahora se estudia se causó desde el 27 de junio de 1999; por ende, para la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, el 29 de julio de 2005, este era un derecho adquirido y debía respetarse conforme el inciso 4 de esa misma preceptiva.

Entonces, pese a que el derecho se reconoció al actor a partir del 08 de marzo de 2009 fecha en que cumplió los 55 años de edad, este se había adquirido desde el 27 de junio de 1999, por lo tanto, las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, no podían afectar o desconocer su derecho.

De otro lado, frente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada se tiene que el pago de la mesada 14 se suspendió para el año 2015, la reclamación administrativa se radicó ante la UGPP el 05 de noviembre de 2019, y esta demanda se radicó el 23 de septiembre de 2020, razón por la cual el término trienal prescriptivo al que aluden los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, operó para las mesadas adicionales causadas con antelación al 05 de noviembre de 2016.

Por lo anterior, la liquidación de esta prestación quedará así:

PERIODO		INCREMENTOS	MESADAS UGPP	TOTAL MESADA 14
DESDE	HASTA			
01/01/2009	31/12/2009		\$ 1,566,141.78	
01/01/2010	31/12/2010	2.00%	\$ 1,597,464.62	
01/01/2011	31/12/2011	3.17%	\$ 1,648,104.24	
01/01/2012	31/12/2012	3.73%	\$ 1,709,578.53	
01/01/2013	31/12/2013	2.44%	\$ 1,751,292.25	
01/01/2014	31/12/2014	1.94%	\$ 1,785,267.32	
01/01/2015	31/12/2015	3.66%	\$ 1,850,608.10	prescrito
01/01/2016	31/12/2016	6.77%	\$ 1,975,894.27	prescrito
01/01/2017	31/12/2017	5.75%	\$ 2,089,508.19	\$ 2,089,508.19
01/01/2018	31/12/2018	4.09%	\$ 2,174,969.08	\$ 2,174,969.08
01/01/2019	31/12/2019	3.18%	\$ 2,244,133.09	\$ 2,244,133.09
01/01/2020	31/12/2020	3.80%	\$ 2,329,410.15	\$ 2,329,410.15
01/01/2021	31/12/2021	1.61%	\$ 2,366,913.65	\$ 2,366,913.65
01/01/2022	31/12/2022	5.62%	\$ 2,499,934.20	\$ 2,499,934.20
01/01/2023	31/12/2023	13.12%	\$ 2,827,925.57	\$ 2,827,925.57
TOTAL MESADA ADICIONAL DE JUNIO DEL AÑO 2017 A 2023				\$ 16,532,793.93

En consecuencia, se adicionará el numeral SEGUNDO del resuelve única y exclusivamente en el sentido de indicar que el retroactivo causado a partir de junio de 2017 hasta junio de 2023, asciende a la suma de \$16.532.792,93, esto sin perjuicio del que se continúe causando hasta su inclusión en nómina. En los demás se confirmará la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la UGPP como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reanudar el pago de la mesada adicional del mes de junio mesada 14 de la pensión de jubilación convencional, reconocía al demandante, a partir del mes de junio del año 2017, la que liquidada al hasta la mesada adicional de junio del año 2023 asciende su retroactivo a la suma de \$16.532.792,93. Siendo pertinente señalar que los valores adeudados por concepto de mesada 14 o mesada adicional del mes de junio deberán ser indexados tomando para el efecto el Índice de Precios al Consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

x

VALOR HISTORICO

=

VALOR INDEXADO

INDICE INICIAL

(Valor Condena)

Así, como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes de en que se causó la respectiva mesada y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la convocada a juicio.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105039202000116-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	HUGO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ
DEMANDANDO	- SEYCO LIMITADA – EN REORGANIZACIÓN - KORES COLOMBIA S.A.

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **HUGO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ** se declare la existencia de un contrato de obra o labor contratada con extremos temporales del 6 de noviembre de 2015, al 27 de marzo de 2017, data está en la que finalizó sin justa causa y de manera unilateral por parte del empleador; que al momento de la terminación, la empleadora no pagó la liquidación de las prestaciones laborales, en consecuencia se le condene a cancelarle la prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones de todo el tiempo trabajado, la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías y la correspondiente al no pago de los intereses a las cesantías, la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del CST, la indemnización por falta de pago a la terminación del contrato del salario y las prestaciones del artículo 65 del CST.

Así mismo, solicita que se declare que los socios accionistas de la empresa son solidariamente responsables de las condenas que se impartan por lo estipulado en el artículo 36 del CST y subsidiariamente, que se declare que la empresa Kores Colombia S. A., fue beneficiaria del servicio de vigilancia por él prestado durante la vigencia de la relación, por lo que era solidariamente responsable; a las costas procesales y los derechos probados *ultra y extra petita*.

Como hechos fundamento de las pretensiones, señaló que nació el 23 de septiembre de 1955; que laboró para la empresa SEYCO LTDA – en reorganización

mediante contrato de obra o labor contratada desde el 6 de noviembre de 2015, hasta el 27 de marzo de 2017, con un salario promedio mensual de \$1.007.855; que ostentó el cargo de guarda de seguridad; que de acuerdo con lo pactado, debió cumplir sus funciones en las instalaciones de la empresa contratante; sin embargo, indicó que en su primer día de trabajo, prestó el servicio en la Calle 66 con Carrera 9ª, el segundo día, en Corferias y hasta el 16 de noviembre del 2015; que el día siguiente fue trasladado a las instalaciones de la empresa Korés Colombia S. A. S. y permaneció allí hasta el 27 de marzo de 2017. Agregó que, entre su empleadora y la empresa Korés Colombia S. A. S. existía un contrato de prestación de servicios para el suministro de la vigilancia, que esta sociedad fue la beneficiaria de sus labores en el lapso indicado.

Manifestó que, tenía como compañeros a los señores Fernando Loaiza y José Esguerra, este último fue trasladado en el mes de agosto y en su reemplazo, llegó el señor Héctor Cruz, con quien tuvo sendos inconvenientes pues era una persona conflictiva, situación generó que el área de Recursos Humanos de Korés Colombia S. A. S. llamara al Jefe de Operaciones de la empleadora para que citara a los tres trabajadores para tratar dicho evento; que en el transcurso de la reunión citada le comunicó al empleador que su compañero Héctor Cruz tenía actitudes reprochables y utilizaba lenguaje soez para referirse a él y a su otro compañero de trabajo.

Narró que, el 18 de marzo del 2017, fue víctima de una ataque físico y verbal proporcionado por el señor Héctor Cruz, quien lo atacó con un machete y le causó hematomas en el cuerpo, por lo que huyó del lugar; que inmediatamente se comunicó con la empresa empleadora para informar sobre la situación y desde allí enviaron a un supervisor para verificar lo ocurrido, quien le tomó fotos del rostro y registró las agresiones físicas y hematomas que le quedaron del ataque; que acudió a la fiscalía y al Instituto de Medicina Legal por orden de la demandada, quien advirtió que de no hacerlo, podría finalizar el contrato de trabajo; que en el Instituto de Medicina Legal se le ordenó una incapacidad por 12 días y que, mediante conciliación, acordó con el señor Cruz una indemnización por valor de \$420.000.

Indicó que, a raíz de la situación descrita, la empresa Korés Colombia S. A. S. el 23 de marzo de 2017, solicitó el cambio de los 3 guardas de seguridad; que fue citado a diligencia de descargos, audiencia en la que solicitó que se revisaran las cámaras de seguridad del lugar de los hechos, pero que la empresa no practicó dicha prueba y sin hacer una investigación o proceso previo, procedió a despedirlo sin justa causa y de manera verbal el día 27 de marzo de 2017; que el 29 de la misma calenda le informó que su despido se fundamentaba en el artículo 58, numeral 1 y artículo 62 del CST y la cláusula 13 del contrato de trabajo.

Manifestó que, la empresa no le canceló la prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, ni las indemnizaciones por despido sin justa causa,

por falta de pago de salarios y prestaciones a la finalización del contrato, ni la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías e intereses de cesantías.

Indicó que, elevó petición ante la empresa demandada el 12 de julio de 2018, para solicitar el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones debidas, pero que mediante escrito del mes de febrero del año 2019, le contestaron que las prestaciones laborales serían reconocidas como crédito social en el acuerdo de insolvencia y reorganización empresarial adelantado ante la Superintendencia de Sociedades.

De igual forma comentó que el 2 de marzo del 2019, solicitó a Korés S. A. S. información y documentación tales como: contratos suscritos, horario laboral, certificación laboral, copia de cámaras de seguridad, contrato de prestación de servicio con la empresa demandada, a lo que la mencionada respondió que no tuvo relación laboral con él y que el contrato de prestación de servicios suscrito con Seyco Ltda, en reorganización, estaba sujeto a normas de confidencialidad. Respecto de esta empresa, afirmó que omitió su deber de solidaridad frente al pago de prestaciones sociales y acreencias adeudadas.

Finalmente señaló que, el 4 de marzo de 2019, solicitó a Seyco Ltda, en reorganización, certificaciones laborales, contratos suscritos con la empresa, copia del reglamento interno de trabajo, copia del proceso disciplinario adelantado en caso de que lo hubiere y otra documentación pero que la empresa no dio respuesta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SEYCO LTDA EN REORGANIZACIÓN, contestó la demanda (carpeta 15, carpeta 1ª inst, exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó, la fecha de nacimiento del actor, las fechas de inicio y terminación del contrato y la modalidad de vinculación, el cargo desempeñado por el accionante; que el contrato indicaba que el actor prestaría el servicio en las instalaciones de la empresa, sin embargo, aclaró que era sabido que el objeto de la compañía era suministrar servicio de vigilancia a terceros por lo que, era conocido para el actor que se le contrató para fungir como guardia de seguridad en el lugar donde lo ubicara el empleador y que de hecho, así quedó consignado en el contrato de fecha 6 de noviembre de 2015, en la cláusula décima; que del 7 de noviembre de 2015, al 16 de igual calenda fue ubicado en Corferias para la prestación del servicio de vigilancia; que el 17 de noviembre del mismo año fue asignado a las instalaciones de Korés Colombia S. A. S., esto es, que fue esta la beneficiaria del servicio.

Aceptó también que, el Instituto de Medicina Legal expidió una incapacidad de 12 días para el demandante, que, a raíz del incidente narrado con el compañero de trabajo, la empresa beneficiaria del servicio solicitó el cambio de guardias de seguridad; que el despido se dio de forma verbal inicialmente y luego se le indicó el fundamento de la terminación contractual, la presentación de la petición del 12 de julio de 2018, la

respuesta emitida, la petición elevada por parte del actor con fecha 4 de marzo de 2019 y la ausencia de respuesta a la misma.

Frente a los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban; que en la diligencia de descargos no obraba solicitud de las grabaciones de video del incidente del 18 de marzo del 2017; que la empresa Kores S.A., había informado que no existía copia del video de ese día, porque estos se eliminaban automáticamente cada 5 días; que dicho evento si generó la apertura de un proceso disciplinario el cual a esa data no tenía decisión; que la liquidación de prestación sociales del actor se encontraban incluidas en el proceso de reestructuración adelantado en la Superintendencia de Sociedades.

Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, temeridad y mala fe del demandante.

Por su parte, **KORES COLOMBIA S. A. S.** contestó la demanda (carpeta 10, carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones y en cuanto a los hechos aceptó la presentación de la petición por parte del actor con fecha 2 de marzo del 2019, sobre los demás indicó que no le constaban por corresponder a terceros.

Se abstuvo de proponer excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de agosto de 2021 (carpeta 35, carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre **HUGO GUTIERREZ SÁNCHEZ**, por una parte y **SEYCO LTDA – EN REORGANIZACIÓN**, por la otra, desde el 06 de noviembre de 2015 hasta el 27 de marzo de 2017, conforme a la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **SEYCO LTDA – EN REORGANIZACIÓN** al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero:

- a) Por concepto de cesantía correspondiente al año 2017, la suma de **\$260.613**.
- b) Por concepto de los intereses sobre la cesantía correspondiente al año 2017, la suma de **\$31.274**.
- c) Por concepto de prima de servicios correspondiente al año 2017, el monto de **\$260.613**.
- d) Por concepto de compensación de vacaciones correspondiente a toda la relación laboral, la suma de **\$514.353**, valor que deberá cancelarse indexado a la fecha de su pago efectivo, con base en el IPC certificado por el DANE, a fin de conservar el poder adquisitivo de la moneda.
- e) Por concepto de indemnización por no pago de intereses a la cesantía, el valor de **\$31.274**.
- f) Por concepto de sanción moratoria la suma de **\$23.886.240** a razón de los primeros 24 meses de retardo a partir del 28 de marzo de 2017 (día siguiente a la terminación de la relación laboral), por el valor de **\$33.175** diarios que corresponde al valor diario del último salario, y los intereses moratorios que en adelante se generen hasta el efectivo pago de las acreencias laborales adeudadas a favor del demandante.
- g) Por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de **\$1.256.976**.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la parte demandada conforme a la parte motiva de este preveído.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones incoadas en la demanda, de acuerdo con las consideraciones explicadas en precedencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a **SEYCO LTDA – EN REORGANIZACIÓN** a favor de la demandante, de acuerdo con la regla 5 del artículo 365 CGP, estimando las agencias en derecho en la suma de \$1.049.653, cumpliendo con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 en concordancia con el art. 366 del C.G.P. las cuales serán pagaderas al apoderado de la activa.

SEXTO: ABSOLVER a **KORES COLOMBIA S.A.S.** de todas las pretensiones incoadas en su contra en la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si había lugar a declarar la existencia de un contrato de obra o labor entre el actor y la demandada SEYCO Ltda. en reorganización entre el 6 de noviembre de 2015, y el 27 de marzo de 2017, así como verificar el pago de prestaciones sociales y vacaciones en vigencia de la relación laboral, si había lugar o no a la indemnización por terminación del contrato, a la indemnización por no consignar el auxilio de cesantías, a la indemnización por no pago de los intereses a las cesantías y a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, y si se debía decretar la solidaridad de KORES Colombia S.A.S. en las eventuales condenas.

En primer lugar, se refirió a la naturaleza de la relación laboral que unió a las partes en litigio pues, consideró que, aunque el demandante y la empresa SEYCO Ltda. en reorganización coincidieron al afirmar que suscribieron un contrato de tipo obra o labor contratada, los elementos de esta forma contractual no se reunían en el *sub lite* pues, de la lectura del contrato no era posible determinar la presunta obra o labor ni se encontraron circunstancias claras que permitieran definirla, por lo que luego de citar un aparte de la providencia CSJ SL2600-2017, declaró que el contrato en mención fue uno a término indefinido.

Afirmó que, si se entendiera que la obra o labor para la cual se contrató al actor fue la prestación del servicio de seguridad privada, tampoco era dable entender esta modalidad contractual, pues en el contrato no se establecieron las empresas beneficiarias ni el modo en que se desarrollaría la obra y, por el contrario, encontró que de las certificaciones laborales expedidas por SEYCO se desprendía que el demandante laboró en diferentes compañías; que de hecho, era tan incierta la obra que la cláusula décima del contrato estableció la posibilidad de que el empleador modificara el lugar de prestación de servicios, el cargo o el oficio del trabajador, por lo que ante la falta de claridad de la obra o labor contratada debía declararse la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido.

Indicó que, de acuerdo con los alegatos de conclusión y el interrogatorio de parte rendido por el actor, lo adeudado eran las prestaciones causadas en la fracción laborada en el año 2017 y las vacaciones de la totalidad de la relación laboral; recordó que a quien

correspondía probar estos pagos, era a la parte demandada, por lo que pasó a establecer el salario sobre el cual deberían liquidarse las acreencias laborales, determinando que, se encontraba prueba en el plenario de que, para el año 2017, el salario básico del demandante era la suma de \$737.717, más el auxilio de transporte \$83.140, horas extras y recargos nocturnos \$257.543 para un total de \$1.078.400.

Señaló que, la accionada adeudaba las siguientes sumas de dinero, ya que su pago no había sido acreditado: i) cesantías y la prima de servicios correspondiente a 87 días a razón del salario base ya determinado para un total de \$260.613, por cada una; ii) intereses a las cesantías \$31.274; iii) vacaciones por todo el lapso laborado, esto es, 502 días, la suma de \$514.353; e iv) indemnización por no pago de los intereses de las cesantías, la suma de \$31.274.

Frente a la sanción por la no consignación de las cesantías, recordó que de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el 31 de diciembre de cada año se debía realizar la liquidación de las cesantías, y consignarlas antes del 15 de febrero del año siguiente en una cuenta individual a nombre del trabajador del fondo que éste haya elegido y que el empleador que incumpliera, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo, a excepción de las que se debían pagar al momento de la terminación del contrato, las que se debían entregar directamente al trabajador, por lo que en este asunto, como solo se adeudaba la cesantía del periodo laborado en el año 2017, esta debió cancelársele al actor, razón que encontró suficiente para despachar desfavorablemente esa pretensión.

Sobre la indemnización moratoria prevista por el artículo 65 del CST, expresó que con arreglo al precedente jurisprudencial al trabajador le bastaba con afirmar que no había recibido el pago de salarios y demás conceptos al momento de terminar la relación laboral y, al empleador, justificar su omisión o su demora en el pago, es decir, que el operador judicial estaba en la obligación de analizar la conducta de la parte deudora verificando la existencia de buena fe.

Refirió que, estaba probado que la empleadora adeudaba al trabajador la liquidación de sus prestaciones sociales, omisión que justificó en el inicio de un proceso de reorganización; sin embargo, luego de verificar las pruebas relacionadas, adujo que ese proceso había iniciado *«casi dos años después de que terminó el contrato de trabajo con el demandante»*, específicamente el 18 de marzo de 2019, de acuerdo con el auto de admisión del proceso emitido por la Superintendencia de Sociedades, añadiendo que tampoco se habían acreditado otras circunstancias que demostraran la buena fe para eximir a la demandada de la imposición del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, análisis que reforzó con la cita de las sentencias CSJ SL1186-2019 y CSJ SL1595-2020.

Por lo anterior, consideró procedente emitir condena por la suma de \$23.886.240 a razón de los primeros 24 meses de retardo, esto es, a partir del 28 de marzo del 2017,

día siguiente al que terminó la relación laboral hasta el 28 de marzo del 2019, y en adelante al pago de los intereses moratorios sobre las prestaciones sociales adeudadas, cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, esto teniendo en cuenta que el demandante alcanzó a devengar como último salario un monto superior al salario mínimo legal mensual vigente.

De otro lado, respecto de la indemnización por despido sin justa causa, contemplada en el artículo 64 del CST, advirtió que, al demandante le correspondía demostrar el hecho del despido, carga que consideró satisfecha con la copia de la carta de terminación del contrato de fecha 29 de marzo de 2017, de manera que, al empleador le correspondía probar que el despido se dio por una justa causa; con base en lo anterior, consideró que la empresa omitió cumplir con la exigencia impuesta por la jurisprudencia para garantizar el debido proceso del trabajador consistente en indicar de manera expresa, los motivos que conllevaron a dar aplicación a los preceptos que se invocaron para la terminación, es decir, que la demandada pasó por alto relatar los hechos que dieron lugar al despido con justa causa, para reforzar su dicho, citó además de la misiva de terminación, un aparte de la sentencia CSJ SL1511-2020.

Señaló que, no era posible estudiar el presunto incumplimiento del señor Hugo a la luz de una confrontación que había tenido con un compañero de trabajo en horario laboral, porque esto no se había narrado o sustentado en la carta de terminación del vínculo laboral; por lo que, al no haberse probado la justa causa, era viable condenar a la indemnización pretendida en valor de \$1.256.976.

Finalmente, despachó de manera desfavorable la solicitud de declaratoria de solidaridad en cabeza de KORES COLOMBIA S.A.S pues fue una pretensión que se intentó de manera subsidiaria y, la mayoría de las pretensiones principales fueron aceptadas; explicó que la indexación operaría únicamente frente a las vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa y, declaró no probadas las excepciones tendientes a derruir la pretensión principal y la prescripción, que consideró interrumpida a tiempo.

RECURSO DE APELACIÓN

SEYCO Ltda. en reorganización interpuso recurso de apelación únicamente en lo referente a la condena impuesta por sanción moratoria del artículo 65 del CST, por valor de \$23.886.240 pues considera que existe falta de precisión en la fecha tomada por el despacho como inicio del proceso de reorganización empresarial, sosteniendo que, este es el resultado de una serie de trámites previos que debe adelantar la sociedad que solicita la reorganización; que una vez verificados los requisitos de ese proceso, la Superintendencia de Sociedades entra a determinar si la misma puede o no ser admitida, por lo que debía tenerse en cuenta que dicho trámite inició formalmente el 31 de agosto de 2018, pues desde el 2017, la empresa venía incurriendo en incumplimiento de sus diferentes obligaciones y, dentro del trámite ante la Superintendencia, enlistó las

acreencias del actor que estaban pendientes por pagar, con lo que, en su sentir, se prueba que no hubo mala fe en su actuar.

Sintetizó sus solicitudes en sede de apelación así: de manera principal, requiere que se revoque la decisión de primera instancia en el sentido de imponer la sanción moratoria y, de manera subsidiaria, peticiona que, si ha de tener en cuenta una sanción moratoria, que esta vaya desde el día en que se hizo exigible el pago de las acreencias laborales, esto es, 27 de marzo del 2017, hasta el día 31 de agosto del 2018, fecha en que se inició el proceso de reorganización.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación formulado por la demandada SEYCO Ltda. en reorganización.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que entre el actor y Seyco Ltda., existió un contrato de trabajo a término indefinido ejecutado desde el 6 de noviembre de 2015, y el 27 de marzo de 2017; *ii)* que esa relación laboral finalizó sin justa causa; y *iii)* que al momento de la terminación del contrato de trabajo y hasta la fecha no se ha cancelado la liquidación final de prestaciones sociales.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, y en estricta consonancia con el recurso de apelación interpuesto, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar o no a condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CTS.

Respecto de esta indemnización, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y pacífica a sostenido que no es de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si este, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo. (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020).

Conforme a lo expuesto, le corresponde al juez observar la conducta del empleador, con el fin de determinar si éste a la finalización del contrato de trabajo quedó adeudando al trabajador salarios y/o prestaciones sociales con alguna justificación o no, si esas razones son plausibles, para eximirse el empleador del pago de la referida sanción moratoria.

En el presente asunto la demandada alega que no realizó el pago de la liquidación final de prestaciones sociales al actor, porque se encontraba en una difícil situación financiera pues desde el año 2017, venía incumpliendo con sus diferentes obligaciones,

lo cual la llevó a iniciar un proceso de reorganización, trámite que inició formalmente el 31 de agosto de 2018, ante la Superintendencia, y dentro de este enlistó las acreencias laborales del demandante, lo que probaba su actuar de buena fe.

En cuanto a la crisis económica que afecta la empresa, por reorganización o liquidación, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, el operador judicial debe analizar las condiciones que rodearon el actuar del empleador respecto al incumplimiento de sus obligaciones como empleador con su subordinado, dado el hecho mismo de la iliquidez por la que atravesase la empresa NO constituye un eximente, porque pese a ello, el empleador puede realizar actos ajenos de probidad omitiendo el pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo.

Sobre el particular en sentencia CSJ SL16884-2016, se explicó:

*En esa misma dirección, la Sala ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Esto es que, además de que **la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica**, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho (CSJ SL360-2013). Por virtud de ello, por ejemplo, la Sala ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, por el hecho de que se discuta la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (CSJ SL, SL, 2 ag. 2011, rad. 39695; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 44218; CSJ SL8077-2015 y CSJ SL17195-2015, entre otras), **o por el hecho de que la empresa se encuentre en dificultades económicas** (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras), y ha llamado la atención en la necesidad de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso. (subraya y neguilla fuera del texto original)*

Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adocinado que:

...no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493).

Por esas razones, en definitiva, la Sala ha concluido que:

...la correcta hermenéutica de las normas que consagran la sanción que ésta no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación del actuar del deudor, que bien puede conducir a su exoneración, o por el contrario, a la condena de la indemnización moratoria cuando del análisis del acervo probatorio el juez concluya que no estuvo asistido de la buena fe. (CSJ SL360-2013).

La Sala también ha precisado que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el momento en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Por dicha razón, la Corte ha sido clara en definir que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y

diferentes de la conducta observada por el deudor en el momento en que tenía que pagar. (CSJ SL, 9, feb. 2010, rad. 36080; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288; CSJ SL, 1 ag. 2012, rad. 40972 y CSJ SL485-2013, entre otras).

En concordancia con las anteriores premisas, en los precisos contextos de sometimiento de la empresa al proceso de reestructuración económica que contempla la Ley 550 de 1999, la Sala ha sostenido que dicha situación puede ser evaluada efectivamente por el juez laboral, en aras de establecer que la empresa actuó de buena fe al dejar de pagar las acreencias laborales de sus trabajadores, de manera que no es dable imponerle la indemnización moratoria (CSJ SSL, 29 sep. 2009, rad. 35999; CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493; CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288; CSJ SL9660-2014 y CSJ SL16280-2014, entre otras). Sin embargo, en atención a que, como ya se explicó, la indemnización no se debe imponer ni excluir de manera automática, la Sala ha clarificado que no basta con demostrar el sometimiento de la empresa al proceso de reestructuración para prescindir de la condena por indemnización, pues es preciso, en todo caso, evaluar la conducta del empleador, ya que, incluso en tales estados especiales de recuperación económica, puede incurrir en actos contrarios a la buena fe, que lo hacen merecedor de la sanción (CSJ SL, 3 jun. 2009, rad. 33648; CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288). En esta última decisión, la Corte explicó ampliamente:

Conforme a los precedentes anotados, se tiene que el examen de la buena fe del empleador ante el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones que puede dar lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST se ha de hacer, por regla general, teniendo en cuenta las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato, pues, según esta preceptiva, es el incumplimiento, en dicho momento, el que da lugar a la mencionada condena. No obstante, conviene precisar que si existen mecanismos legales a los cuales puede acogerse la empresa demandada con posterioridad a la terminación del contrato, que puedan favorecerla para el pago de las deudas, dicha situación es un aspecto a tener en cuenta para efectos de establecer la buena fe en su proceder y poner límites a la condena por este concepto; pero, para ello, no basta con que se pruebe que se acogió a tal mecanismo, sino que es menester acreditar, por parte del empleador, que cumplió a cabalidad con las cargas establecidas en dicho proceso para probar su buena fe.

(...)

Acorde con lo anterior, se pueden extraer tres reglas: la primera, que el hecho de que la empleadora se encuentra en dificultades económicas no implica *per se* que quede excluida de manera automática de la indemnización moratoria de que artículo 65 del CST, o de la prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues siempre debe analizarse en cada caso en particular el actuar del deudor; la segunda, que la conducta del empleador debe verificarse al momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, es decir, no pueden alegarse situaciones ocurridas con posterioridad a la data en que debía realizarse el pago de la obligación laboral; y la tercera, que el empleador debe probar que se acogió al proceso de reestructuración económica o cualquier otro, y que cumplió a cabalidad con las cargas establecidas en dicho proceso, solo así se podría tener por acreditada la buena fe.

Así las cosas, advierte la Sala que en el presente asunto la relación laboral finalizó el **27 de marzo de 2017**, data en la que la empleadora tenía la obligación de pagar la liquidación final de prestaciones; sin embargo, en el proceso se encuentra demostrado que incluso a la fecha dicha obligación no se ha cubierto.

Ahora bien, la parte pasiva en su contestación de demanda informó que había realizado la liquidación final de prestaciones del actor, por concepto de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios para el lapso 01/01/2017 hasta el 27/03/2017, y para las vacaciones desde el 06/11/2015 al 27/03/2017; que se vio inmersa en una severa crisis financiera, que finalmente la llevó a una cesación de pagos, lo que le impidió cancelar las acreencias laborales del demandante; que el 31 de agosto de 2018, radicó solicitud de admisión al proceso de reorganización, y en sus anexos relacionó los derechos laborales del promotor del litigio; que el 18 de marzo de 2019, la Superintendencia de Sociedades admitió a la empresa al proceso de insolvencia y reorganización conforme el auto 2019-01-062019, argumentos que también expuso en su recurso de apelación para referir que el a quo no tuvo en cuenta el inicio del proceso de reorganización empresarial ni los trámites previos que debieron adelantar, pues la empresa desde 2017, venía incurriendo en incumplimiento de sus obligaciones, hasta que realizó la solicitud de admisión al proceso de reorganización, por ende, en caso de no absolverse de la indemnización moratoria, esta solamente se condene hasta el 31 de agosto de 2018, fecha en que inició el proceso de reorganización.

Para esta Sala no es posible acoger ninguna de las dos peticiones planteadas por la demandada, por cuanto, tal y como lo refirió la jurisprudencia citada con anterioridad y las reglas de ella extraídas, la conducta del empleador debe verificarse al momento en el que se incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, esto es, al **28 de marzo de 2017**, día siguiente a la terminación del contrato de trabajo del señor Hugo Gutiérrez Sánchez, data para la cual la empresa no demostró encontrarse en dificultades económicas, pues si bien afirmó encontrarse en crisis financiera, lo cierto, es que en el escrito de solicitud de admisión al proceso de reorganización radicado ante la Superintendencia de Sociedades el 31 de agosto de 2018, refirió que se encontraba *«imposibilitada para cumplir con sus obligaciones encontrándose en cesación de pagos de conformidad con lo establecido en el artículo 9º de la Ley 1116 de 2006 por tener dos o más obligaciones vencidas por más de 90 días, que representan más del 10% del total del pasivo»*, y al revisar la certificación expedida por el revisor fiscal y el contador de la sociedad sobre la cesación de pagos, los pasivos allí relacionados no tienen fecha de causación, por ende, esta Sala no tiene como verificar si para el 28 de marzo de 2017, la empresa ya estaba inmersa en dicha crisis, pues de manera general indicó que tenía obligaciones incumplidas de más de 90 días, sin embargo el contrato del actor había finalizado hacía más de un año y cinco meses.

Entonces, es evidente que la solicitud de admisión al proceso de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades se radicó 31 de agosto de 2018, la cual fue admitida por esa entidad mediante auto 2019-01-062019 del 18 de marzo de 2019, luego esta circunstancia no puede tenerse como un actuar de buena fe de la empleadora, porque, es bastante posterior a la data en que debía realizarse el pago de las prestaciones sociales al promotor del litigio, que recordemos debió ser a la terminación del contrato de trabajo que lo fue el **27 de marzo de 2017**.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada **SEYCO LTDA EN REORGANIZACIÓN** por cuando su recurso de apelación no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo la demandada **SEYCO LTDA EN REORGANIZACIÓN**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



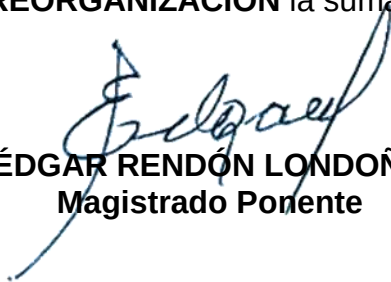
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada **SEYCO LTDA EN REORGANIZACIÓN** la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500120200030801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA CRISTELA ARTEAGA VELANDIA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA CRISTELA ARTEAGA VELANDIA** se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección S.A., por omisión al deber de información, así como el traslado horizontal posteriormente efectuado a Porvenir. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a las AFPs a trasladar a Colpensiones sus bonos pensionales, aportes, ahorros y cualquier otro rubro que hubiese sido descontado con ocasión de su afiliación; que se condene a Colpensiones a actualizar su historia laboral; que se **ordene** a Colpensiones reconocer la pensión de vejez una vez reciba los recursos provenientes de las AFPs; que se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 12– 40 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 24 de enero de 1961; que se afilió inicialmente al RPM con el ISS a partir del mes de julio de 1993; que estuvo afiliada a CAJANAL; que cotizó en ese régimen desde el 16 de julio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 1994 acumulando 70 semanas; que en noviembre de 1994 fue abordada por un asesor de la AFP ING hoy Protección S.A., quien le manifestó que el ISS desaparecería, que de trasladarse al RAIS sus aportes estarían seguros, que podría pensionarse a cualquier edad, sin hacer mención a los requisitos o condiciones para acceder a las prestaciones en ese régimen y en general sin brindar una información completa, veraz y detallada; que en el año 1998, se trasladó a Porvenir S.A. sin contar con una asesoría adecuada, de modo que ambas AFPs faltaron a su deber de información y debida asesoría.

Refirió que, de haber mantenido en el RPM, su pensión ascendería a \$1.585.732, mientras que en el RAIS equivaldría a un salario mínimo legal mensual vigente; que el día 02 de julio de 2020 presentó reclamación a Colpensiones encaminada a retornar al RAIS, la cual fue negada por esa entidad; que a la fecha de la presentación de la demanda tiene 59 años y ha acumulado un total de 1.390 semanas de cotización en el Sistema General de Seguridad Social en pensiones, por lo que cuenta con la edad para acceder a la pensión de vejez con Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 02 - 20 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su edad y que el 02 de julio de 2020, ella formuló reclamación a Colpensiones encaminada a retornar al RPM, la cual fue contestada de forma negativa por esta entidad. Frente a los demás hechos indicó que no le constaban.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó (f° 1 – 18 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la

fecha de nacimiento de la actora; que en el año 1994 ella se trasladó al RAIS con la AFP ING hoy Protección y que en 1998 se trasladó a Porvenir S.A. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f° 1 – 37 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, sólo aceptó la fecha de nacimiento de la actora. Respecto de los demás indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de marzo de 2023 (archivo 20 - 21 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora MARÍA CRISTELA ARTEAGA VELANDIA identificada con la C.C. No 51.680.212, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora MARÍA CRISTELA ARTEAGA VELANDIA identificada con la C.C. No 51.680.212, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora MARÍA CRISTELA ARTEAGA VELANDIA identificada con la C.C. No 51.680.212, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: Respecto a la pensión de vejez de la demandante, deberá acreditar su desafiliación del sistema, para ir a la entidad de seguridad social, en este caso COLPENSIONES, a fin de que proceda a su reconocimiento pensional, conforme a la parte motiva en la presente decisión.

SEXTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada.

SÉPTIMO. Sin costas para las partes de la presente instancia.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que en este caso sobre el traslado del RAIS al RPM obraba formulario de afiliación a la AFP ING hoy Protección S.A.; que respecto del traslado horizontal efectuado a Porvenir S.A. solo obraba formulario de afiliación, sin documento adicional alguno; que del interrogatorio de parte rendido por las representantes legales de Porvenir S.A. y Protección S.A. no se extraía con certeza que la actora hubiese recibido una asesoría completa sobre las implicaciones del acto de traslado; que a su vez, según las declaraciones efectuadas por la demandante, el primer traslado se dio con ocasión de una reunión en las instalaciones de su entonces empleador, en la que le expusieron las ventajas de trasladarse al fondo privado e hicieron la promesa de que podría obtener una pensión a cualquier edad, que no le explicaron el funcionamiento del RAIS, ni los requisitos necesarios para obtener las prestaciones propias del sistema pensional y que no la contactaron para obtener una asesoría adicional.

Con base en lo expuesto, determinó que si bien los traslado no se efectuaron por constreñimiento que se hubiese ejercido sobre la actora, lo cierto era que habían adolecido de la suficiente información en tanto la AFP incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera a la demandante decidir con plena libertad su traslado de régimen, ya que resultaba claro que pese a que a Protección S.A. y a Porvenir les correspondía informar sobre las consecuencias a futuro de tal acto, no habían cumplido con tal prerrogativa, lo que en este caso le impidió a la afiliada dimensionar las consecuencias negativas que se dieron a futuro, que en este caso correspondieron a una merma en la mesada pensional.

Adujo que, era necesario que la actora conociera todos los aspectos atinentes a su situación particular a fin de que, de manera informada y con plena consciencia, tomase la decisión de trasladarse o de permanecer en el RPM, sin embargo, del acervo probatorio se evidenciaba que los fondos omitieron poner en conocimiento tales asuntos y en tal sentido, desconoció el principio de eficiencia que gobernaba el Sistema de Seguridad Social, dando lugar a la situación desfavorable en la que se encontraba la demandante quien en su momento no pudo escoger la opción pensional de su real conveniencia.

Dijo que, sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, entre ellos sentencia CSJ SL 68852-2019 indicó que antes de surtirse el traslado al RAIS, la administradora privada tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara y oportuna, que le permitiera conocer las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba afiliado, que además la suscripción de un formulario de afiliación en modo alguno podía considerarse como la prueba de un consentimiento informado, carga de la prueba que correspondía también a la AFP.

Indicó que, los movimientos entre administradoras del RAIS efectuados por la demandante, no podían tenerse como una ratificación o convalidación del acto inicial de traslado, debido a que la validez de tal acto estaba supeditada a que en ese momento y no con posterioridad, se hubiese dado cumplimiento al deber de información, cuestión que en este caso no estaba acreditada; ello, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias CSJ SL 5686-2021, SL 584-2022 y SL 1926-2022

Por las razones expuestas, estimó que era procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS y en consecuencia privar de todo efecto práctico el traslado inicial y los horizontales realizados con posterioridad, bajo la ficción jurídica de que la actora siempre estuvo afiliada al RPM.

Respecto de la pretensión de pensión de vejez, señaló que en este caso la causación del derecho ocurrió cuando la afiliada cumplió los requisitos de Ley, pero determinó que en este caso el disfrute de su pensión y su cuantía dependerían del momento en que la afiliada solicitara la pensión siempre y cuando se haya acreditado su desafiliación al Sistema General de Pensiones, más aun teniendo en cuenta que la

actora confesó que actualmente se encontraba vinculada a la Aeronáutica Civil, por lo que no habría lugar a reconocer suma alguna por concepto de retroactivo pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad la sentencia. Para tal efecto argumentó que de las pruebas obrantes en el expediente se evidenciaba que la demandante inició de su afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, pues estaba demostrado que diligenció y firmó el formulario de afiliación, documento que contenía la indicación de las ventajas y desventajas de trasladarse, cuestión que además fue ratificada no sólo por sus 20 años de permeancia y silencio en ese régimen, sino también por haber realizado traslados horizontales entre distintas administradoras del mismo.

En cuanto a la falta de información adujo que el a quo no tuvo en cuenta que la misma debió haber sido probada por la parte actora y que tampoco se tuvo en cuenta que de conformidad con la sentencia C-086 de 2016, la inversión de la carga de la prueba en este tipo de casos solo operaba cuando el afiliado contara con una expectativa legítima al efectuar el traslado, cuestión que en este caso no ocurría. Finalmente, refirió que con su decisión el Juez estaba atentando contra el principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional y estaba generando una desventaja para los afiliados que sí habían permanecido de manera ininterrumpida en el régimen.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad el fallo de primera instancia. Al respecto, indicó que para la fecha en que se realizó el traslado no le era exigible al fondo privado conservar registro documental acerca de la asesoría brindada, más allá del formulario de afiliación; que si a pesar de lo expuesto el Tribunal resolvía confirmar la ineficacia del traslado solicitaba que se revocara la orden de restituir los gastos de administración, debido a que los mismos no estaban llamados a financiar la pensión de vejez de la actora y que su única finalidad era ofrecer una contraprestación por las gestiones realizadas por la AFP tendientes a generar rendimientos sobre la cuenta de ahorro individual, cuestión que evidentemente se logró. Finalmente, indicó que no era procedente ordenar la indexación de las sumas a retornar en tanto el a quo dispuso la devolución de los rendimientos del capital, lo que compensaba y superaba la pérdida de valor en el tiempo que así lo ha previsto la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir y por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz por falta de información, así como el traslado horizontal efectuado a Porvenir S.A. y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **MARÍA CRISTELA ARTEAGA VELANDIA** nació el 24 de enero de 1961 (f°31 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que se afilió al RAIS con la Caja Nacional de Previsión CAJANAL donde cotizó desde el 18 de febrero de 1994, hasta el 31 de diciembre de 1994 (f° 40 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el 08 de noviembre de 1994, suscribió formulario de afiliación con la AFP Davivir – hoy Protección S.A., a través del cual se trasladó al RAIS con efectividad del **01 de diciembre de 1994** (f° 82 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iv)** que efectuó traslados horizontales del siguiente modo:

- El 12 de marzo de 1997 solicitó traslado a la AFP Porvenir S.A., con efectividad del **01 de mayo de 1997**.
- El 05 de marzo de 1998 solicitó traslado a la AFP Colpatria – hoy Porvenir S.A., con efectividad del **01 de mayo de 1998**.
- El 26 de noviembre de 2005, 1998 solicitó traslado a la AFP Colpatria – hoy Porvenir S.A., con efectividad del **01 de septiembre de 2005, fondo al que continúa afiliada**.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que,

cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal

b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que

pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-01 de diciembre de 1994**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara,

comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque 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» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS o que ello demuestre su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negritas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y

además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de CAJANAL, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

[...] es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (subraya fuera del texto).

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales*

de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras).

Al respecto, se avizora que el a quo equivocadamente no ordenó la devolución completa de los anteriores valores ni la respectiva indexación, conforme lo adujo Colpensiones en su recurso.

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

A su vez, se deberá adicionar el numeral tercero a efectos de ordenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la actora en esta AFP.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que no le asiste razón a tal administradora en los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los

aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TECERO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la demandante en esta AFP.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y de **PORVENIR S.A.**



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir, la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500320190075901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANA ROCÍO VALENCIA POVEDA
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Ana Rocío Valencia Poveda** que se condene a Colpensiones a reconocer y a pagar en su favor la sustitución pensional causada por el fallecimiento del señor **Emilio Huérfino Suta**, por haber sido su compañera permanente, a partir del 24 de octubre de 2015, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que se condene a la administradora a lo que resulte probado conforme a las facultades extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº4-11 expediente físico), señaló que ella convivió con el señor **Emilio Huérfino Suta** en unión libre por más de 19

años, desde el año 1995, hasta el deceso de aquel; que dicha convivencia se desarrolló de manera permanente e ininterrumpida, bajo el mismo techo y lecho, con el ánimo de formar una comunidad de vida permanente y de apoyarse mutuamente; que el señor **Emilio Huérfano Suta** disfrutaba de pensión de vejez reconocida por el ISS a través de Resolución No. 30103 de 2007; que el 24 de octubre de 2015, el pensionado falleció; que el 04 de julio de 2019, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; que esta entidad a través de Resolución No. 252848 del 14 de septiembre de 2019, dio respuesta a la solicitud indicando que no podría resolver hasta tanto finalizara la investigación administrativa; que a la fecha de la presentación de la demanda Colpensiones no ha dado respuesta ni ha reconocido la prestación en su favor.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda (f° 25 – 35 expediente físico), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó que al señor **Emilio Huérfano Suta** le fue reconocida pensión de vejez por el entonces ISS hoy Colpensiones a través de Resolución No. 30103 de 2007; que el pensionado falleció el 24 de octubre de 2015; que la actora presentó reclamación administrativa solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el 04 de julio de 2019; que esta entidad a través de Resolución No. 252848 del 14 de septiembre de 2019, dio respuesta a la solicitud indicando que no podría resolver hasta tanto finalizara la investigación administrativa. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, formuló las de inexistencia del derecho y de la obligación; inexistencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de diciembre de 2021 (f° 70 – 71 expediente digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a RECONOCER Y PAGAR a la demandante ANA ROCÍO VALENCIA POVEDA, la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera supérstite del pensionado fallecido Emilio Huérfano S., a partir del 25 de octubre de 2015, pero con efectos fiscales a partir del 4 de julio de 2016, en un monto igual al que se encontraba percibiendo el causante, junto con los incrementos legales y mesadas adicionales, si a ello hubiere lugar, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: AUTORIZAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional el valor correspondiente a los aportes para el Sistema General De Seguridad social en Salud, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a pagar a la demandante ANA ROCÍO VALENCIA POVEDA, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 15 de septiembre de 2019 y hasta la fecha en que se incluya debidamente en nómina, conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por la demandada respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 3 de julio de 2016.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la demandada COLPENSIONES, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN (\$1.000.000) DE PESOS MCTE.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demanda COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.

Para fundamentar su decisión sostuvo que en este caso se tenían como hechos probados por haber sido aceptados por las partes que el señor Emilio Huérfano Suta falleció el día 24 de octubre de 2015, que el ISS mediante Resolución No. 301003 del 01 de enero de 2007, reconoció al ahora fallecido la pensión de vejez a partir del 25 de julio de 2005, y que Colpensiones mediante Resolución SUB 25848 del 14 de septiembre de 2019 negó el derecho pensional a la demandante.

Refirió que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, el derecho a la pensión de sobrevivientes debía ser analizado a la luz de la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado, debido a que tal prestación económica era un derecho autónomo que nacía o se estructuraba por la muerte de aquellos y que por ende la legislación que regía en esa data era la que gobernaba tal prerrogativa.

Adujo que, en el caso sometido a consideración, resultaba claro que el fallecimiento del pensionado ocurrió el 24 de octubre de 2015, data para la cual estaba vigente el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a través del cual se modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, disposición en la que se consagraban como beneficiarios de la sustitución pensional al cónyuge o compañero o compañera permanente, entre otros; que para el caso de la compañera o compañero supérstite, de conformidad con la Ley y la jurisprudencia, se debía acreditar que estuvo en vida marital con el causante de manera continua por lo menos durante los 5 años anteriores al deceso.

Mencionó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 494 – 2021 había dispuesto que en casos como el presente debía comprobarse la convivencia efectiva, real y material bajo el mismo lecho, cimentada en el amor responsable, la ayuda mutua, apoyo económico, asistencia solidaria y el acompañamiento que reflejara el propósito de realizar un proyecto de vida durante, por lo menos, los cinco años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado.

Determinó que, con base en lo anterior, al revisar el expediente objeto de pronunciamiento se podía observar declaraciones extrajuicio de los señores Ana Jimena Parra Trujillo y Campo Elías Morera Mora, quienes ante la Notaría 17 del Círculo de Bogotá manifestaron que conocían a la señora Ana Rocío Valencia Poveda desde hacía aproximadamente 20 años razón, por la cual les constaba que ella convivió en unión marital de hecho con el señor Emilio Huérfano, compartiendo techo, lecho y mesa en forma continua e ininterrumpida, desde el 10 de diciembre 1995, hasta el 24 octubre de 2015, fecha en la que falleció el señor Huérfano.

Agregó que, respecto de la declaración del señor **Campo Elías Moreno Mora**, que aparentemente habría una contradicción entre lo manifestado en el testimonio y lo consignado en su declaración extrajuicio respecto de las fechas de convivencia; no obstante, refirió que realmente la diferencia radicaba en que en la audiencia éste había reseñado que conocía a la demandante hacía más de 40 años, mientras que en la declaración extrajuicio lo que se consignó era que la convivencia de la actora con el causante había sido de más de 20 años, de modo que las fechas hacían referencia a dos situaciones distintas, de ahí su diferencia.

Dijo que, de las declaraciones extrajuicio prenombradas, de los testimonios rendidos igualmente por ambos declarantes y en general del análisis en conjunto de las pruebas, se podía establecer que entre la pareja conformada por la demandante y el pensionado fallecido existió una relación por espacio de casi 20 años que estuvo acompañada de una comunidad de vida, de ayuda mutua, apoyo económico, asistencial y solidaridad, al punto de que el fallecido afilió a la actora como beneficiaria al sistema de seguridad social en salud.

Mencionó que, Colpensiones al contestar la demanda expuso unos argumentos que no tenían relación alguna con el objeto del litigio relacionados con una supuesta improcedencia de reliquidación de mesada pensional; que además la administradora había presentado una investigación administrativa, frente a la cual no se garantizó la oportunidad de contradicción, debido a que no fue consignada o expuesta en los argumentos de defensa de la contestación de la demanda.

Con base en lo expuesto, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la señora Ana Rocío Valencia Poveda la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente supérstite del pensionado fallecido a partir del 25 de octubre del año 2015, en un monto igual al que venía devengando el pensionado junto con las mesadas adicionales y los ajustes anuales, pero advirtiendo que esto debía hacerse con efectos fiscales a partir del 01 de julio del año 2016, teniendo en cuenta que en el presente asunto había operado el fenómeno prescriptivo respecto a ciertas mesadas pensionales.

En cuanto los intereses moratorios, señaló que estos se generaban por el mero hecho del retardo o no pago de la prestación, ya que tenían la finalidad de mitigar los efectos adversos de la demora en el pago de las prestaciones, para lo cual debía tenerse en cuenta la fecha en que se hubiese solicitado el reconocimiento de esta prestación, conforme lo prevé la Ley 717 de 2001. En consecuencia, determinó que en este caso la demandante radicó el requerimiento el 04 de julio de 2019, el cual fue negado el 14 de septiembre del mismo año, por lo que el pago de intereses debía correr a partir del 15 de septiembre de 2019, y hasta cuando se verificara la inclusión en nómina de la aquí demandante.

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones, el *a quo* señaló que era necesario tener en cuenta que el fallecimiento del pensionado había ocurrido el 24 de octubre de 2015; que la demandante solicitó el reconocimiento pensional el 04 de julio de 2019 ante Colpensiones y que la demanda se presentó el 31 de octubre del año 2019, de suerte que las mesadas causadas antes del 03 de julio de 2016, estaban afectadas por el fenómeno prescriptivo trienal establecido en la Ley Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que el *a quo* erradamente había manifestado que la defensa de Colpensiones se había centrado en un supuesto de hecho diferente al del caso, por haberse hecho referencia a una reliquidación de pensión de sobrevivientes, cuando realmente ello correspondió a un yerro solo en la oposición a las pretensiones de la demanda, pues tanto en los fundamentos de derecho como en las excepciones de mérito propuestas al contestar, se realizó una oposición real y efectiva encaminada a negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y que, en tal sentido, tal error no debía tener incidencia en la decisión.

Agregó que, el Juzgador no tuvo en cuenta el contenido de la investigación administrativa efectuada por Colpensiones, la cual, además, contrario a lo afirmado por

la autoridad judicial, si había sido conocida por la demandante, debido a que fue nombrada e identificada en la Resolución a través de la cual se le negó la pensión.

Cuestionó que, aunque el Juez había referido que el requisito para reconocer esta prestación era la acreditación de una convivencia no menor a cinco años anteriores a la fecha del deceso del pensionado, lo cierto era que ello no se había tenido en cuenta en este caso, pues con la investigación de campo efectuada por Colpensiones podía determinarse que la pareja nunca convivió, pues los hijos y hermano del pensionado fallecido manifestaron que éste último vivía solo e incluso el señor Néstor Castañeda, vecino del causante, refirió lo mismo y que su hija lo visitaba ocasionalmente; que aunque los testigos manifestaron que conocían a la pareja y que a ellos les constaba que convivían, ello debía ser contrastado con los demás medios de prueba.

Sostuvo que, la declaración extrajuicio del señor Campo Elías no había sido coincidente con lo indicado en su testimonio, como quiera que en la audiencia refirió que conocía a la demandante desde hacía más de 40 años, mientras que en la declaración se indicaban 20 años, lo que hacía notoria las inconsistencias.

Respecto de los intereses, refirió que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL11897-2016, había establecido que los mismos no se generaban de manera automática cuando en sede administrativa había razones de peso para negar la prestación, por lo que la condena en tal sentido debía revocarse.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Emilio Huérfano Suta era beneficiario de una pensión de vejez con el ISS hoy Colpensiones, reconocida a través de Resolución No. 30103 del 01 de enero

de 2007 (f°19 expediente físico); **ii)** que el señor Emilio Huérfino Suta falleció el 24 de octubre de 2015 (f°16 expediente físico); **iii)** que el 14 de julio de 2019, la actora radicó ante Colpensiones solicitud a efectos de que le fuera reconocida la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del nombrado pensionado argumentando ser su compañera permanente (f°19 expediente físico); y **iv)** que esa entidad mediante Resolución No. SUB 252848 del 14 de septiembre de 2019, negó la sustitución pensional (f°19 expediente físico)

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar si en este caso se cumplen los requisitos previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 737 de 2003, para que la demandante sea beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de presunta compañera permanente supérstite del señor Emilio Huérfino Suta.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, tratándose del estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto ocurrió el 24 de octubre de 2015, de manera que la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

*ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Negrilla fuera del texto original)

(...)

Dado que es un hecho indiscutido que el causante ostentaba la calidad de pensionado con el ISS desde el 01 de enero de 2007, surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala lo siguiente respecto de la compañera o compañero permanente supérstite:

ARTÍCULO 47. 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;***

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 este. 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.

<Aparte subrayado condicionalmente exequible> 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 de lo 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 y subrayado fuera del texto original).

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido».

Como se observa, las disposiciones precitadas establecen como requisito para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la compañera permanente de un pensionado, la acreditación de **una convivencia real y efectiva de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos anteriores a la fecha del deceso**, cuestión que ha sido ratificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en numerosas sentencias, entre ellas, CSJ SL4340-2022, SL 2768-2022, SL 476-2022.

Ahora, respecto de la demostración de la convivencia, esa Corporación en sentencia CSJ SL476-2022, entre otras, ha señalado que aunque no existe tarifa legal para tal fin, lo cierto es que el material probatorio debe denotar que entre el fallecido y el compañero o compañera se forjó una comunidad de vida estable y permanente, en cohabitación y con la firme intención de conformar una familia y un hogar, a saber:

Además, de tiempo atrás la Corte ha sostenido que la acreditación del requisito de convivencia no se obtiene a través del cumplimiento de una mera formalidad, como una declaración extraprocesal rendida en una notaría o plasmada en un documento, sino que sólo se puede dar por establecida en la realidad misma, es decir, debe ser el reflejo de una auténtica comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común, esto es, en los términos del artículo 42 Constitucional, que consulte el verdadero deseo libre de la pareja, de conformar una familia, con lo cual se obtendría la garantía de protección del Estado y de la sociedad allí ofrecida.

Ahora, en igual sentido, en sentencia CSJ SL5524-2016, sostuvo:

Importa aquí acotar que la evolución jurisprudencial en el ámbito de la seguridad social, ha permitido la construcción de un criterio de convivencia con identidad propia, acorde con la finalidad de las prestaciones por muerte que es la protección del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, y que exhibe desapego frente a la noción de “unión marital de hecho” que en el campo civil trae la Ley 54 de 1990.

Para la prueba de la condición de compañero (a) permanente y demostración de la convivencia tiene establecido la jurisprudencia que se aplica el principio operante en materia laboral de libertad probatoria reconocida a los jueces de esta especialidad por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues no ha previsto la ley solemnidad alguna o prueba ad substantiam actus.

Sobre el tema dijo la Sala en sentencia CSJ SL, 6 mar. 1998, rad. 9890, criterio reiterado en la CSJ SL, 30 ene. 2007, rad. 28121:

La convivencia de dos personas es un hecho objetivo que no requiere solemnidad para conformarse y por supuesto que la inscripción exigida en el artículo 33 del Decreto 3.170 de 1.964 (acuerdo 155 de 1.963) no es un acto necesario para que aparezca o desaparezca, como hecho objetivo, la realidad de la convivencia.

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la actora cumple con el requisito de la convivencia con el pensionado, así:

✓ **Interrogatorio de parte**

La señora **Ana Rocío Valencia** refirió que conoció al señor Emilio Huérfano Suta desde muchos años atrás, por ser amigo de su padre; que con posterioridad, ambos enviudaron; que él había sido celador del colegio en el que su hija estudiaba; que desde el año 1995 entablaron una relación; que convivieron aproximadamente 20 años hasta el día en que el señor Emilio falleció; que él le ayudó a sacar a sus hijos adelante; **que el fallecido desde el 13 de octubre de 2015, estuvo en coma por una caída que tuvo ese día; que murió el día 25 del mismo mes y año; que cuando ocurrió el accidente y el fallecimiento ella se encontraba por fuera de la ciudad visitando a una de sus hijas porque había tenido un bebe;** que los gastos del sepelio los asumió una de las hijas del fallecido.

Manifestó que, no tuvo relación con los hijos del pensionado, pues estos se opusieron a la unión en razón a que inició a los tres meses de haber fallecido la esposa de aquel; que el único hijo que estuvo de acuerdo con el vínculo fue Jairo, quien los recibió en algunas ocasiones en su hogar.

✓ **Pruebas documentales**

En primer lugar, obra declaración extrajuicio rendida ante la Notaría 17 del Círculo de Bogotá el 12 de junio de 2019, por los señores Ana Jimena Parra Trujillo y Campo Elías Morera Mora en la que se indicó que ellos conocían a la demandante y al señor

Emilio Huérfano Suta, que les constaba que convivieron desde diciembre de 1995, hasta la fecha de la muerte de este último.

En segundo lugar, como prueba relevante con relación a la convivencia obra como adjunto al expediente administrativo (CD f° 45 expediente digital), la investigación realizada por Cosinte LTDA., elaborada entre el 06 y el 20 de septiembre de 2019, en la que se consignó, entre otros, una síntesis sobre las declaraciones de la hermana y los hijos del causante, así como de habitantes del sector en el que aquel residía respecto de la presunta convivencia con la demandante, del siguiente modo:

a) La señora Martha Consuelo Huérfano (hermana del causante):

Aunado lo anterior se realizó entrevista al señor Hernando Iván Huerfano Suta CC 19059236, teléfono 3166472884, residente en la carrera 16 # 8 -78, de la ciudad de Bogotá – Cundinamarca, en calidad de hermano del causante, quien aseguró que su hermano estuvo casado con la señora Laura Arenas de Huerfano, quien falleció, desde ese momento siempre vivió solo hasta el momento de su deceso.

Respecto a la relación del señor Emilio Huerfano Suta, con la señora Ana Rocío Valencia Poveda, aseguró solo haberla visto un par de veces, no reconoce a la solicitante como compañera de su hermano.

(Subrayado fuera del texto original)

b) Jairo Huérfano Arenas (hijo del causante):

Además se realizó entrevista al señor Jairo Huerfano Arenas CC 79427680, teléfono 3219340522, residente en la Manzana 21 casa 11 barrio pedro daza, de San Martín – Meta, en calidad de hijo del causante, quien aseguró que su padre fue casado, convivió con su progenitora hasta el momento que ella falleció, nunca volvió a compartir con nadie el mismo techo, vivió solo hasta el momento de su deceso.

Respecto a la relación del señor Emilio Huerfano Suta, con la señora Ana Rocío Valencia Poveda, aseguró que era una señora que frecuentaba al causante, en ocasiones compartían algunos momentos, pero nunca convivieron bajo el mismo techo.

(Subrayado fuera del texto original)

c) Néstor Castañera Supelano (habitante del sector en el que residía el causante):

Adicionalmente se realizó entrevista al señor Néstor Castañeda Supelano CC 79423329, labora en la calle 11 sur 15 54, de la ciudad de Bogotá – Cundinamarca, en calidad de habitante de la zona, quien informó haber conocido al causante, refirió que era zapatero, vivió solo hasta el momento de su deceso, la persona encargada de sus cuidados era la hija.

(Subrayado fuera del texto original)

d) José Vicente Rivera Rodríguez (habitante del sector en el que residía el causante):

Finalmente se realizó entrevista al señor José Vicente Rivera Rodríguez identificado con CC 17115710, residente en la carrera 25 # 48-80 sur, de la ciudad de Bogotá – Cundinamarca, en calidad de vecino, aseguró haber conocido al causante, refirió que se desempeñaba como zapatero, desde que falleció su esposa siempre vivió solo, la persona encargada de sus cuidados hasta el momento de su fallecimiento fue la hija. No reconoce a la señora Ana Rocío Valencia Poveda, como compañera del causante.

(Subrayado fuera del texto original)

✓ **Pruebas testimoniales**

a) Testimonio de la señora Ana Jimena Parra Trujillo:

La declarante manifestó lo siguiente:

Si señor, sí distinguí al señor Emilio, hace mucho tiempo, exactamente los años no lo puedo decir, porque lo distinguimos con mi esposo, a la señora Rocío y al señor Emilio, y después la señora Rocío empezó a trabajar con nosotros en el 95 y el señor Emilio de vez en cuando la llevaba a la fábrica por las mañanas y por la tarde la recogía, claro está que era a veces, como el señor Emilio trabajaba, a veces la acompañaba y a veces no. Fuimos grandes amigos con mi esposo, salíamos a pasear a Choachí, les gustaba mucho el tejo, con mi esposo compartió mucho porque se entendieron bien, los íbamos a visitar a la señora Rocío y al señor Emilio una o dos veces en el mes, como la familia de Rocío los hermanos son músicos, entonces nos reunimos una o dos veces en el mes, hacíamos asados ahí compartíamos hartos con el señor Emilio y la señora Rocío. (Negrilla y subrayado de la Sala).

[...]

Juez: ¿Dónde era el lugar de residencia del señor Emilio Huérfano y Ana Rocío Valencia?

Testigo: A ver, yo que me alcance a recordar en el veinte de julio, sino estoy mal se llama bello Horizonte, después se pasaron para otro sitio, pero no me acuerdo el nombre del barrio.

Juez: ¿Recuerda usted cómo se presentaba la pareja?

Testigo: Como esposos, siempre fue como esposo, la vez que íbamos con mi esposo, una pareja que se querían, se amaban se respetaban mutuamente.

Juez: ¿Hasta cuándo trabajó la señora Ana Rocío Valencia con ustedes?

Testigo: *A ver ella empezó a trabajar con nosotros en el 95 duró cinco o seis años con nosotros trabajando.*

[...]

Juez: *¿Cómo se llama su esposo?*

Testigo: *Campo Elías Morera Mora.*

[...]

Apoderada demandante: **Usted en respuesta anterior informó que doña Ana trabajó con ustedes aproximadamente cinco años, como del 95 al 2000.** (Negrilla y subrayado de la Sala).

Testigo: *Correcto de cinco a seis años.*

Apoderada demandante: *¿Después de ese tiempo ustedes ya perdieron relación con doña Ana?*

Testigo: **No señora, seguimos de ahí para allá hoy en día seguimos hablando y acompañando, o sea la amistad siguió.** (Negrilla y subrayado de la Sala).

Apoderada demandante: *¿Usted sabe si la señora Ana era beneficiaria en Salud del señor Huérfano?*

Testigo: *Yo sé que el señor Emilio la afilió, pero de ahí para allá no se más.*

b) Testimonio del señor Campo Elías Morena Mora

El declarante manifestó lo siguiente:

Yo a Ana la distingo hace muchos años, aproximadamente hace 40 años, el padre de ella el señor Valencia, era muy amigo de mi papá, compartían trago, serenata, tocaban trompeta, entonces pues yo andaba mucho con mi papa y ahí mismo empezamos a conocernos porque salíamos a paseos con el señor Valencia, Rocío, entonces desde más o menos esa época yo la conozco. Ella estuvo trabajando, yo tengo una micro empresa de veladoras, estuvo trabajando en el 95 más o menos duró cinco seis años trabajando conmigo.

Juez: *¿Conoció al señor Emilio?*

Testigo: **Yo lo conocí a través de la señora Rocío porque pues él llegaba a dejarla allí a la fábrica a acompañarla, ya entonces nos hicimos amigos, compartía con él allá en la casa de ellos, hacían asados, salíamos a paseos era una persona excelente.** (Negrilla y subrayado de la Sala).

Juez: *¿Qué tipo de relación existía entre Ana Rocío Valencia y Emilio Huérfano?*

Testigo: *Ah no yo lo conocí como esposo de la señora Rocío, tenían una buena relación, se querían mucho, eran muy unidos, compartían para todo lado.*

Juez: *¿Usted supo si la pareja convivió hasta el momento de la muerte?*

Testigo: *Claro que sí señor.*

Juez: *¿Cada cuánto visitaban a la pareja?*

Testigo: *Eso es relativo ¿no?, ellos o bien iban a donde nosotros o los invitábamos porque a mí me gusta mucho la música, la guitarra, entonces pues los hermanos de la señora Rocío son músicos y como él siempre andaba con la señora Rocío siempre los invitamos a la casa o ellos nos invitaban a la casa de ellos, entonces eso era bastante, éramos muy unidos con el señor Emilio.*

Juez: *¿Y dónde convivía?*

Testigo: *Ellos, yo iba con mi esposa, que era la casa de ellos en el barrio Bello Horizonte, después de ahí se trasladaron cerca de la casa de nosotros en el barrio Buenos Aires.*

Visto lo anterior y analizadas en detalle las pruebas obrantes en el plenario, considera esta Sala que la parte actora no logró demostrar con certeza la convivencia real y efectiva con el causante, en los términos de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. En efecto, nótese que lo que se extrae de las declaraciones extrajudicio y de los testimonios con los que se pretende demostrar la convivencia entre la demandante y el pensionado fallecido, es que entre ellos existió una relación amorosa, de pareja, mas no demuestran de manera cierta que estos cohabitaran en la misma residencia; que conformaran una comunidad de vida estable, constante y permanente; mucho menos que ello se hubiese mantenido durante los cinco años anteriores al deceso del causante.

En este sentido, respecto del testimonio de la señora Ana Jimena Parra, se advierte que ella solo dio cuenta de que compartió con la pareja en momentos de recreación, tales como viajes a municipios cercanos y reuniones de amistad, asuntos que por sí solos no demuestran que la demandante y el causante hubiesen cohabitado el mismo lugar y conformado un hogar; además, conforme se detalló previamente, la declarante refirió haber trabajado con la actora desde el año 1995 hasta aproximadamente el año 2000, tiempo durante el cual compartió con los señores Ana Rocío Valencia y Emilio Huérfano en reuniones de esparcimiento y que con

posterioridad, se mantuvo el contacto y la amistad, pero sin detallar si efectivamente las visitas y las interacciones físicas continuaron.

Respecto del testimonio del señor Campo Elías Morera, quien manifestó ser esposo de la señora Ana Jimena Parra, se tiene que ratificó que compartió con la pareja en escenarios de esparcimiento, como reuniones sociales y viajes a municipios cercanos y de manera genérica refirió que sabía que la demandante y el causante convivían, pero no detalló por qué le constaba tal asunto, con qué regularidad los visitaba y tampoco si esas visitas se dieron dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del pensionado.

Visto lo anterior, encuentra esta Sala que de las declaraciones previamente nombradas solo se puede extraer con certeza que entre la demandante y el pensionado fallecido en algún momento existió una relación amorosa, en virtud de la cual compartieron espacios de recreación con sus amistades; sin embargo, tales medios de prueba no generan para esta Corporación suficiente poder de convicción respecto de la existencia de cohabitación, de la conformación de un hogar y en general de la convivencia de la demandante y el causante. Además, nótese que en las declaraciones tampoco resulta claro la fecha en la que se dieron las interacciones con la señora Ana Rocío Valencia y el señor Emilio Huérfano, pues los testigos no mencionaron si dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento de este último se reunieron o si viajaron.

De conformidad con las reglas de la sana crítica, es usual que dos personas que tengan una relación amorosa se reúnan para departir en conjunto con sus amigos y cercanos, sin que ello implique per se la existencia de una convivencia permanente en la cotidianidad, cuestión que a criterio de esta Sala fue lo que se presentó en este caso. Asimismo, llama la atención el hecho de que no se hubiese convocado como testigo a este juicio a alguna persona con quien la pareja tuviese un contacto cotidiano y constante, que pudiera dar cuenta de que estos compartieron la misma residencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento del pensionado.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en el expediente obra prueba documental consistente en investigación administrativa adelantada por Cosinte LTDA., en la que se consigna que los hijos del pensionado fallecido refirieron que su padre vivía solo y que la señora Ana Rocío Valencia lo frecuentaba, pero que no convivían bajo el mismo techo, afirmaciones que concuerdan con lo que esta Corporación extrae de las declaraciones de los testigos llamados a juicio. Al respecto, se precisa que, aunque la actora declaró no tener una buena relación con los hijos del difunto (situación que podría llevar a considerar que éstos se negaron a admitir la existencia de la convivencia), lo cierto es que también obra referencia a declaraciones de habitantes del sector en el que residía el fallecido quienes, sin tener intereses en las resultas del proceso, también indicaron que el señor Emilio Huérfano vivía sólo.

Cabe aclarar que, frente a la mentada investigación administrativa el *a quo* adujo que la parte actora no había tenido la oportunidad de ejercer una debida contradicción, consideración que para esta Sala resulta equivocada si se tiene en cuenta que tal documento fue aportado con el expediente administrativo introducido con la contestación de la demanda (CD f° 45 expediente digital), y además fue identificada en los argumentos de defensa, por lo que la demandante pudo conocer su contenido y solicitar pruebas para desvirtuarlo a través de la reforma a la demanda, al tenor de lo dispuesto en el artículo 28 del CPTSS.

Finalmente, un punto adicional que llama la atención en el caso bajo estudio, corresponde al comportamiento de la demandante, narrado por ella misma, una vez supo del accidente reportado por el señor Emilio Huérfano. En efecto, según lo declarado en su interrogatorio de parte, la actora se enteró de que aquel había sufrido una grave caída el 13 de octubre del 2015, con ocasión de la cual fue hospitalizado, ingresó en estado de coma y pasados once días falleció y, pese a ello, durante ese período ella no se hizo presente en el centro hospitalario, argumentando que se encontraba en otra ciudad acompañando el nacimiento de su nieta. Si bien esta cuestión por sí sola y analizada de manera aislada no es indicativa de ausencia de convivencia, lo cierto es que apreciada en conjunto con los demás medios de prueba sí lleva a esta

Corporación a concluir que no existían los lazos de ayuda mutua, apoyo y soporte que caracterizan a una pareja en convivencia.

Dilucidado lo anterior, se concluye que los medios de prueba obrantes en el expediente resultan insuficientes para probar el supuesto de hecho previsto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, esto es, la calidad de compañera permanente de la demandante y su convivencia con el pensionado por un espacio no menor a cinco años anteriores a su fallecimiento, carga que tenía la parte actora, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión en materia laboral.

Por las razones expuestas, se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

COSTAS

Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandante, por ser la vencida en juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Tercero Laboral de Circuito de Bogotá, proferida el 14 de diciembre de 2021, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas en la demanda, acorde con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de ambas instancias a cargo de la parte demandante.

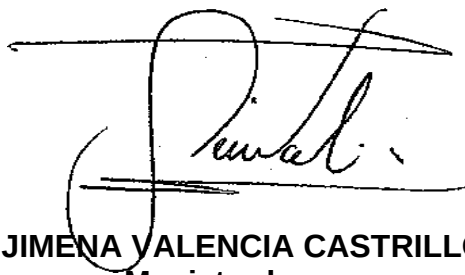
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500320220014101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANDRÉS FELIPE PERDOMO OSPINA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA	- MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ANDRÉS FELIPE PERDOMO OSPINA** que se **declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Protección S.A., por el incumplimiento del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **condene** a la AFP Skandia S.A. a la que se encuentra afiliado a retornar a Colpensiones la totalidad del dinero que tenga en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales; que se **ordene** a Colpensiones a efectuar las gestiones para anular su traslado al RAIS y a recibirlo sin solución de continuidad; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 1- 12 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 23 de diciembre de 1965; que inició sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social con el ISS acumulando un total de 118.86 semanas; que el 01 de febrero de 2005, se trasladó al RAIS con Protección, decisión que no estuvo precedida de una ilustración suficiente y adecuada acerca de las

implicaciones de tal acto; que posteriormente se trasladó a Skandia S.A.; que en ha cotizado un total de 716,57 semanas al Sistema General de Seguridad Social.

Adujo que, el día 04 de febrero de 2022, elevó solicitudes a Skandia S.A., a Protección S.A. y a Colpensiones encaminadas a retornar al RPM, las cuales fueron contestadas de manera negativa por todas las entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 04 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 23 de diciembre de 1965; que cotizó al RPM con el ISS un total de 118.86 semanas y que el día 04 de febrero de 2022, solicitó ante Colpensiones el retorno al RPM, el cual fue despachado desfavorablemente.

Como excepciones de mérito propuso las de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe de Colpensiones y la de imposibilidad de condena en costas.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º1 a 23 archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que este se trasladó de Protección S.A. a Skandia S.A. y que el día 04 de febrero de 2022 solicitó ante Protección S.A. el retorno al RPM, el cual fue despachado desfavorablemente.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (fº 1 – 16 archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor suscribió formulario de afiliación a Skandia S.A. el 08 de marzo de 2018; que su traslado a esa AFP se hizo efectivo el 01 de mayo de 2018; que al 06 de abril de 2022, el demandante contaba con 720,86 semanas de cotización al RAIS y que el día 04 de febrero de 2022,

solicitó ante Skandia S.A. el retorno al RPM, el cual fue despachado desfavorablemente. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

Adicional a lo anterior, se debe indicar que **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º65 - 72, archivo 08 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en el contrato de seguro previsional suscrito entre dicha entidad y SKANDIA cuya vigencia iba del 01 de enero de 2018 al 31 de diciembre del mismo año. Tal llamamiento fue admitido por el Juzgado de origen en auto del 26 de enero de 2023 (archivo 09 carpeta 1 exp. digital)

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de ésta y que no le constaba ningún hecho (fº 01 - 20 archivo 11 carpeta 1 exp. digital). Formuló como excepciones de mérito, las que denominó: las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, siendo absolutamente lícitas y válidas, y reconocimiento oficioso de excepciones.

Frente al llamamiento en garantía, se opuso a la prosperidad de sus pretensiones y como sustento de ello, formuló las excepciones del llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia, y por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 07 de marzo de 2023 (archivo 20 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del demandante ANDRÉS FELIPE PERDOMO OSPINA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el 13 de septiembre de 2005, así como la ineficacia de los traslados horizontales que se realizaron con posterioridad, a PROTECCIÓN S. A. como consecuencia de la operación de cesión por fusión, el 31 de diciembre de 2012, y de PROTECCIÓN S. A. a SKANDIA S. A., el 8 de marzo de 2018, para entender vinculado al demandante, en forma válida al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP SKANDIA S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del Demandante ANDRÉS FELIPE PERDOMO OSPINA por concepto de cotizaciones obligatorias, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima que se hubiese descontado con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES los valores correspondientes a los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima que se hubiesen realizado durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a ese Fondo, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúen las AFP SKANDIA S. A., y PROTECCIÓN S. A., para que proceda a activar la afiliación del Demandante ANDRÉS FELIPE PERDOMO OSPINA, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

QUINTO: ABSOLVER a la Llamada en Garantía MAPFRE de todas y cada una de las pretensiones de ese llamamiento en garantía, y de las pretensiones de la demanda, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por todas las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas SKANDIA, PROTECCIÓN, y COLPENSIONES, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN SEISCIENTOS MIL (\$1.600.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una; adicionalmente se condena en COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO a SKANDIA S. A. en la suma de UN MILLÓN (\$1.000.000) DE PESOS MCTE en favor de la Llamada en Garantía MAPFRE S. A., conforme la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.

Para fundamentar su decisión, encontró acreditado que el actor estuvo afiliado al RPM donde cotizó al ISS un total de 170,86 semanas; que se trasladó del RPM al RAIS el 13 de septiembre de 2005, acto que se hizo efectivo a partir del 14 de septiembre de la misma anualidad, con la AFP Santander – hoy Protección; que realizó un traslado entre fondos privados el 08 de marzo de 2018, a la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A., actos sobre los cuales las demandadas habían allegado formularios de afiliación y agregó que del interrogatorio de parte rendido por el demandante no se extraía confesión alguna.

Sostuvo que, para la época del traslado inicial existía toda una normatividad que obligaba a los fondos de pensiones a brindar información completa, veraz, oportuna objetiva y transparente acerca de las características de los regímenes pensionales con el fin de que los afiliados buscaran las mejores opciones del mercado, normatividad que correspondía entre otros a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, al artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y al artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

Precisó que, el referido marco normativo dio lugar a un precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido abundante e inamovible desde la sentencia del 09 de septiembre de 2008 Rad. 31189, ratificado en sentencias CSJ SL067-2023, SL112-2023 y SL164 -2023, pronunciamientos que han sido coincidentes en determinar que la carga de la prueba se encontraba en cabeza de los fondos de pensiones, a quienes les correspondía demostrar el deber de información y que el formulario de afiliación no era suficiente para dar cumplimiento a tal deber.

Sostuvo que, los traslados horizontales no convalidaban el traslado inicial efectuado por el demandante, que no correspondían a actos de relacionamiento, como quiera que, conforme lo ha determinado la Corte, lo que debía analizarse era el traslado primigenio, que los posteriores no tenían la virtualidad de sanear las omisiones iniciales y que en todo caso tampoco existía prueba de que en el traslado a Skandia S.A. esa AFP hubiese efectuado una debida asesoría.

Concluyó que, las demandadas no lograron demostrar durante el debate probatorio que al demandante en el momento del traslado el 13 de septiembre del 2005 o con posterioridad se le hubiese brindado información completa, objetiva, por lo que debería declararse la ineficacia de la vinculación inicial al RAIS, así como del traslado horizontal efectuado a Skandia S.A.

Respecto a la excepción de prescripción, sostuvo que la misma no resulta procedente en la medida que incide en el reconocimiento de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Para tal efecto argumentó que no era procedente condenar en costas a Colpensiones, como quiera que la oposición al traslado se cimentaba en la prohibición legal contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Refirió además que el a quo no tuvo en cuenta el período de permanencia del actor en el RAIS, el cual daba cuenta de su ánimo de pertenecer a ese régimen.

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que fuera revocada en su integridad. Para tal efecto, argumentó que en este caso no era viable aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia, debido

a que el acto no contaba con una vinculación inicial al RPM sino al RAIS, conforme se desprendía del certificado de SIAFP. Adujo que, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor no tenía una vinculación al RPM, por lo que no le era exigible a la AFP haber efectuado un análisis comparativo de las implicaciones de abandonar el régimen público, como quiera que el demandante nunca estuvo afiliado al régimen público, cuestión que ha sido ratificada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4211-2021.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

S.A. presentó recurso parcial contra los numerales segundo y quinto de la decisión de primera instancia en lo concerniente a la orden de devolución de los gastos de administración y seguros previsionales. Al respecto, adujo que el a quo había omitido dar aplicación al parágrafo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el que se habilitaba a los fondos privados y públicos para descontar el 3% de la cotización para cubrir los gastos de administración y la prima de los seguros previsionales, con la finalidad de retribuir las gestiones realizadas por los fondos encaminadas a garantizar una rentabilidad mínima sobre los aportes de los afiliados y la garantía de la cobertura de las prestaciones económicas a las que tuviera derecho el afiliado.

Refirió que, Skandia S.A. ha actuado de buena fe en toda la etapa contractual, que ella no propició el traslado inicial y que administró de manera correcta la cuenta del actor, debido a que se habían generado rendimientos significativos; que en tal sentido, ordenar el retorno de los gastos de administración atentaría contra la buena fe de la AFP y generaría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones. Respecto de los seguros previsionales refirió que se ha dado la cobertura durante toda su vinculación y que en tal sentido no habría lugar a devolver el valor de las primas de seguros y sin perjuicio de ello, quien debería efectuar su retorno era la aseguradora, pues de mantenerse la declaratoria de ineficacia el contrato de seguro no hubiese existido lo que generaría la pérdida de intereses asegurable, la aseguradora debería restituir las primas, conforme lo establecía el artículo 1047 de Código de Comercio.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados por Protección S.A., Skandia S.A. y por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Protección S.A. es ineficaz por falta de información, así como el traslado horizontal realizado con posterioridad a Skandia S.A. y

si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a la AFP retornar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor en el RAIS debidamente indexados, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **ANDRÉS FELIPE PERDOMO OSPINA** nació el día 23 de diciembre de 1965 (f°14 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 26 de agosto de 1988, hasta el 30 de junio de 1999, acumulando un total de 170,86 semanas (f°40 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 13 de septiembre de 2005, a través de formulario de afiliación solicitó ante la AFP Santander S.A. – hoy Protección S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **14 de septiembre de 2005** (f° 24 y 26 archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y *iv)* que el 08 de marzo de 2008, a través de formulario de afiliación el traslado horizontal a Old Mutual – hoy Skandia S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de mayo de 2015** (f° 18 y 36 archivo 08 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que adicionalmente, el demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por

su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes

pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **14 de septiembre de 2005-**, la obligación de la AFP Santander - hoy Protección S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Santander - hoy Protección S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra formulario de solicitud de afiliación a Santander - hoy Protección S.A., de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de

una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que de los mismos pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque 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» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS o que ello demuestre su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negritillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negritillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de inejecución, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

De otra parte, en cuanto al reparo formulado por Protección S.A. según el cual el actor, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no se encontraba afiliado al RPM y que en tal virtud no era procedente ordenar su retorno a este régimen, advierte esta Sala que no tiene vocación de prosperidad, como quiera que de las pruebas obrantes en el plenario, particularmente la historia laboral emitida por Colpensiones, se halla que el demandante estuvo vinculado al RPM con el ISS desde el 26 de agosto de 1988 hasta el 30 de junio de 1999, de manera que la declaratoria de inejecución de su traslado al RAIS y consecuente orden de retorno al RPM es viable y se atempera con la amplia jurisprudencia ya citada sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la inejecución del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, se observa que el a quo ordenó la devolución de tales emolumentos, pero no previó su indexación, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido y se dispondrá la indexación de los valores a restituir en favor de Colpensiones, ya que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de

ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que no le asiste razón a Colpensiones en los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Frente al reparo formulado por Skandia encaminado a que se ordene la devolución de las primas de seguro canceladas por esta, con cargo a la Mapfre Colombia Vida S.A., se indica que el mismo no está llamado a prosperar, pues a criterio de esta Sala tal reembolso en modo alguno debe ser asumido por la aseguradora, debido a que esta fue ajena a los actos de afiliación y traslado que dieron lugar a la ineficacia que se declara. Sumado a ello, los riesgos asegurados no son otros más que la muerte, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, sin que de allí se desprenda que la aseguradora deba garantizar patrimonialmente las obligaciones impuestas en el presente juicio, dado que su responsabilidad se limita únicamente a las coberturas contratadas, esto es frente la invalidez y sobrevivencia, respecto de la afiliación del promotor de la contienda, al fondo de pensiones Skandia.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además de Protección S.A. y de Skandia S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

COSTAS

Respecto de las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones, de Protección y de Skandia S.A. como quiera que no prosperaron los recursos formulados.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a la indexación de los valores que deberá restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de conformidad con lo ordenado por el a quo.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** a la indexación de los valores que deberá restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de conformidad con lo ordenado por el a quo.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y de **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, de Protección y de Skandia S.A., la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500420180005501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA DEL PILAR CASTIBLANCO
DEMANDANDOS	- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
INTERVINIENTES AD EXCLUDENDUM	- LUCY LARA HERNÁNDEZ - BERENICE BALCERO DE CAICEDO

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María del Pilar Castiblanco** se le reconozca la pensión de sobrevivientes como única beneficiaria; en consecuencia, se ordene a la UGPP a cancelarle las mesadas pensionales desde el fallecimiento del causante y al pago de costas procesales (fº 3, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 2 a 3, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), señaló que el día 3 de febrero de 2017, falleció el señor Adolfo Peraza Méndez, quien se encontraba disfrutando de su pensión de vejez y con quien se encontraba casada; que acudió ante la entidad demandada para el reconocimiento de la pensión, la cual se resolvió mediante resolución RDP017890 del 28 de abril de 2017, siendo negado el derecho pensional por no haber demostrado convivencia de 5 años antes de la muerte del causante; que frente a la anterior decisión interpuso recurso de reposición poniendo de presente que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien debe demostrar haber convivido con el causante durante los últimos 5 años de vida es a la compañera permanente y no a la cónyuge supérstite; no obstante, la pasiva reiteró la negativa mediante resolución RDP 025761 del 21 de junio de 2017; acto administrativo frente al cual se le interpuso recurso de apelación; que se resolvió en resolución

RDP029591 del 24 de julio de 2017, donde la entidad indicó que existían pretensiones en igual sentido por parte de las señoras Lara Hernández Lucy y Balcerero de Caicedo Berenice en calidad de compañeras permanentes, dejándose en suspenso el derecho hasta tanto las jurisdicción ordinaria definiera el asunto.

El *a quo* mediante providencia del 4 de abril de 2018, vínculo a las señoras Lucy Lara Hernández y Berenice Balcerero de Caicedo en calidad de terceras ad excludendum de conformidad con lo establecido en el artículo 63 del CGP, ordenando notificarlas y corriéndoles traslado para hacerse parte del proceso_(f° 44 a 45, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Dentro del término del traslado, la señora **Berenice Balcerero de Caicedo** presentó escrito de demanda en la que pretende se declare que en calidad de compañera permanente supérstite del pensionado fallecido Adolfo Peraza Méndez, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional con su correspondiente retroactivo en un 100%. En consecuencia, se condene a la UGPP a reconocerle y pagarle la pensión a partir del 3 de febrero de 2017, al pago de intereses moratorios, a que las mesadas sean debidamente indexadas, al pago de costas y agencias en derecho, y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 249 a 250, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 251 a 252, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), señaló que el señor Adolfo Peraza Méndez falleció el 3 de febrero de 2017, por causas de origen común; que convivió con el pensionado fallecido desde el 15 de abril de 1982, hasta el 3 de febrero de 2017; que dependía económicamente de él; que durante la unión marital no se procrearon hijos.

Relató que, el día 7 marzo de 2017, se presentó la señora María del Pilar Castiblanco a reclamar el reconocimiento pensional ante la entidad demandada, solicitud que fue negada; que con las pruebas documentales, la investigación administrativa realizada por la UGPP, las declaraciones extra juicio y los testimonios, se demostró la convivencia por más de 35 años con el causante en el domicilio carrera 68 D No. 67-39, barrio bella vista noroccidental de la ciudad de Bogotá D.C.

La señora **Lucy Lara Hernández** también presentó escrito de demanda en la que pretende se declare que en calidad de compañera permanente supérstite del señor Adolfo Peraza Méndez es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional. En consecuencia, se ordene a reconocerle la prestación a partir del 3 de febrero de 2017, debidamente indexada y con sus correspondientes intereses moratorios en un 100%, al pago de costas procesales y a las condenas ultra y extra petita (f° 337 a 338, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 338 a 339, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), señaló que la entidad demandada mediante resolución 24321 del 16 de octubre de 2001, le reconoció la pensión de jubilación a favor del señor Adolfo Peraza Méndez en cuantía de \$600.066, a partir del 13 de febrero de 2000; que el señor Adolfo Peraza Méndez falleció el 3 de febrero de 2017, como consecuencia de un cáncer terminal.

Refirió que, convivió con el causante desde el 12 de mayo de 1970, hasta el 2 de enero de 1986 y del 23 de julio de 2010, hasta el 3 de febrero de 2017; que cumplía con los deberes impuestos a los compañeros permanentes tales como socorro, ayuda mutua, económica y sentimental; que vivían bajo el mismo techo y lecho, tanto así que el señor Peraza Méndez falleció en su residencia actual transversal 63 No. 68 B – 90 sur de la ciudad de Bogotá.

Agregó que, de dicha unión se procrearon 5 hijos; que al verse tan enfermo el señor «*Ernesto Alfonso Cruz Vargas*», decidió en vida sustituirle su pensión de vejez, para lo cual diligenció formato de declaración juramentada; que solicitó el reconocimiento pensional el cual fue negado.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** contestó la demanda instaurada por la señora María del Pilar Castiblanco (f° 93 a 103, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó la reclamación presentada por la actora para el reconocimiento pensional y los actos administrativos que negaron el derecho; respecto de los demás hechos dijo no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación por falta del cumplimiento de los requisitos legales, prescripción, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

En cuanto a la demandas de las terceras ad excludendum se opuso igualmente a las pretensiones cada una de ellas; respecto de los hechos de la señora **Lucy Lara Hernández**, aceptó la calidad de pensionado que ostentaba el causante, la reclamación que presentó la demandante para el reconocimiento pensión de sobrevivientes y la negación de la misma ante la comparecencia de otras personas reclamando el mismo derecho.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación por falta del cumplimiento de los requisitos legales, prescripción, imposibilidad de condena en

costas y la innominada o genérica (f° 456 a 467, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Respecto de los hechos de la señora **Berenice Balcer de Caicedo**, aceptó fecha de fallecimiento del señor Adolfo Pedraza, solicitud presentada por la señora María del Pilar Castiblanco para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y negación a la misma. Como medio de defensa, propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación por falta del cumplimiento de los requisitos legales, prescripción, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (f° 468 a 491, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

ACTUACIONES EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto del 23 de noviembre de 2021, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá ordenó la acumulación del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 11001-33-35-026-2018-00268-00, adelantando por la señora Lucy Lara Hernández y del proceso Ordinario Laboral No. 11001310500420180005500, adelantado por María del Pilar Castiblanco, para ser tramitados conjuntamente (archivo 28, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

El Juez de primera instancia, el día 17 de enero de 2022 (archivo 39, carpeta 1 instancia, exp. digital), profirió sentencia en la que resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que María del Pilar Castiblanco en calidad de cónyuge supérstite tiene derecho al 100% de la sustitución de la pensión causada por el fallecimiento de Adolfo Pedraza Méndez en la misma cuantía que él disfrutaba, a partir del 3 de febrero de 2017, incluidas las mesadas causadas y los reajustes de ley.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones que propuso la UGPP, según lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: ABSOLVER al fondo accionado de la totalidad de las pretensiones que formularon las reclamantes Lucy Lara Hernández y Berenice Balcer de Caicedo.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas UGPP, Lucy Lara Hernández y Berenice Balcer de Caicedo. Se fijan las agencias en derecho en medio salario mínimo a cargo de cada una de ellas.

Para fundamentar su decisión, inició haciendo relación al caso de la señora Berenice Balcer de Caicedo, frente a la cual sostuvo que en su escrito de demanda había señalado que convivió con el pensionado Adolfo Peraza desde 1982, hasta el 3 de febrero de 2017; sin embargo, en su interrogatorio de parte manifestó que convivió con el causante hasta el 05 de noviembre de 2016, fecha en que los hijos del señor Adolfo se lo llevaron de la casa porque este estaba enfermo de un cáncer que padecía; para lo cual podría decirse que la separación entre ellos no fue espontánea sino que su

separación fue producto de la enfermedad que padecía el señor Adolfo, empero de las pruebas recaudadas llegaba a otra conclusión.

Precisó que, de la declaración rendida por la testigo Lilia Peraza Méndez hermana del fallecido Adolfo, se había logrado establecer una situación distinta, siendo una testigo que resultaba ser creíble y quien había señalado que efectivamente entre su hermano y la señora Berenice había existido una relación, pero había sido una relación casual durante mucho tiempo, que se frecuentaban como pareja pero nunca convivieron bajo el mismo techo; que el señor Adolfo había vivido los últimos 10 años de su vida en la casa de sus hermanas Lilia y Mercedes Peraza Méndez y que la señora Berenice le prestaba atención y cuidados, de lo cual se advertía que efectivamente hubo una solidaridad por parte de la señora Berenice, pero no había cumplido con el requisito que exigía la ley, esto es, una convivencia de 5 años continuos al momento del fallecimiento del pensionado.

Paso seguido, hizo referencia al caso de la señora Lucy Lara Hernández, quien había referido que convivió con el pensionado Adolfo Peraza Méndez entre el 12/05/1970, hasta el 02/01/1986 y luego del 23/07/2010, hasta el 03/02/2017; que al revisarse la prueba documental traída al plenario, se tenía que las órdenes médicas y la historia clínica daban cuenta que el fallecido Adolfo era acompañado por alguna de sus hijas a las citas médicas; que había sido afiliado a una entidad llamada «EMI» por parte de ellas, quedando comprobado que las atenciones que recibió el causante venían del grupo familiar conformado por sus hijos, pero no por la señora Lucy Lara Hernández.

Agregó que, había evidenciado contradicciones en las declaraciones vertidas por la señora Lucy Lara Hernández como en la solicitud que presentó ante la UGPP al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues allí había manifestado que la convivencia se había dado desde el 22 de marzo del año 1970, hasta 3 de febrero del año 2017, pero luego al presentar la demanda sostuvo que la convivencia tuvo 2 periodos, desde el 12 /05/1970, hasta el 02/01/1986 y del 23/07/2010, hasta el 03/02/2017; que al ser indagada al respecto, manifestó que habían tenido desavenencias y por eso se separaron en el año 1986, pero que posteriormente se volvieron a reconciliar y al ser preguntada sobre la fecha en que se reconciliaron dijo que había sido el 23 de julio de 2012; al preguntarle nuevamente por la fecha, insistió que era el año 2012, hasta que finalmente dijo que había sido en el año 2010, por lo que advertía el juzgador que la demandante no tenía clara la fecha.

Acotó que, también se había tenido conocimiento de que la actora Lucy Lara Hernández había estado casada con el señor Ernesto Alfonso Cruz Vargas, que de hecho en su escrito de demanda, tal vez por un lapsus del apoderado varias veces se había referido al señor Ernesto Alfonso Cruz Vargas en vez de referirse al señor Adolfo Peraza Méndez, asimismo, la señora Lucy había confesado que en el año 1988, contrajo

matrimonio con el señor Ernesto Alfonso Cruz Vargas y que se había separado de él en el año 2010, evidenciándose que la demanda de divorcio se presentó en el año 2010, pero el divorcio como tal se había dado hasta el año 2018, es decir, con posterioridad al fallecimiento de Adolfo Peraza Méndez.

Arguyó que, en este punto se hacía necesario nuevamente traer a colación la declaración rendida por la señora Lilia Peraza Méndez hermana del fallecido, quien había dicho con total lucidez que su hermano había convivido con ella durante los últimos 10 años de su vida y que era asistido en su enfermedad por la señora Berenice Balcer de Caicedo o por sus hermanas, que había vivido en su casa hasta el 05/11/2016, fecha en que se lo llevaron los hijos Miguel Albeiro y Deisy Peraza Lara; que si bien había evidenciado una animadversión de la testigo con la señora Lucy Lara Hernández, lo cierto era que eso no desacreditaba su declaración, ya que resultaba acertado su dicho; además, no había notado un interés por parte de ella con el ánimo de perjudicar a la señora Lucy o a cualquier otra, siendo muy precisa la declarante en señalar que el señor Adolfo Peraza Méndez no tenía una pareja con la que conviviera en sus últimos 5 años de vida, lo cual se ratificaba con las contradicciones en las que había incurrido la señora Lucy Lara Hernández al momento de absolver el interrogatorio de parte.

Resaltó que, se había traído como testigo al señor René Moreno Forero, yerno de la señora Lucy Lara Hernández, quien no había sido congruente en su relato, pues había acomodado sus respuestas según le convenía, en algunos casos había dicho no tener conocimiento y no precisó fechas; es más en algunas partes había dicho que el señor Adolfo los visitaba de vez en cuando, lo que daba a entender que el señor Adolfo no convivía con Lucy, simplemente llegaba a visitar a sus hijos, además si se tenía la fecha inicial que había dado la señora Lucy en la que nuevamente había comenzado a convivir con el causante 23/07/2012, hasta el 03/02/2017, no se reunía los 5 años que exigía la ley, siendo la razón por la que la señora Lucy cuando cae en cuenta de esa situación cambió la fecha para el año 2010; de otro lado, se tenía que la señora Lucy se había casado en el año 1988, con el señor Ernesto Alfonso Cruz Vargas, por lo que se preguntaba ¿cuándo había dejado de convivir con él?, máxime si se tenía en cuenta que el divorcio se produjo hasta el año 2018. En cuanto a los testimonios de Omar Roa Murillo y María del tránsito Arévalo, adujo que no habían aportado nada para las resultas del proceso.

Por último, en cuanto a la demandante María del pilar Castiblanco, señaló que había contraído matrimonio católico con el causante el 24/10/1971; que juntos habían procreado a Mabel y Sindy Peraza Castiblanco quienes nacieron en 1971 y 1973 respectivamente; que a la fecha del fallecimiento de Adolfo Peraza el vínculo matrimonial aún se encontraba vigente; que de acuerdo con lo dicho por la testigo Lilia Peraza Méndez se había dicho que la señora María del Pilar Castiblanco había convivido con el

causante hasta el año 1982, cuando la abandonó; en consecuencia, al haberse acreditado la convivencia con en el pensionado fallecido en cualquier tiempo y mantener el vínculo matrimonial, daba lugar al reconocimiento pensional en un 100%, en una cuantía que aquel disfrutaba a partir del 03/02/2017, incluida las mesadas causadas y los reajustes de ley.

Declaró no probada la excepción de prescripción, frente a lo cual refirió que la demanda se presentó el 26/01/2018, es decir dentro de los 3 años siguientes al fallecimiento del pensionado.

RECURSO DE APELACIÓN

La señora **Berenice Balcer de Caicedo** interpuso recurso de apelación, en el que argumentó que no se había evaluado de manera consciente cada uno de los testimonios, donde se había logrado evidenciar que efectivamente había convivido varios años con el causante y hasta tanto la voluntad de ella como del señor Adolfo se lo permitieron; que los declarantes habían sido contundentes en manifestar que asistían a eventos, organizaban actividades cotidianas, sociales, familiares, es más la hermana del señor Adolfo, doña Lilia quien en su momento habló de una amistad, más adelante indicó que sí habían sido pareja.

Arguyó que, dentro del acervo probatorio se encontraba historia clínica del causante en la cual se podía ver que ella acudía como su acompañante y en calidad de compañera permanente del señor Adolfo, de igual manera existía la certificación de la póliza exequial donde el causante estaba vinculado en calidad de compañero, documentos que eran legítimos y expedidos por las entidades encargadas; que en cuanto a la ausencia de la señora Berenice al momento de la muerte de su compañero no había sido por voluntad de ellos, sino que había sido por decisión arbitraria por parte de los hijos del fallecido; de igual modo, la norma establece que para el reconocimiento al cónyuge o compañero permanente que no haya habitado bajo el mismo techo del causante, es posible siempre que exista una causa justificada para la separación conforme lo señala la sentencia T 197 – 2010.

Precisó que, la Corte Suprema de Justicia bajo los radicados 39464 del 31/08/2010 y 42792 del 28/11/2011, confirmó que la convivencia entre los cónyuges no desaparecía por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurriera por motivos justificables como la salud, obligaciones laborales o económicas, entre otros.

La **UGPP** también interpuso recurso de apelación el cual sustentó en que, con base en las pruebas allegadas ante la entidad, se había evidenciado que existía una controversia en la convivencia de las solicitantes con el causante, por lo cual no había sido posible reconocer la pensión de sobrevivientes hasta tanto la justicia ordinaria se

pronunciará al respecto, dado que lo anterior era una determinación que no se podía tomar al libre albedrío, debiéndose estudiar de fondo tanto los hechos como las pruebas aportadas por cada una de las partes, en ese orden de ideas, los actos administrativos proferidos por la entidad habían estado ajustados a derecho; por lo tanto, no podía ser condenada al pago de las costas procesales, toda vez que era indispensable el fallo emitido por esa jurisdicción y por eso la entidad atendiendo el principio de unidad y sostenibilidad financiera del sistema presentó oposición y negó rotundamente las pretensiones de la demanda y de las beneficiarias vinculadas al juicio.

La señora **Lucy Lara Hernández**, igualmente interpuso recurso de apelación solicitando le sea reconocido el derecho pensional, teniendo en cuenta que la decisión proferida por el Juez no se le dio valor probatorio a las pruebas documentales aportadas, por el contrario, se dio total credibilidad al testimonio de la señora Lilia Peraza quien había caído en imprecisiones; que no se tuvo en cuenta que tanto la esposa del causante, como la señora Berenice Balcero expresaron conocer a la señora Lucy Lara y las mismas expusieron que falleció en casa de ella.

Recalcó que, el juzgador había señalado que el testimonio del señor René Moreno no era creíble por expresar que de vez en cuando el señor Adolfo visitaba a sus hijos, situación que había sido malinterpretada, ya que era claro que se refería a las visitas que él hacía hacia su otra hija, en cambio había dado fe de que el señor Adolfo había convivido con la señora Lucy Lara Hernández para el momento de su muerte, quien falleció en su casa. De otro lado, el *a quo* pudo notar que la señora Pilar había acreditado 2 años de convivencia con el causante, no siendo razonable que se completará los otros años faltantes con lo dicho por la señora Lilia.

Puntualizó que, el fallador de primer grado había dicho que todas las pruebas documentales aportadas daban cuenta de que el señor Adolfo era acompañado por su grupo familiar a las citas médicas, restándole valor probatorio a la prueba obrante a folio 40 del expediente digital, que consistía en la declaración realizada por la causante ante la unidad de pensiones con su puño y letra, donde se expresó claramente su deseo de dejarle la pensión a la señora Lucy Lara Hernández, documento que no había sido tachado de falso en ningún momento por las demás sujetos procesales, concluyéndose que era auténtico y legal en virtud de lo establecido en los artículo 243 y 257 del CGP.

Añadió que, con lo anterior se permitía inferir que la demandante había convivido con señor Adolfo, como lo había manifestado en su interrogatorio de parte atendiéndolo en su lecho de muerte, en ese orden de ideas se debió reconocerse en una porción o en su totalidad la pensión, ya que no había sido una relación esporádica, era su compañera sentimental del 23/07/2010 al 03/02/2017; que si bien se había dicho que la actora se contradecía en los extremos de la segunda convivencia que surgió entre

ellos, al verificarse la declaración de la señora Lilia Peraza se podía evidenciar que dijo que Lucy Lara había convivido con el señor Adolfo por más de 40 años.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá los recursos interpuestos por las demandantes Berenice Balcero de Caicedo y Lucy Lara Hernández, y la entidad demandada UGPP, en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por los apelantes, así como en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala de decisión a determinar lo siguiente: **i)** si las señoras Berenice Balcero de Caicedo y Lucy Lara Hernández acreditaron el requisito de convivencia previsto en el Ley en calidad de compañeras permanentes del señor Adolfo Peraza Méndez, asimismo, si la demandante María del Pilar Castiblanco cumplió los requisitos para acceder al derecho pensional en calidad de cónyuge del pensionado fallecido; **ii)** en caso de acreditarse el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional reclamado, se verificará si operó o no el fenómeno prescriptivo y si hay lugar a la condena en costas.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Adolfo Peraza Méndez falleció el 3 de febrero de 2017; **ii)** que mediante resolución 24321 del 16 de octubre de 2001, se reconoció a favor del señor Adolfo Peraza Méndez la pensión de vejez en cuantía de \$600.066,82, efectiva a partir del 13 de febrero de 2000; **iii)** que el 7 de marzo de 2017, la señora María del Pilar solicitó ante la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge, solicitud que fue negada mediante resolución DP017890 del abril de 2017; **iv)** que ante la negativa de la entidad la señora María del Pilar interpuso los recursos de ley, los que fueron resueltos mediante actos administrativos RDP025761 del 21 de junio de 2017 y RDP029591 del 24 de julio del mismo año, en las que se confirmó la negativa para acceder al derecho pensional por no cumplir con los 5 años de convivencia con el causante anteriores al fallecimiento y por existir controversia con otras reclamantes; **v)** que mediante resolución RDP15740 del 8 de abril de 2017, la UGPP negó la pensión a las demandantes Berenice Balcero de Caicedo y Lucy Lara Hernández; **vi)** que la señora María del Pilar Castiblanco y el señor Adolfo Peraza Méndez contrajeron matrimonio católico el día 24 de octubre de 1971, **vii)** que la unión se procrearon dos hijos de nombres Mabel Soranyi y Cindy Peraza Castiblanco (fº 9 a 31, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. digital); y **viii)** que el causante con la señora

Lucy Lara Hernández tuvo 5 hijos de nombres Mary Luz, Deysy, Diana Maritza, Miguel Albeiro y Carol Milena (f° 125 a 129, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. digital).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, tratándose del estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto ocurrió el 3 de febrero de 2017, de manera que la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Negrilla fuera del texto original)

(...)

Dado que es un hecho indiscutido que el causante ostentaba la calidad de pensionado desde el 13 de febrero de 2000, surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala lo siguiente respecto de la compañera o compañero permanente supérstite:

ARTÍCULO 47. 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;

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 este. 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.

<Aparte subrayado condicionalmente exequible> 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 de lo 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 y subrayado fuera del texto original).

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «*además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido*».

Como se observa, las disposiciones precitadas establecen como requisito para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la **compañera permanente** de un pensionado, la acreditación de **una convivencia real y efectiva de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos anteriores a la fecha del deceso**, cuestión que ha sido ratificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en numerosas sentencias, entre ellas, CSJ SL4340-2022, CSJ SL 2768-2022 y CSJ SL 476-2022.

Respecto de la **cónyuge** que a pesar de haberse separado de hecho **mantiene su vínculo matrimonial vigente**, podrá acceder al derecho pensional, siempre y cuando haya demostrado una **convivencia no inferior a 5 años en cualquier tiempo**, tal y como se recordó por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2257-2022, en la que dijo:

Sobre el particular ha enseñado la Sala que el cónyuge separado (a) 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.º del literal b) antes transcrito. Así lo han previsto, entre otras decisiones, las sentencias CSJ SL966-2021 y CSJ SL359-2021, que reiteran distintos fallos, entre ellos varios anteriores a la fecha de la decisión confutada, por lo cual hacían ya parte de los supuestos jurídicos que debían acompañar la sentencia:

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.

Ahora, respecto de la demostración de la convivencia, la alta Corporación de cierre de la jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL913-2023, recordó que entre el fallecido y el compañero o compañera debe forjarse una comunidad de vida

estable y permanente, en cohabitación y con la firme intención de conformar una familia y un hogar, señalando:

Al respecto, esta corporación ha considerado de antaño que la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho pensional, entendiendo por este concepto como:

[...] 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 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, reiterada en CSJ SL1399-2018).

De manera que la convivencia entraña una comunidad de vida estable, donde aflora el apoyo espiritual y físico, el afecto, socorro, ayuda y respeto mutuo, guiado por un destino común; lo cual descarta relaciones furtivas, casuales o esporádicas, y también aquellas que, pese a resultar prolongadas, no comportan realmente una comunidad de vida.

Frente a la convivencia, como presupuesto necesario para acceder a la pensión de sobrevivientes, en decisión CSJ, 12 dic. 2007, rad. 31569, se recordó su importancia a lo largo de las diferentes normativas que han regulado ese derecho, así:

La hermenéutica del Tribunal, atacada por el impugnante, corresponde a la jurisprudencia de esta Corte, que en reiteradas decisiones ha explicado que la pensión de sobrevivientes tiene un incuestionable soporte teleológico: la protección de la familia. Y familia no es forma, sino substancia. No es apariencia o virtualidad, sino realidad. Por ello, el legislador ha privilegiado al cónyuge o compañera(o) supérstite que integra verdaderamente el núcleo familiar del fallecido, cuando aquél pretende disfrutar de esta prestación. Así lo hizo con relación a las viudas desde la Ley 33 de 1973, cuando esta normativa consagró el carácter vitalicio del derecho de sustitución pensional (hasta ese momento era de 5 años). A esa prestación podía acceder, sin embargo, si la beneficiaria demostraba que ella y su consorte vivían “unidos en la época del fallecimiento del marido”, a menos que en caso de ruptura de la convivencia acreditara el abandono injustificado del hogar por parte de su esposo, o que éste hubiere “impedido su acercamiento o compañía”. El disfrute perpetuo se supeditaba a la permanencia en ese estado de viudez y a que no se le comprobara “amancebamiento público”, según las voces del Decreto Reglamentario 690 de 1974. La convivencia también fue requisito en la Ley 12 de 1975 e igualmente en la Ley 44 de 1980, aun cuando estableció una presunción del estado de avenencia a favor de la cónyuge para “facilitar el traspaso” de la pensión. Extendida la prestación a los viudos y compañeros, también se exigió la unidad de la pareja en el Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988.

En cuanto a la Ley 100 de 1993, en sentencia del 10 de mayo de 2005 (radicación 24445) tuvo oportunidad la Sala de Casación Laboral de explicar los alcances de la finalidad de la pensión de sobrevivientes. Así se pronunció la Corte:

“El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge o compañero permanente supérstite son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los equipara en razón a la condición que les es común para ser beneficiarios: ser miembros del grupo familiar. No significa ello que se desconozca la trascendencia de la formalización del vínculo en otros ámbitos, como para la filiación en el derecho de familia, o para quien lo asume como deber religioso por su valor sacramental, sino que se trata de darle una justa estimación a la vivencia familiar dentro de las instituciones de la seguridad social, en especial la de la pensión de sobrevivientes, que como expresión de solidaridad social no difiere en lo esencial del socorro a las viudas y los huérfanos ante las carencias surgidas por la muerte del esposo y padre; es obvio que el amparo que ha motivado, desde siglos atrás, estas que fueron una de las primeras manifestaciones de la seguridad social, es la protección del grupo familiar que en razón de la muerte de su esposo o padre, o hijo, hubiesen perdido su apoyo y sostén cotidiano, pero no para quien esa muerte no es causa de necesidad, por tratarse de la titularidad formal de cónyuge vaciada de asistencia mutua.

“La preponderancia del elemento formal en la constitución de la familia, como mecanismo concebido por el legislador de siglos anteriores para proteger la unidad familiar, por fuerza de la evolución social, ha venido cediendo espacio a favor del concepto de familia forjado en la realidad de la solidaridad cotidiana. Primero en el ámbito de la seguridad social, el artículo 55 de la Ley 90 de 1946 mandaba tener por viuda a la mujer [incluso a las mujeres] con quien el asegurado haya hecho vida marital; luego en el campo del derecho civil, la ley 54 de 1990 protege a familia constituida por la comunidad de vida permanente y singular; y en 1991, el artículo 42 del ordenamiento superior extiende el reconocimiento constitucional a la familia que se integre bajo “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla”.

“En este contexto, en el que, como ya se advirtió, es la efectiva convivencia al momento de la muerte la que viene a legitimar el derecho de los beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes, ha de interpretarse, de otra parte, el artículo 7º del decreto 1889 de 1994 cuando, en el aparte no declarado nulo por el Consejo de Estado, establece que “para los efectos de los literales a) de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993 y 49 del decreto 1295 de 1994, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer término, el cónyuge. A falta de éste, el compañero o compañera permanente” (subraya la Sala), vale decir, que se entiende que “falta” el cónyuge cuando éste no cumple con el referido requisito de la convivencia o vida marital con el causante por el tiempo a que alude la norma. Ello por cuanto, se repite, el derecho a la pensión no se tiene en razón de un vínculo matrimonial, sino en razón de la real convivencia”.

*En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la pensión de sobrevivientes propende, fundamentalmente, por proteger a la familia del causante de los perjuicios económicos derivados de su muerte, evitando así que el (la) cónyuge o compañero (a) supérstite se vea obligado (a) a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento, **tal finalidad u objetivo de esta prestación solo se cumple o se materializa si entre el finado y el beneficiario existió una verdadera vida de pareja con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, requisito este que «se constituye en el criterio que ha de apreciarse cuando el juzgador se aplique a la tarea de definir la persona con vocación legítima para disfrutar de la pensión de sobrevivientes, a raíz de la muerte de su consorte o compañero»** (CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 33136).*

*Esta convivencia, inclusive, puede presentarse entre parejas que, de forma excepcional, no cohabiten bajo el mismo techo, debido a circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares que lo justifiquen, **siempre que se mantenga la comunidad de vida y subsistan los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua** (CSJ SL3813-2020).*

***Por consiguiente, la convivencia, entendida como la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, «es el elemento central y estructurador del derecho» (CSJ SL1399-2018), requisito que, en vigencia de la Ley 797 de 2003, para la compañera es de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado.** (Negrillas y subrayados fuera del texto original).*

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si las actoras cumplen con el requisito de la convivencia con el pensionado.

Por su parte, la señora **Lucy Lara Hernández** en su interrogatorio de parte, empezó por señalar que convivió con el señor Adolfo desde el año 1970, hasta el día de su fallecimiento; que tuvieron un lapso de tiempo en el que se separaron, pero volvieron a unirse el 23/07/2012, posteriormente, sostuvo que había sido en el año 2010, al preguntarle de nuevo el Juez a partir de qué fecha habían vuelto, insistió en que había sido para el año 2012, pero más adelante ratificó que había sido a partir del año 2010, indicando que habían estado separados alrededor de 10 años; que se veían en casa de

sus hijos y celebraban juntos los cumpleaños, hasta que decidieron volver; que estuvieron un tiempo viviendo en la Florida, después con su madre en el Simón Bolívar y luego se fueron a vivir al sur de la ciudad de Bogotá.

Narró que, el señor Adolfo tuvo 5 hijos; que el pensionado falleció en su casa; que estuvo casada con el señor Ernesto Alfonso Cruz Vargas, contrayendo nupcias en el año 1988, pero que en el año 2010, se divorció de él; aseguró que quien acompañaba a las citas médicas al señor Adolfo eran sus hijas y su hijo Miguel; que cuando se separó en el año 1986, del señor Adolfo él se fue a vivir con sus hermanas Lilia y Mercedes en el barrio las ferias de la ciudad de Bogotá.

La señora Berenice **Balcero de Caicedo** manifestó en su interrogatorio de parte que convivió con el señor Adolfo desde el 15/04/1983, hasta que vinieron sus hijos y lo sacaron de su casa el 05/11/2016; que el causante le había dicho que se sentía solo porque sus hijos no lo visitaban, razón por la que decidió llamar a su hija Deysi Peraza y le dijo que visitará a su padre porque estaba muy grave y fue cuando se lo llevaron de la casa, comprometiéndose que lo iban a dejar ver y que lo iban a regresar, pero le quitaron el teléfono y no lo dejaron comunicarse más con ella.

Relató que, antes de convivir con el señor Adolfo había estado casada, contrayendo matrimonio en el año 1970, persona con la que había tenido 2 hijos, pero la abandonó; que con el señor Adolfo vivieron en la carrera 68 D 67- 39, barrio Bellavista de la ciudad de Bogotá; que conoció que al causante había tenido otras parejas anteriores a ella Lucy y Pilar; que la señora Lucy había estado en su casa celebrándole los 15 años a su hija Mary Luz.

La señora **María del Pilar Castiblanco** declaró que contrajo matrimonio con el señor Adolfo el 24/10/971; que convivieron juntos hasta el 2 de junio del año 1981; que recordaba con claridad esa fecha, porque ese mismo día fue hasta donde la hermana del señor Adolfo, la señora Lilia y le comentó lo que estaba pasando; que el causante la había abandonado, se había llevado las niñas y solo la había dejado con lo que tenía puesto; que tenía conocimiento que con posterioridad el señor Peraza había tenido otras parejas como la señora Lucy y la señora Berenice, pero que no sabía con exactitud cuánto tiempo duró con ellas; que a pesar de su separación nunca perdió contacto con él; que lo visitaba en la casa de su cuñada donde había vivido por 10 años, como también había vivido donde su otra hermana Mercedes.

También se escucharon los testimonios de Lilia Peraza Méndez, Reinel Moreno Forero, Omar Roa Murillo y María del Tránsito Arévalo.

Lilia Peraza Méndez refirió que era hermana del causante; que conoció a la señora Berenice quien fue su vecina toda la vida y tuvo una amistad con su hermano;

que iba al apartamento arreglarle la ropa, llevarlo al médico y hacerle todo lo que necesitaba cuando estuvo muy enfermo; que esa amistad era de pareja, pero no vivían bajo el mismo techo, hacían cosas juntos como ir a reuniones y paseos.

Recalcó que, también conocía a la señora Lucy Lara, pero su hermano vivía muy resentido con ella porque le hizo muchos males, le adjudicó 2 hijos, uno de ellos le hizo una estafa antes de morir, le sacó un préstamo por \$28.000.000, le gastaron todo lo que tenía en el banco y lo dejaron en un cuarto encerrado sin ninguna comunicación; que la señora Lucy tenía una casa en la 171 y lo pasaban de la 171 a la 201, donde vivían sus hijos.

Precisó que, su hermano había convivido con la señora Lucy Lara como unos 40 años; que el señor Adolfo la conoció en una «*taberna*» donde ella trabajaba y le desbarató por completo el matrimonio, le quitó la casa que era de las hijas y de la esposa, y la vendió y compró donde actualmente vive; que vivió con su hermano los últimos 10 años; que su hermano se fue a vivir con ella porque la señora Lucy Lara le hizo la vida imposible agrediéndolo, lo echó de la casa que era de él, iba a la Imprenta Nacional donde él trabajaba y le hacía escandalo; que los últimos 5 años de vida del señor Adolfo vivió en su casa a veces se quedaba donde la señora Berenice, debido a que cuando le hacían las quimioterapias quedaba muy exhausto y se le dificultaba subir al tercer piso donde vivían, la señora Berenice lo atendía y después lo dejaba en su casa nuevamente.

Precisó que, para la fecha de fallecimiento de su hermano, él vivía en la casa de la señora Lucy, porque sus hijos Deisy y Albeiro lo sacaron de la casa de Berenice, llevándolo con engaños el día 03/11/2016, concretando que su hermano vivió en su casa desde el año 2008, hasta el 03/11/2016; que el señor Adolfo también vivió con su hermana Mercedes en la calle 68 con carrera 72, en el barrio las Ferias de la ciudad de Bogotá; que su hermano vivió con la señora María del Pilar 10 años más o menos, que fue cuando la abandonó para irse con la señora Lucy.

Reinel Moreno Forero dijo que es pareja de la señora Maritza Peraza Lara, hija del causante y la señora Lucy Lara, que conoció al señor Adolfo en el año 2004, que para esa época estaba separado de la señora Lucy, pero volvieron para el año 2010, que vive de 5 a 10 minutos de donde vivía la señora Lucy con el causante; que antes del fallecimiento del señor Pedraza su esposa era quien lo llevaba a las consultas y a las terapias, pero para ese entonces el causante vivía en la casa de la señora Lucy en la calle 63, en casa grande.

Omar Roa Murillo relató que conoció al señor Adolfo más o menos 40 años, porque vivían en el mismo barrio; que conoció a la señora Berenice quien era pareja del causante con quien duró aproximadamente 35 a 40 años; que los veía juntos siempre;

que vivían bajo el mismo techo; que una vez lo invitaron almorzar; que el señor Adolfo se lo llevaron mientras vivía con Berenice y murió en una casa en el sur.

María del Tránsito Arévalo acotó que conoció al señor Adolfo el 18 de febrero de 1975; que era el esposo de la señora Berenice, que ello le constaba porque eran vecinas; que el señor Pedraza y la señora Berenice convivieron juntos en la casa de los papas de Berenice que quedaba cerca a su casa, pero que, para noviembre de 2016, no volvió a ver al señor Adolfo; que la pareja no tuvo hijos.

Llegados a este punto, coincide esta Sala de decisión con los fundamentos esbozados por el Juez de primera instancia para negar el reconocimiento pensional de las señoras Berenice Balcer de Caicedo y Lucy Lara Hernández, en calidad de compañeras permanentes del señor Adolfo Pedraza, pues de la prueba testimonial resulta relevante lo dicho por la señora Lilia Peraza Méndez hermana del pensionado fallecido, ya que se trata de su propia hermana y quien presencio muchos aspectos importantes de la vida del señor Adolfo; de manera que, su dicho fue indicativo para decidir la controversia planteada en el presente litigio, pues con seguridad manifestó que si bien el señor Pedraza había tenido una relación sentimental con la señora Berenice, la misma había sido esporádica, por lo que nunca habían convivido juntos, asegurando que el causante vivió en su casa desde el año 2008, hasta el mes de noviembre de 2016, cuando sus hijos se lo llevaron y, si bien refirió que se lo llevaron de la casa de la señora Berenice, preciso que él se quedaba allí en ocasiones cuando recibía los tratamientos de quimioterapia, pero que no era su lugar de residencia.

Bajo ese entendido, si bien la jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que *«[...] ciertas separaciones físicas por razones de salud, laborales, económicas o legales, entre otras, no rompen necesariamente el vínculo afectivo, ni la vocación de convivencia que se pueda predicar de quienes deciden consolidar su unión de pareja»*, tal como se indicó en sentencia CSJ SL2767-2022, en la que se trajo como referencia las sentencias CSJ SL, 28 oct. 2009, rad. 34899; CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 34415, ello se da cuando se encuentra plenamente demostrado que la pareja se encontraba conviviendo bajo el mismo techo y la separación se dio por las excepciones planteadas por la citada jurisprudencia, lo cual no ocurre en el caso aquí estudiado como lo precisó la testigo Lilia Peraza.

Ahora bien, aun cuando la señora Berenice arguyó en su recurso que con la historia clínica y el certificado de póliza exequial se podía dar cuenta que en efecto se acreditó la convivencia requerida y con ello su calidad de compañera permanente del causante, verificada la documental anexa no resulta suficiente para llegar a dicha conclusión, pues sin desconocer su autenticidad y lo consignado en las mismas en las que se refiere al señor Adolfo como su compañero (f° 211, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), lo cierto es que para dar fortaleza a lo allí señalado era necesario

que a través de otros medios de convicción se estableciera la convivencia efectiva entre la pareja, lo cual brilla por su ausencia, ya que con lo dicho por la señora Lucy se desvirtuó el contenido de las mismas, lo cual tampoco se logró establecer por parte de los testigos Omar Roa Murillo y María del Tránsito Arévalo.

De otra parte, se tiene que si bien el señor Roa Murillo dijo que los veía compartiendo juntos, no dio mayores detalles sobre la vida en pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que permite establecer que realmente existía una comunidad de vida en pareja.

De otro lado, aun cuando la señora Arévalo indicó que el señor Adolfo vivía en la casa de los papas de la señora Berenice, esta afirmación tampoco resulta ser suficiente, teniendo en cuenta la versión dada por la señora Lilia, quien dijo que el señor Adolfo se quedaba en la casa de la señora Berenice cuando recibía los tratamientos de quimioterapia, lo cual no es concluyente para afirmar inequívocamente que en efecto vivían en el mismo domicilio; además, debe tenerse en cuenta que estos encuentros también ocurren hoy en día en los noviazgos y que no necesariamente significa que estén construyendo un proyecto familiar en común, requisito indispensable para el reconocimiento pensional.

En lo que respecta a la señora Lucy Lara Hernández, no encuentra esta Sala de decisión argumentos sólidos por los cuales deba revocarse lo decidido por el sentenciador de primer grado; si bien refirió que la señora Lilia había caído en imprecisiones en su relato, no señaló con exactitud cuáles habían sido sus vaguedades. En cuanto a lo manifestado por la señora Lilia de que la señora Lucy había mantenido una relación con el señor Pedraza por 40 años, por sí solo no puede entenderse que en efecto se dieron en los dos tiempos de convivencia a los que aludió la señora Lucy en su declaración, debiendo resaltarse que, en su relato sí se notó impresiones respecto del año en que supuestamente había vuelto con el causante, ya que en principio dijo que lo fue en el año 2012, para después rectificar que había sido en el año 2010, percibiéndose de lo dicho por la señora Lilia que el señor Adolfo mantuvo una relación simultanea entre la señora María del Pilar y la señora Lucy, lo cual da luces de los 40 años a los que se refirió en su afirmación, pero que de ningún modo corresponden a los últimos 5 años de vida del pensionado.

Aunado a ello, verificada en su totalidad la declaración, lo que se logra apreciar es que el señor Adolfo si bien se encontraba viviendo en casa de la señora Lucy para el momento del deceso, no lo fue como su compañero, sino por las atenciones que estaba recibiendo por parte de sus hijos para llevar a cabo los padecimientos de su enfermedad, pues ella misma precisó que quien lo acompañaba a las citas y terapias médicas eran sus hijas y su hijo Miguel. En lo que respecta a declaración del causante ante la UGPP (f° 357, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), no es tampoco suficiente para

establecer que en efecto acredita los requisitos exigidos por ley, de manera que, para que dicho documento tuviera la fuerza necesaria para consolidar el derecho que quiso dejar el pensionado a favor de la demandante, se necesitaba que fuera ratificado con el tiempo de convivencia exigido normativamente, lo cual no ocurrió.

De otro parte, en cuanto al testimonio del señor Reinel Moreno Forero del mismo no se logra una conclusión distinta a la ya señalada; si bien refirió bajo la gravedad de juramento que la señora Lucy y el señor Adolfo regresaron en el año 2010, llama la atención que también señaló que era su esposa, es decir, la hija del causante quien lo llevaba a las consultas y a las terapias, lo cual ratifica lo dicho por la señora Lilia; que el regreso del señor Pedraza a la casa de la señora Lucy lo fue con una intención distinta a la que sostiene la demandante como compañeros.

Bajo los anteriores fundamentos, a juicio de la Sala, las recurrentes no acreditan el requisito necesario para acceder a la pensión pretendida. Debe recordarse que, el hecho de que el juez haya edificado su decisión en un determinado caudal probatorio, no conduce a que con ello incurra en error, puesto que los jueces laborales tienen la facultad conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, de apreciar libremente los diferentes medios de convicción, en ejercicio de las reglas de la sana crítica, pudiendo escoger dentro de las probanzas allegadas al informativo, aquellas que mejor los persuadan, sin que esa circunstancia, por sí sola, tenga la virtualidad para establecer que no se tuvo en cuenta los demás medios probatorios allegados.

En lo concerniente a la señora **María del Pilar Castiblanco** al contar con un vínculo matrimonial vigente con el señor Adolfo Pedraza para el momento de su deceso, y haber acreditado una convivencia desde el 24 de octubre de 1971, al año 1981, como lo afirmó la señora Lilia al mencionar que su hermano vivió con ella 10 años y que su separación se produjo por la relación que tenía a su vez con la señora Lucy, aspecto que da lugar al reconocimiento pensional de acuerdo a la cita jurisprudencial previamente señalada, sin que exista motivos suficientes para desvirtuar el dicho de la señora Lilia respecto al extremo final de esa relación.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que tal fenómeno no alcanzó a prosperar, como quiera que la causación del derecho surgió el 3 de febrero de 2017, momento en que falleció el señor Adolfo Pedraza Méndez, la señora María del Pilar Castiblanco solicitó el reconocimiento pensional el 7 de marzo de 2017 y la demanda se instauró el 26 de enero de 2018 (f° 32, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital) notificandose a la UGPP el 27 de agosto de 2018 (f° 46, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), esto es durante el término establecido en el artículo 94 del CGP, lo cual demuestra que no se superó los 3 años de que trata el artículo 151 del CPTSS.

Costas en primera instancia – apelación parte demandada

En cuanto a la condena en costas a la UGPP en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencidas en juicio en tanto tiene que reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la señora María del Pilar Castiblanco; además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda debe ser condenada en costas.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandantes Berenice Balcer de Caicedo, Lucy Lara Hernández y de la UGPP, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de las demandantes Berenice Balcer de Caicedo, Lucy Lara Hernández y de la UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



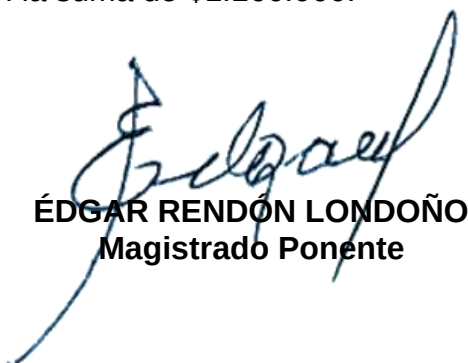
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las demandantes Berenice Balcer de Caicedo y Lucy Lara Hernández en la suma de \$580.000, a cada una, y a cargo de la UGPP en la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105005201900817-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NORMA VIVIANA OROZCO RIVERA
DEMANDANDO	- SUPERNUMERARIOS S.A.S - FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE AMÉRICA

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora NORMA VIVIANA OROZCO RIVERA se **declare** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre ella y la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE AMÉRICA, que la labor para la cual fue contratada, a través del intermediario SUPERNUMERARIOS S.A.S era propia de la universidad mencionada; que se declare la solidaridad legal entre las dos empresas vinculadas al proceso en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones; que se encontraba cobijada por el fuero de estabilidad laboral reforzada por su estado de salud al momento del despido y, por ende, la parte pasiva debió solicitar autorización ante el Ministerio de Trabajo para terminar la relación laboral, que en consecuencia el despido fue ilegal.

Igualmente, solicitó que se condene a las demandadas, al reintegro en un cargo de igual o mejores condiciones que el que desempeñaba para el momento del despido, el pago de salarios causados entre el despido y el reintegro efectivo, prestaciones sociales, vacaciones del mismo tiempo, la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el pago de intereses moratorios sobre las sumas resultantes, indexación de los montos ordenados, costas procesales y los derechos que en aplicación de los principios *ultra* y *extra petita* resulten probados.

De manera subsidiaria solicitó que el despido sea declarado injusto y, por ende, se condene a la pasiva al pago de la indemnización del artículo 64 del CST, la sanción

moratoria por no pago de acreencias y prestaciones a la terminación del vínculo del artículo 65 del CST, el pago de intereses moratorios e indexación de las sumas resultantes, costas procesales y los derechos probados de acuerdo con las facultades *ultra y extra petita*.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 95-107 archivo 01 carpeta 1ª inst, exp digital), señaló que ingresó a laborar en la empresa de servicios temporales SUPERNUMERARIOS S. A. S. el 31 de enero de 2014, con el objeto de atender el incremento en las actividades académicas y administrativas con ocasión de la renovación de registro calificado de los programas de la Fundación Universidad de América; que desempeñó el cargo de Técnico de Archivo y Asistente Administrativo; que firmó 4 contratos con EST en los siguientes lapsos: i) del 31/01/2014 al 19/12/2014; ii) del 15/01/2015 al 18/12/2015; iii) del 10/01/2017 al 17/12/2015; y iv) del 9/01/2018 al 09/02/2018; y que al terminar la relación laboral su salario correspondía a \$973.059.

Narró que, sus funciones como asistente administrativa eran elaborar certificados para estudiantes activos, retirados y graduados, elaborar oficios para el ingreso y salida al archivo central de algunas carreras y recibir insumos de papelería, pero su contrato no fue cambiado pese a ya no realizar solo labores de archivo; que recibía órdenes de María Clemencia Rojas, Directora de Registro Académico de la Fundación Universidad de América, quien era la persona encargada de indicarle horario de entrada y salida y las labores específicas que debía realizar; que a principios de enero del 2018, se empezó a sentir mal, con desanimo, ansiedad, ideas obsesivas sobre la muerte, que dormía y comía muy poco, razón por la cual, se remitió con el Coordinador de Servicio de Psicología de la universidad en la que prestaba servicios, el señor Carlos Hernando Espinosa, quien por correo, el 16 de enero de 2018, le envió archivos contentivos de ayudas para controlar la ansiedad; que el 5 de febrero de igual año, decidió acudir al médico, donde fue diagnosticada con «*episodio depresivo moderado y trastorno de adaptación*».

Manifestó que, le comunicó sobre el diagnóstico a la señora María Clemencia Rojas Lombana y que continuó ejerciendo sus labores a cabalidad, pero que el 09 de febrero de 2018, la empresa Supernumerarios S. A. S. le informó que su contrato había terminado pues, la Fundación Universidad de América había dado por finiquitado el contrato bajo el argumento de que la labor para la cual había sido contratada había terminado, siendo esta una justa causa para la finalización contractual. Señaló que le indicó a la EST que por favor no la despidieran que ella necesitaba tratamiento para el diagnóstico referido, pero que esto fue obviado; que otra persona entró para realizar las labores que ella desempeñaba, pues las tareas de archivo nunca terminaron y continúan siendo parte de los negocios de la Fundación Universidad de América.

Expuso que, haberse quedado sin empleo alteró aún más su estado de salud; que su depresión la llevó a estar hospitalizada; que en varias oportunidades vía telefónica solicitó a la EST su reintegro, pero no recibió respuesta positiva; que luego de finalizado el vínculo laboral, fue diagnosticada con trastorno afectivo bipolar, trastorno de la personalidad emocionalmente inestable, y trastorno obsesivo compulsivo; que en varias ocasiones ha estado hospitalizada y permanece bajo los efectos de los medicamentos y antidepresivos tales como FLUVOXAMINA, VALPROICO ACIDO, CLONAZEPAN y QUETIAPINA, y además acude a controles por psiquiatría.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE AMÉRICA**, contestó la demanda (f.º 118-148 archivo 01 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que la sociedad Supernumerarios S. A. S. es una empresa de servicios temporales. Sobre los demás, indicó que no le constaban o no eran ciertos, aclarando que nunca fungió como empleador de la demandante, pues ella era una trabajadora en misión de la EST Supernumerarios S.A.

Formuló como excepciones de fondo, las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, compensación, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica.

La sociedad **SUPERNUMERARIOS S. A. S.** dio respuesta a la demanda (f.º 192-212 archivo 01 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó que entre la actora y esa empresa se suscribieron los siguientes contratos de obra o labor:

EXTREMO INICIAL	EXTREMO FINAL	SALARIO	OBJETO
31 de enero de 2014	19 de diciembre de 2014	\$744.180	Atender incremento en las actividades académicas y administrativas con ocasión de la renovación de registro calificado de los programas de la Universidad.
15 de enero de 2015	18 de diciembre de 2015	\$772.060	Atender incremento en los servicios por apoyo en las actividades académicas en laboratorios, bibliotecas y recursos tecnológicos año 2015.
12 de enero de 2016	18 de diciembre de 2016	\$898.900	Atender incremento de servicios por ampliación de oferta académica que tiene la Universidad para sus docentes y estudiantes durante el año 2016, en las áreas de bibliotecas, informática y laboratorios.
10 de enero de 2017	17 de diciembre de 2017	\$973.059	Atender apoyo en planeación y organización de las actividades académicas y administrativas por generación de nuevos programas de pregrado.
9 de enero de 2018	9 de febrero de 2018	\$1.012.857	Atender temporalmente los requerimientos de las áreas de apoyo de la institución con el fin de optimizar los procesos académicos administrativos por variaciones en las solicitudes de servicios.

También confirmó que, es una empresa de servicios temporales; que la demandante se desempeñó como Técnico de Archivo, pero aclaró que a partir del 9 de enero del 2018, se modificó su cargo al de Auxiliar de Archivo; que en virtud de la subordinación delegada en la usuaria, era la Fundación Universidad de América quien definía las actividades y funciones a realizar por la trabajadora, sin llegar a impartirle órdenes; que el 9 de febrero de 2018, dio por terminada la relación laboral porque la labor para la que había sido contratada en misión para la Fundación Universidad de América finalizó, por ende, esta era una causa legal de finiquito del contrato laboral. Frente a los demás indicó que no le constaban o que no eran ciertos, aclarando que tuvo conocimiento de su estado de salud hasta el mes de agosto de 2019.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito denominadas cumplimiento de las normas en materia de servicios temporales, falta de cumplimiento de los requisitos para reconocer una estabilidad laboral reforzada, buena fe, prescripción, pago, compensación y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora Norma Viviana Orozco Rivera y la Fundación Universidad de América, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de enero de 2015 hasta el 12 de febrero de 2018. Relación dentro de la cual Supernumerarios S.A.S. ostentó la condición de simple intermediario.

SEGUNDO: CONDENAR a la Fundación Universidad de América y, de forma solidaria a Supernumerarios S.A.S., a pagar a la señora Norma Viviana Orozco Rivera las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

- 1) \$32.060 pesos por concepto de reliquidación de auxilios cesantías.
- 2) \$35.329 pesos por concepto de recreación de interés sobre las cesantías.
- 3) \$491.758 pesos por concepto de liquidación de prima de servicios.
- 4) \$8.693 pesos por concepto de liquidación de compensación en dinero de las vacaciones.
- 5) \$2.408,349 pesos por concepto de indemnización por despido injusto.
- 6) \$24.308.568 pesos por concepto de indemnización moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2018 al 13 de febrero de 2020. A partir del 14 de febrero 2020, las demandadas deberán intereses moratorios consagrados en este artículo y sobre un capital de \$559.146 pesos hasta la verificación del pago efectivo de las prestaciones.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la pretensión principal de reintegro y parcialmente probada la de prescripción con anterioridad al 12 de febrero de 2015.

CUARTO: COSTAS a cargo de las demandadas, inclúyase como agencias en derecho a la suma de \$2.000.000 de pesos a cargo de cada una de las demandadas.

El a quo determinó el problema jurídico en establecer si existió o no un contrato realidad entre la señora Norma Viviana Orozco y la Fundación Universidad de América

y si Supernumerarios S. A. S. actuó en el mismo como simple intermediario; si se desnaturalizaron las funciones de la EST, y si la demandante al momento de la finalización del vínculo laboral se encontraba o no cobijada por la estabilidad laboral reforzada por su estado de salud, de ser así, planteó determinar la procedencia del reintegro o, de forma subsidiaria a esta última, verificar la procedencia de la indemnización por despido injusto, la reliquidación de prestaciones sociales y la indemnización moratoria.

Desde un inicio manifestó el sentido del fallo en cuanto a que accedería parcialmente a las pretensiones de la demanda, reconociendo la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Norma Viviana Orozco Rivera y la Fundación Universidad América desde el 15 de enero de 2015, hasta el 12 de febrero de 2018. Como consecuencia, condenaría a la reliquidación de prestaciones sociales y saldos a favor de la señora Norma, indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria estipulada en el artículo 65 del CST y absolvería por reintegro.

Para llegar a esta conclusión, indicó que en el plenario se demostró la formalidad de los contratos de trabajo de obra o labor contratada, acreditando que Supernumerarios S. A. S. actuaba como empresa de servicios temporales y como tal, estaba autorizada a enviar trabajadores en misión según lo estipulado en la Ley 50 de 1990.

Adujo que, la señora Norma Viviana Orozco fue enviada como trabajadora en misión a la Fundación Universidad de América y que, si bien el artículo 77 establecía tres causales en las que una empresa temporal podía suministrar personal de forma temporal, cuestionó el uso de esta normativa para esconder la vinculación laboral, porque la norma autorizaba este tipo de contratación solo por 6 meses prorrogables por otros 6 meses, y pese a que cada contrato con la demandante no excedía un año, era evidente que hubo diferentes vinculaciones desde el 31 de enero de 2014, hasta el 9 de enero de 2018, y aunque hubo interrupciones entre estos, las mismas no superaban los 30 días.

Afirmó que, si bien en los contratos suscritos se describieron diferentes objetos contractuales, lo cierto era que la promotora del litigio en la realidad siempre ejerció el mismo cargo, ejecutó iguales funciones administrativas de archivo bien como técnica o bien como auxiliar en la oficina de registro académico; que las demandadas no demostraron que en efecto la labor contratada en cada periodo fuese para atender diferentes picos de producción. Se refirió a los interrogatorios rendidos por los representantes legales, de un lado el de la EST, quien no pudo aclarar los objetivos de los contratos y reprochó el argumento según el cual, *«el nombre del cargo no identifica su objeto ni las funciones que va a desarrollar, y que el objeto del contrato tampoco determina las funciones»*; y de otro, el de la Universidad demandada, quien indicó que esta mantenía un pico de trabajo permanente de febrero a noviembre; que la promotora del litigio siempre prestó sus servicios en la oficina de registro académico, y narró las funciones que allí

desempeñaba; de estos, el *A quo* sostuvo que no era admisible aceptar que la universidad mantuviese un pico de producción de enero a noviembre todos los años, pues, en su sentir, un «pico» debería referirse a un aumento inusual en la carga de trabajo, como la adquisición de numerosas obras literarias o el inicio del año escolar, y no un flujo constante de trabajo durante la mayor parte del año.

Hizo énfasis en que no había duda de que formalmente la actora había sido contratada por la EST mediante contratos de obra o labor, pero que en virtud del principio de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 superior, estos se ejecutaron en la realidad de forma continua bajo los elementos de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de enero de 2015 y el 12 de febrero de 2018.

Sobre el período comprendido entre el 31 de enero de 2014 y el 15 de enero del 2015, aclaró que este no sería reconocido dentro del contrato realidad pues se entendía que la contratación inicial se dio bajo la figura legítima de empresa de servicios temporales. Sin embargo, a partir de enero de 2015, esta figura se comenzó a desnaturalizar pues, avizoró que el contrato para 2015, evidenciaba que las actividades y funciones que iba a realizar la señora Norma eran las mismas que había realizado el año anterior, lo que demostraba un fraude a la ley en la utilización de la figura de empresas de servicios temporales.

En cuanto a la fecha de terminación del contrato en 2018, indicó que no era válido realizar terminaciones laborales retroactivas, pues a pesar de que la carta de terminación de la relación laboral decía que había terminado un viernes, a la señora Norma se le notificó hasta el lunes 12 de febrero de 2018, por lo que sería esta la que tendría en cuenta como extremo final del contrato, por lo que también ordenaría la reliquidación de los derechos laborales de la señora Orozco, incluyendo auxilio de cesantías, interés sobre cesantías, prima de servicios, y compensación en dinero de las vacaciones, ante la continuidad del vínculo. Añadió que declararía parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 12 de febrero de 2015.

Frente a la continuidad de la relación, refirió que aunque las demandadas se habían cuidado de poner un objeto diferente a cada contrato suscrito, y que entre la finalización de uno y el inicio del otro hubiese un periodo superior a 15 días, pero inferior a 30 días, lo cierto era que requerían una persona en registro académico que desarrollara funciones administrativas en favor de los estudiantes, profesores y toda la comunidad académica de manera permanente, pues esta tarea fue desarrollada por la actora por más de 4 años, luego, era evidente que su presencia en esa dependencia no era temporal; de lo anterior también concluyó que la empresa Supernumerarios S. A. S. actuó como intermediaria, incumpliendo el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo al no declarar tal calidad y por esto sería declarada responsablemente solidaria.

En cuanto a la pretensión principal de reintegro por estabilidad laboral en razón a su estado de salud, mencionó la controversia existente entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, explicó que la primera exigía un mínimo del 15% de PCL mientras que la segunda, ha sostenido que el trabajador no necesita estar calificado, sino demostrar que su salud le impide ejecutar sus labores en condiciones normales.

Reconoció el deterioro de la salud mental de la señora Norma desde 2018, identificando condiciones como depresión y trastorno de adaptación y, a pesar de resaltar algunas incongruencias en su testimonio, determinó que su salud había empeorado después del despido, incluido un intento de suicidio en 2019; en este punto, hizo un llamado a las partes para abordar el tema de la salud mental con sensibilidad y humanidad para finalmente manifestar que encontraba un vacío probatorio en la demostración de cómo el estado de salud mental había afectado el desempeño de las labores de la demandante, por lo que no accedería a esta.

Procedió a estudiar la pretensión subsidiaria, esto es, la indemnización por despido injusto, indicando al respecto que no se allegaron pruebas que demostraran que la Universidad Fundación América hubiera informado a la empresa Supernumerarios S.A.S. la terminación de la obra para la cual se contrató a la convocante y por esto, determinó que el despido fue injusto y le otorgó la indemnización deprecada.

Finalmente, en relación con la sanción moratoria del artículo 65 del CST, concluyó que las demandadas actuaron de mala fe y, por lo tanto, accedió a lo pretendido.

RECURSO DE APELACIÓN

La empresa demandada **SUPERNUMERARIOS S. A. S.** interpuso recurso de apelación, argumentando que negaba cualquier indicio de fraude a la Ley 50 del 90 y rechazaba la afirmación del *a quo* según la cual se desvió la naturaleza de las normas que regulan el servicio temporal. Sostuvo que el despacho confundió la temporalidad de la relación comercial entre la usuaria y la temporal, con la temporalidad de la vinculación contractual laboral de la trabajadora en misión, pues en su parecer, la Ley 50 de 1990 no estableció ninguna limitación referente a que un mismo trabajador en misión preste servicios a una misma empresa usuaria durante un periodo determinado de tiempo.

Refirió que conforme el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas pueden recurrir a servicios temporales ante incrementos estacionales de producción o servicios y aseguró que estos no debían limitarse por tiempos entre la finalización de un contrato y el inicio de otro, ya que se basan en las realidades del servicio prestado por la empresa usuaria; que la temporalidad no es del trabajador, ni la vinculación del trabajador con la

usuaria, sino la relación comercial entre la usuaria y la EST, pues naturalmente que una empresa usuaria puede tener aumentos cíclicos de producción, y para este asunto estuvieron relacionados con las actividades del calendario académico de la universidad, que van de enero a diciembre, pero ello no implicaba que la contratación comercial hubiese sido simulada o de fraude.

Sostuvo que, la confesión del representante legal de la Fundación Universidad de América a la que se refirió el despacho no cumple los requisitos para ser válida pues este, lo que indicó fue que no estuvo presente durante el periodo de contratación de la señora Norma Orozco porque asumió el cargo después de la vinculación de la trabajadora en misión, además alega que el despacho no le solicitó precisiones sobre sus respuestas y, en lugar de eso, interpretó de manera «*apresurada*» sus declaraciones para fundamentar el fallo. Señaló que el *a quo* olvidó el principio que establece que quien alega un hecho tiene la carga de probarlo y que la trabajadora demandante debió presentar pruebas que respaldaran su continuidad laboral en lugar de que el despacho la presumiera basándose en las respuestas «*complejas o desorganizadas*» del representante legal de la universidad convocada.

Indicó que, lo que el despacho consideró como intentos de defraudar la ley, eran en realidad actos de buena fe de la empresa y que los ciclos de contratación temporal respondían a ciclos de producción comunes en el negocio.

Afirmó que, el fallo incurre en contradicciones al juzgar de manera diferente el primer año de contratación y los siguientes pues, considera que eran las funciones y actividades desempeñadas por la actora las que determinaban la temporalidad y viabilidad del esquema de servicios temporales de la Ley 50 de 1990; que de aceptarse la tesis del despacho, entonces, las EST deberían rotar empleados anualmente para cumplir con la norma referida, lo cual siente innecesario y contrario a los objetivos de flexibilización laboral.

Por lo anterior, solicita la revocatoria del fallo de primera instancia, la absolución de las pretensiones en su contra, y la revocatoria de la decisión de declarar el contrato realidad entre la demandante y la Universidad América.

La **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AMÉRICA** fundó su recurso de apelación, en que la Ley 50 de 1990, no establecía una restricción temporal en el uso de los contratos con EST y en su caso, la contratación de servicios temporales tuvo como propósito principal atender el aumento en la demanda de servicios determinados por el calendario académico entre enero y noviembre o diciembre; además que, entre un contrato y otro hubo un espacio de tiempo inferior a 30 días; sin embargo, no le podía aplicar la jurisprudencia desarrollada en este sentido, porque ello no tenía aplicación cuando la contratación se realizaba a través de EST, por lo que no podía dársele continuidad a la

relación laboral máxime que el *a quo* había reconocido que cada contrato estaba debidamente probado.

Resaltó que, ha cumplido lo dispuesto por la norma mencionada y destaca que la Fundación actuó de buena fe y que no hubo intención de evadir responsabilidades ni de ocultar un contrato realidad, y puso de presente que los trabajadores en misión representaban una pequeña parte de la planta de personal de la universidad; que la Ley 50 de 1990, permitía esta forma de temporalidad, especialmente en relación con los picos de producción o necesidad del servicio; por lo tanto, argumentó que lo que realmente existió entre las partes fue una prestación de servicios temporales y no un contrato realidad por lo que solicita que la sentencia sea reconsiderada.

Agregó que, el uso de servicios temporales resulta más costoso que la contratación directa de trabajadores y que con esto, quiere decir que la Universidad nunca buscó un beneficio económico ni la evasión de responsabilidades, ya que, si hubiera sido así, habría sido más rentable emplear directamente a los trabajadores; que nunca intentó engañar a la demandante respecto a la naturaleza de su relación pues las finalizaciones contractuales no fueron seguidas automáticamente por nuevas contrataciones, sino que siempre medió un proceso de selección en el que la actora cumplía los requisitos y era nuevamente contratada.

Sobre el paso de tiempo entre contratos, argumentó que, el hecho de tener un término inferior a 30 días entre un contrato y otro, no es suficiente para determinar la existencia de un contrato realidad. Además, enfatizó que la mala fe se evalúa al término del contrato y se manifiesta en la intención de omitir pagos, algo que según la Fundación, no sucedió en este caso.

Por otro lado, al referirse a la prescripción, argumenta que esta excepción varía según el derecho específico que se reclama y no es único para todas las pretensiones de la demanda, citando como ejemplo la prima de servicios, sobre la cual arguyó que las causadas en distintos años, también prescriben cada una a su vez.

Señaló que, no hubo una intención de evadir las normas laborales, y destaca que siempre fue claro para todas las partes involucradas la naturaleza de la relación contractual. Finalmente, manifestó que no hubo un despido sin justa causa y solicitó la absolución de todas las condenas impuestas en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas EST SUPERNUMERARIOS S. A. S. y la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AMÉRICA.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que entre la EST Supernumerarios S. A. S. y la Fundación Universidad América, en cada enero de 2014 a 2017, se suscribieron contratos de prestación de servicios para el suministro de trabajadores en misión, cada contrato tendría una duración de 6 meses prorrogables hasta por otros 6 meses (f.º 213-217, 241-244, 275-278, y 307-310); *ii)* que entre la EST Supernumerarios S. A. S. y la demandante existieron 5 contratos individuales de trabajo por realización de obra o labor contratada, para prestar sus servicios en la empresa usuaria Fundación Universidad América, así:

EXTREMO INICIAL	EXTREMO FINAL	SALARIO	OBJETO
31 de enero de 2014	19 de diciembre de 2014	\$744.180	Atender incremento en las actividades académicas y administrativas con ocasión de la renovación de registro calificado de los programas de la Universidad.
15 de enero de 2015	18 de diciembre de 2015	\$772.060	Atender incremento en los servicios por apoyo en las actividades académicas en laboratorios, bibliotecas y recursos tecnológicos año 2015.
12 de enero de 2016	18 de diciembre de 2016	\$898.900	Atender incremento de servicios por ampliación de oferta académica que tiene la Universidad para sus docentes y estudiantes durante el año 2016, en las áreas de bibliotecas, informática y laboratorios.
10 de enero de 2017	17 de diciembre de 2017	\$973.059	Atender apoyo en planeación y organización de las actividades académicas y administrativas por generación de nuevos programas de pregrado.
9 de enero de 2018	9 de febrero de 2018	\$1.012.857	Atender temporalmente los requerimientos de las áreas de apoyo de la institución con el fin de optimizar los procesos académicos administrativos por variaciones en las solicitudes de servicios.

iii) que entre 2014 y 2017, la actora tuvo el cargo de Técnico de Archivo, y en el 2018, de Auxiliar de Archivo; *iv)* que mediante comunicación de fecha 12 de febrero de 2018, se le informó a la promotora del litigio que la labor para la cual había sido contratada en misión en la Fundación Universidad América había terminado el 09 de febrero de esa anualidad; y *v)* que la EST Supernumerarios S. A. S. realizó liquidación del contrato de trabajo con fecha de retiro 09/02/2018, pagándole \$608.176 entre sueldo, prestaciones sociales y vacaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si entre la actora y la Fundación Universidad de América existió una relación laboral, en la cual la EST Supernumerarios S. A. S. actuó en el mismo como simple intermediario, solo en caso de ser así, se revisará las condenas impuestas por *i)* indemnización por terminación del contrato de trabajo; y *ii)* la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

DE LA RELACIÓN LABORAL

Empieza esta Sala por recordar, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento esencial de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, conforme al cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por tanto resulta útil no solo para establecer si existió una relación subordinada, sino también a la hora de esclarecer qué emolumentos son constitutivos de salario, determinar el verdadero empleador en relaciones tripartitas o multipartitas, la continuidad y los extremos temporales del vínculo e incluso dismantelar situaciones de simple interposición, entre otros.

En este asunto el principio de la primacía de la realidad, lo que busca es determinar si las actividades desarrolladas por el trabajador en misión eran temporales, o si por el contrario eran permanentes, pues de ser este último caso, la empresa usuaria no puede hacer uso del suministro de personal a través de la EST, pues de hacerlo estaría ocultando una relación laboral continua. Recuérdese que la finalidad de los servicios temporales es precisamente satisfacer una necesidad excepcional y temporal a través de un tercero (artículo 71 Ley 50 de 1990).

Ahora, conforme el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas usuarias de los servicios temporales **solo** pueden contratar con estas en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.*

Conforme lo anterior, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio, porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas; excepcional, por cuanto debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y taxativo, porque no está previsto para satisfacer cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.

Ahora bien, respecto de la temporalidad de la relación contractual entre la empresa usuaria y la EST para atender picos de producción, observa la Sala que contrario a lo argumentado en los recursos de apelación, el numeral 3) del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, sí puso un límite a la misma, pues explícitamente estipuló que

esta SOLO podía darse por 6 meses, prorrogables por otros 6 meses; es decir, que estaba prohibido para la empresa usuaria contratar personal a través de una empresa de servicios temporales, más allá de ese lapso, de lo contrario se le tendrá como verdadera empleadora, y a la EST como simple intermediaria y deudora solidaria de las acreencias laborales.

Sobre este asunto en la sentencia CSJ SL4330-2020 nuestro máximo Órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral, sostuvo:

En la sentencia CSJ SL467-2019 la Corte se refirió a la contratación defraudatoria por medio de las EST, así:

Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adoctrinó:

[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades

excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Como no se discute que el FNA no demostró un incremento en los servicios que presta en los términos del numeral 3.º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y aún si los hubiese acreditado, de todas formas superó el término de 6 meses prorrogable por otros 6, el Tribunal no erró al calificar los servicios contratados como continuos de la empresa usuaria. No sobra agregar que el juzgador válidamente podía catalogar el servicio como permanente por las dos vías en que lo hizo:

- (1) Cuando el servicio, en sí mismo, no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua. En este caso, simplemente no puede acudirse al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6. De allí que no sea plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante rotaciones de personal en misión inferiores a 12 meses o con distintas EST, pues, se repite, la necesidad empresarial en sí misma no es transitoria.*
- (2) Cuando a pesar de que obedece a una situación extraordinaria (p.e. incremento en los servicios), satisfacerlo demanda un tiempo superior a 1 año, en cuyo caso, para el legislador, la necesidad equivale a su permanencia. Es decir, después del periodo máximo previsto en la ley se considera que la necesidad empresarial, debido a su duración, deja de ser ocasional y pasa a considerarse permanente.*

En línea con lo anterior, y como en este caso el requerimiento del FNA no podía ser contratado a través de una EST, tampoco erró el Tribunal al considerar defraudatoria esta negociación y reputarlo como verdadero empleador y a la EST como solidariamente responsable.

Acorde con el anterior criterio jurisprudencial, se pueden extraer tres reglas respecto de la interpretación del numeral 3) del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las cuales se deben cumplir conjuntamente: la primera, relativa a que la empresa usuaria debe demostrar el incremento en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios; segunda, en cuanto a que la empresa usuaria no puede contratar bajo esta modalidad personal para ejecutar actividades permanentes, por cuanto este es una opción para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa; y tercera, que la contratación no puede exceder el máximo previsto en la ley, esto es, 6 meses prorrogable por otros 6.

Bajo este panorama la Sala entrará a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la demandante en la realidad tuvo una vinculación directa con la Fundación Universidad de América, pues como se indicó en los hechos indiscutidos desde el plano formal los contratos de obra o labor contratada se celebraron entre la actora y la EST Supernumerarios S. A. S.

En este asunto la empresa usuaria Fundación Universidad de América en su defensa adujo que la actora era trabajadora en misión de la EST Supernumerarios S.A.S.; que esta última la había enviado en diferentes oportunidades a esa institución,

con el objeto de desarrollar varias y diversas tareas que se dieron por un incremento temporal por razones de coyunturas específicas durante el periodo académico, es decir, fundo su defensa en el numeral 3) del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en unos presuntos picos de producción o necesidad del servicio.

La Fundación Universidad de América no allegó documento alguno tendiente de demostrar el incremento en la producción o necesidad del servicio, pues lo único que aportó como pruebas fue:

PRUEBAS

Solicito a su Despacho tener como pruebas las siguientes:

TESTIMONIAL:

Sírvase señor Juez fijar fecha y hora para la recepción de la declaración testimonial de las personas que más adelante relaciono, mayores de edad, residentes en la ciudad de Bogotá, que pueden ser notificados en la Avenida Circunvalar número 20-53 de esta capital, donde funciona la sede principal de la **Fundación Universidad de América** con el fin de que depongan sobre lo que les conste relación con los hechos de la demanda y su contestación

a. **CARLOS ESPINOSA REYES**
C.C. 79.423.449

DOCUMENTAL:

- a. Copia del contrato de prestación de servicios celebrado entre la E.S.T. **SUPERNUMERARIOS S.A.** y la **Fundación Universidad de América**.
- b. Copia de los contratos celebrados entre la E.S.T. **SUPERNUMERARIOS S.A.** y la demandante.
- c. Copia de los exámenes médicos de Aptitud y egreso de la señora Norma Orozco, ya citados.
- d. Copia de las liquidaciones laborales efectuadas por **SUPERNUMERARIOS S.A.**, a la señora Norma Orozco durante los años 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018.

NOTIFICACIONES

Conforme lo anterior, de los contratos de prestación de servicios celebrados entre la EST Supernumerarios S. A. S. y la Fundación Universidad de América, allegados al proceso para los años 2014, 2015, 2016, y 2017 (f.º 213-217, 241-244, 275-278, y 307-310), se observa que el objeto de estos siempre fue el mismo:

CLÁUSULA PRIMERA : OBJETO DEL CONTRATO. LA E.S.T. suministrará trabajadores en misión, únicamente para los casos y en los términos señalados en el Artículo 77 de la ley 50 de 1990. El servicio objeto de este Contrato será prestado por LA E.S.T. a través de un número de trabajadores acorde con el volumen de trabajo a desarrollar, el cual será convenido entre las partes. Los servicios de que trata este contrato estarán sujetos en cada caso a lo dispuesto en el Artículo 77 de la ley 50 de 1990.

Es decir, que con estos no puede probarse incremento en la producción o necesidad del servicio, pues allí no se plasmó absolutamente nada acerca de ese asunto.

De otra parte, fe los contratos celebrados entre la actora y la EST Supernumerarios S. A. S., (f.º 232-234, 258-260, 290-291, 323-325, y 373-375), se evidencia:

EXTREMO INICIAL	EXTREMO FINAL	SALARIO	OBJETO
31 de enero de 2014	19 de diciembre de 2014	\$744.180	Atender incremento en las actividades académicas y administrativas con ocasión de la renovación de registro calificado de los programas de la Universidad.
15 de enero de 2015	18 de diciembre de 2015	\$772.060	Atender incremento en los servicios por apoyo en las actividades académicas en laboratorios, bibliotecas y recursos tecnológicos año 2015.
12 de enero de 2016	18 de diciembre de 2016	\$898.900	Atender incremento de servicios por ampliación de oferta académica que tiene la Universidad para sus docentes y estudiantes durante el año 2016, en las áreas de bibliotecas, informática y laboratorios.
10 de enero de 2017	17 de diciembre de 2017	\$973.059	Atender apoyo en planeación y organización de las actividades académicas y administrativas por generación de nuevos programas de pregrado.
9 de enero de 2018	9 de febrero de 2018	\$1.012.857	Atender temporalmente los requerimientos de las áreas de apoyo de la institución con el fin de optimizar los procesos académicos administrativos por variaciones en las solicitudes de servicios.

Además, todos los contratos suscritos tienen las siguientes cláusulas:

DESCRIPCIÓN DEL OBJETO : OBRA O LABOR A EJECUTAR: Prestar los Servicios señalados en el encabezado, dirigidos a incrementar en forma temporal lo establecido en el **Art.77 de la Ley 50 de 1990, Numeral 3**, recibiendo para ello instrucciones del Empleador, su representante o su delegado por el tiempo que este considere necesario.

Entre EL EMPLEADOR y EL TRABAJADOR, de las condiciones ya dichas, identificados como aparece al pie de sus firmas, se celebra el presente contrato individual de trabajo, que se rige, además de las normas establecidas en el C.S. del T. y en la ley 50 de 1990 (art. 71 y s.s.), por las siguientes cláusulas: **-PRIMERA.-NATURALEZA DEL CONTRATO.-** Este es un contrato por obra ó labor contratada y por lo mismo, no atiende a tiempo sino a la ejecución de aquella. En consecuencia este contrato terminará en el momento en que la USUARIA, comunique al EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios del trabajador, sin que EL EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna por esa terminación legal de contrato. **- SEGUNDA. - OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR.-** Además de las obligaciones legales y reglamentarias, EL TRABAJADOR se compromete a cumplir las siguientes obligaciones: 1) Realizar la labor contratada cumpliendo estrictamente los niveles de calidad, puntualidad, diligencia, cuidado y pericia que le señale el empleador o los que su oficio le imponga; 2) Obrar con plena observancia de principios éticos que exige su labor; 3) Seguir las directrices determinadas por EL EMPLEADOR; 4) Colocar al servicio de LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR, toda su capacidad normal de trabajo en el desempeño de sus funciones y en las labores anexas, conexas y complementarias, observando los preceptos del Reglamento interno de trabajo y acatando y cumpliendo las órdenes e instrucciones que le imparta LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR, y sus representantes; 5) Asistir y participar activamente en los programas y actividades especiales de LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR, independientemente de su fecha, día u hora, tales como sesiones solemnes, jornadas de crecimiento institucional, evaluación de rendimiento, evaluación institucional y cualquier otro tipo de celebraciones y eventos, prestando su concurso para la organización y éxito de tales realizaciones; 6) Ejecutar las funciones que le corresponden, de conformidad con el horario, las condiciones, requisitos, orientaciones, programas, y especificaciones determinados por LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR y sus representantes, con toda la ética, dedicación, minuciosidad y detalle, de manera tal, que cada labor resulte de altísima calidad, eficacia y provecho para LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR; 7) Presentar en forma oportuna y puntual los informes de cualquier tipo que le solicite LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR; 8) Asistir puntualmente y con plena disposición a todas y cada una de las reuniones a las cuales sea convocado por LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR, independientemente de la fecha, hora o lugar en que deban realizarse; 9) Llevar a cabo reemplazos de otros funcionarios, en todas sus funciones, según se lo comunique LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR y en caso de ausentarse, comunicar y justificar oportunamente a LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR tal situación. 10) Mantenerse perfectamente actualizado en todos los conocimientos inherentes a las funciones que le corresponde desarrollar y también en conocimientos de interés general, preparándose permanentemente con la debida profundidad y seriedad ; 11) No comunicar a terceros, salvo autorización expresa y escrita de LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR o por orden de las autoridades competentes, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al EMPLEADOR o las personas a quienes preste el servicio; 12) Conservar, mantener y restituir en buen estado, salvo deterioro natural y razonable, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados para la prestación de sus servicios; 13) Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros de trabajo, a quienes tratará con el debido respeto, de conformidad con las normas de la decencia y las buenas costumbres; 14) Mantener en forma permanente una actitud positiva en el desarrollo de su gestión laboral y su comportamiento, velando por mantener una entera actitud de servicio para con los demás, ayudando a encontrar soluciones adecuadas y precisas en la solución de problemas, y

sierviendole como un excelente ejemplo para las personas de la comunidad de **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**; 15) Comunicar oportunamente a **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR** las observaciones que estime conducentes para el correcto funcionamiento de las actividades de **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR** y de su propia labor, evitando daños y perjuicios; 16) Prestar toda la colaboración posible en caso de siniestro o de riesgo inminente que afecten o amenacen a las personas o cosas de **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**; 17) Observar las medidas preventivas higiénicas prescritas por **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**, sus representantes, su médico, o por las autoridades del caso; 18) No fumar, ni ingerir bebidas alcohólicas o estimulantes dentro de los predios de **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**, ni a los alrededores, en horas de trabajo y evitar cualquier acto que contamine el ambiente; 19) Observar con diligencia y cuidado las instrucciones y ordenes preventivas de accidentes o enfermedades; 20) No sustraer los útiles de trabajo ni ninguna clase de elementos o artefactos, para realizar actividades diferentes a las autorizadas por **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR** o en beneficio personal de **EL TRABAJADOR**, salvo autorización expresa y escrita del representante legal de la compañía; 21) No presentarse al trabajo en estado de embriaguez, alicoramiento o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes; 22) No faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o permiso de **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**; 23) No disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, ni suspender labores, ni promover suspensiones intempestivas del trabajo o incitar a su declaración o mantenimiento, sea que participe o no en ellas; 24) No hacer colectas, ni rifas, ni suscripciones, ni cualquier otra clase de propaganda en el lugar de su trabajo; 25) No vender ni comprar ningún tipo de mercancías dentro de las instalaciones de **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**, salvo que exista autorización escrita de las directivas; 26) No usar los útiles, elementos o artefactos de **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR** en objetos distintos del trabajo contratado; 27) Cumplir los controles establecidos para la entrada y salida de personas y objetos en forma estricta, según las políticas fijadas por **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR** y sus representantes; 28) Las invenciones o descubrimientos realizados por **EL TRABAJADOR** pertenecerán a **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR** con todos los derechos inherentes a tal calidad. 29) Aceptar las modificaciones en la labor contratada y en la prestación del servicio que decida **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR** dentro de su poder subordinante, así como las labores necesarias para el cumplimiento cabal del servicio contratado, y las conexas y complementarias del caso; 30) No solicitar a **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**, a sus contratistas o proveedores, ningún tipo de transacción de dinero, tales como, cambio de cheques, préstamos personales, auxilios de cualquier índole, custodia de valores y otros; 31) Observar las normas y prescripciones sobre salud ocupacional que deban observar los trabajadores, de acuerdo con el trabajo que desempeñen; 32) No descuidar ni abandonar el lugar de trabajo, para realizar actividades diferentes a las derivadas del cumplimiento del objeto previsto en el presente contrato; 33) Abstenerse de celebrar o intentar celebrar negocios de cualquier índole con clientes de **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**, por sí o por interpuesta persona y de recibir cualquier tipo de gratificación, obsequio, regalo o beneficio en dinero o en especie, salvo autorización expresa de **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**; 34) No usar los elementos que sean propiedad de terceras personas sin su autorización o para fines diferentes a los autorizados por su propietario. 35) Cumplir con las indicaciones contenidas en el manual de funciones elaborado por **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**, el cual **EL TRABAJADOR** declara conocer y aceptar. 36) Mantener vigentes los permisos exigidos por la Ley, para poder ejercer su profesión o prestar la actividad contratada mediante el presente convenio. 37) Abstenerse de ejecutar conductas que atenten contra lineamientos técnicos de **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR** o la empresa en la cual el trabajador preste sus servicios personales, así como incurrir en conductas que atenten contra el buen funcionamiento de la relación contractual entre **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR** y la empresa cliente. 38) Abstenerse de ejecutar conductas que afecten las relaciones contractuales que tenga con sus trabajadores o terceras personas, la empresa en la cual el trabajador preste sus servicios personales. 39) **EL TRABAJADOR** se obliga a utilizar la maquinaria facilitada por **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**, respetando lo previsto por las leyes colombianas, lo estipulado en las pólizas de seguros y especialmente de forma cuidadosa, responsable y de buena fe. 40) **EL TRABAJADOR** se obliga a verificar el buen estado general de la maquinaria facilitada por **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR** antes de iniciar la jornada y avisar oportunamente al empleador sobre cualquier anomalía que encuentre en la misma. 41) **EL TRABAJADOR** se obliga a mantener vigentes los permisos que requieran las autoridades competentes para poder operar la maquinaria facilitada por **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**. 42) **EL TRABAJADOR** se obliga a informar inmediatamente a **LA EMPRESA USUARIA Y/O EL EMPLEADOR**, cualquier eventualidad de carácter laboral o personal que involucren la maquinaria facilitada por **EL EMPLEADOR**. **PARAGRAFO:** Las partes declaran expresamente que el incumplimiento por parte de **EL TRABAJADOR** de cualquiera de las obligaciones contempladas en esta cláusula o de las previstas en el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye falta grave, aún por la primera vez. **—TERCERA.—SALARIO.** **EL EMPLEADOR** pagará **AL TRABAJADOR** la remuneración que ha sido señalada en el aparte

Conforme a lo anterior, como se puede observar en estos cinco contratos, en ellos no se establecieron las funciones de la trabajadora, ni la dependencia específica donde prestaría sus servicios dentro de la empresa usuaria que valga recordar era la Fundación Universidad de América, donde la actora se desempeñó entre 2014 y 2017, como Técnico de Archivo, y en el 2018, como Auxiliar de Archivo. Y si bien en los contratos referidos, el objeto del contrato año a año fue diferente, lo cierto es que debemos evaluar en la realidad cuál fue la labor o actividades desempeñadas por la actora.

Para ello se escuchó el interrogatorio de parte del representante legal de la Fundación Universidad de América quien indicó que, tiene esa calidad desde julio de 2019; que esa institución tiene una relación contractual con la EST Supernumerarios S. A. S. desde el 2014, la que estaba vigente a ese momento (28/07/2021), lo que incluyó todo el año 2018; que la trabajadora en misión Norma Viviana Orozco siempre prestó sus servicios en la oficina de registro académico, la cual estaba conformada por un director y dos colaboradores de nivel asistencial, *«en épocas pico y me refiero a épocas pico más o menos de los meses de febrero a noviembre del año, que es cuando tenemos en realidad nuestros estudiantes cursando sus programas de pregrado y posgrado la oficina aumenta su trabajo y es por esta razón que solicitamos a la empresa supernumerarios con quién tenemos el vínculo que le acabo de mencionar, el vínculo comercial la de la designación de unos funcionarios en misión»*, y explicó que el pico se refería *«a un volumen considerable de solicitudes por parte de los estudiantes, como revisión de horarios, solicitudes de certificados de diferentes, pueden ser certificados de notas, certificados, matrículas o de vínculos estudiantiles o/a académicos, y a eso me refiero con sobre todo con esos picos operativos de la oficina de registro»*.

Asimismo informó que, la oficina de registro académico es la que *«tiene el contacto directo con los estudiantes y soluciona todas las peticiones, quejas o reclamos de índole*

académico del grupo de estudiantes que tiene la universidad, para ese entonces tendría la universidad algo así como 3500 estudiantes, hoy tenemos un grupo inferior, pero básicamente todas las solicitudes de los estudiantes se canalizan y sobre todo en ese entonces se canalizaban a través de registro académico, hoy tenemos una figura diferente porque creamos unas secretarías académicas en cada una de las facultades que apoyan la labor de registro académico»; que apoyaba actividades académicas en laboratorios, bibliotecas y recursos tecnológicos, y optimizaba los procesos académicos administrativos por variación en las solicitudes de servicios, esto último correspondía a ayudar a los estudiantes a crear sus propios horarios; que esa oficina NO se encargaba de renovación de registro calificado de los programas de la universidad, ni de las labores administrativas respecto a la ampliación de la oferta académica para docentes y estudiantes, ni se encargaba de planear y organizar actividades académicas para generación de nuevos programas de Pregrado; que no le constaban cuales fueron las funciones de la actora como técnico de archivo y auxiliar de archivo en los años 2014 a 2018, pero de lo que averiguo las funciones básicamente eran la expedición de certificados de acuerdo a las solicitudes de los estudiantes.

De igual forma, se escuchó el interrogatorio de parte de la promotora del litigio quien indicó que era técnica en archivo; que en el año 2014, la EST Supernumerarios S. A. S. la envió como trabajadora en misión a la Fundación Universidad de América y empezó a laborar en la oficina de registro académico; que esta tenía una ventanilla para atención a los estudiantes donde se elaboraban todos los certificados estudiantiles, archivo, radicación de cartas, los paz y salvos académicos, se revisaba la caligrafía de los diplomas, entre muchas otras tareas; que de esas tareas ella en 2014, atendía todo lo requerido por la directora de la oficina, hacia archivo, atendía a los estudiantes, recibía las cartas, y entregaba las certificaciones que eran elaboradas por otra compañera; que en 2015, cumplía las mismas funciones y además elaboraba las certificaciones, lo cual realizó hasta el día en que fue despedida; que recibió la carta de terminación del contrato el 12 de febrero de 2018, porque el sábado 10 de igual fecha, recibió un mensaje de voz que debía presentarse a la temporal el lunes, allí recibió esa carta; aclaró que, siempre trabajó en la oficina de registro académico; que nunca la asignaron ni a laboratorio, ni a biblioteca ni a tecnología.

También se recibió el testimonio del señor Harold Santiago Romero Moreno pareja de la actora, quien básicamente informó que ella trabajaba para la Fundación Universidad de América, sobre su estado de salud, y todo lo por ella vivido entre 2017 y 2021. Adicionalmente, se recepcionó el testimonio de la señora Luz Mary Perilla Arenas, quien fue la representante legal de la EST Supernumerarios S.A.S. desde 1980 hasta 2016, e informó que no conoce a la demandante; que no la recuerda porque por esa empresa pasaban muchos temporales. Cabe aclarar por parte de la Sala, que conforme a la versión de estos dos testigos, ellos no presenciaron de manera directa la ejecución de las funciones desempeñadas por la actora.

De igual forma, se allegaron los exámenes médicos de aptitud y egreso de la promotora del litigio, y las liquidaciones realizadas año a año por la EST Supernumerarios S.A.S.

Conforme el material probatorio relacionado, se tiene que la empresa usuaria Fundación Universidad de América **no probó el incremento en la producción o necesidad del servicio**, pues si bien su representante legal sostuvo que dicha institución tenía unos picos, este señaló que iban de febrero a noviembre y así fue durante la vinculación de la actora, esto es, de 2014 a 2018, lo que indica que dichos picos eran permanentes y no temporales como lo exige numeral 3) del artículo 77 de la Ley 50 de 1990; sin embargo, más allá de su manifestación no aportó elementos probatorios que justificaran de alguna forma el presunto incremento en la prestación del servicio.

Tampoco acreditó que la labor de Técnico de Archivo y Auxiliar de Archivo ejecutada por la demandante entre los años 2014 a 2018, fuese temporal, por el contrario, lo que se evidencia es que era permanente, pues resulta indiscutible que las tareas que realizaba la oficina de registro académico dentro de una universidad **son permanentes**, y propias del giro de la actividad administrativa de la Universidad, pues es apenas lógico que una institución académica atienda a sus estudiantes en asunto como definir su horario de clases, expedir certificados estudiantiles, paz y salvos, organizar el archivo de los estudiantes nuevos y antiguos, organizar los trámites para la graduación de los mismos, recibir, resolver, entregar y archivar las peticiones de los estudiantes frente a estos asuntos, de tal manera que, no puede pensarse que estas actividades que ejecutaba la promotora del litigio fuesen temporales y, por ende, encuentra esta Colegiatura que las mismas son permanentes, y conexas a las funciones misionales de la empresa usuaria, por ende, no podía utilizarse la figura del servicio temporal para ejecutarlas.

A lo anterior se suma que, se advierte que la empresa usuaria contrató la labor de técnico de archivo y auxiliar de archivo ejecutada por la demandante entre los años 2014 a 2018, es decir, que **excedió el máximo previsto en la ley, esto es, 6 meses prorrogable por otros 6**, lo que implica que dicha labor debe considerarse como permanente, pues era una necesidad empresarial, debido a su duración.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia en el sentido de declarar que el verdadero empleador de la señora Norma Viviana Orozco Rivera lo fue la Fundación Universidad de América y la EST Supernumerarios S.A.S. actuó como simple intermediaria, por lo que es deudora solidaria de las acreencias laborales, liquidadas por el juez de instancia.

Ahora, frente a la continuidad de la relación laboral, dado que el *a quo* declaró un único contrato de trabajo a término indefinido con la Fundación Universidad de América desde el 15 de enero de 2015 hasta el 12 de febrero de 2018, advierte esta Sala que ello debe ser así, ya que si bien, entre la terminación de un contrato y el inicio del otro existieron unos lapsos de aproximadamente 22 días, lo cierto es que, dentro del proceso no se acreditó que en verdad hubiese existido una obra o labor contratada; es más, el representante legal de la Fundación Universidad de América confesó que esa institución tiene una relación contractual con la EST Supernumerarios S. A. S. desde el 2014, la que estaba vigente a ese momento (28/07/2021), para el suministro de personal, lo que implica que el contrato suscrito entre le EST y la actora fue una ficción que lo único que buscaba era burlar los términos del numeral 3) del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por ende, también se confirmará la decisión de primera instancia en el sentido de declarar una única relación laboral.

En este punto es importante aclarar que la conclusión de instancia, al considerar que el primer año de contratación de los servicios de la actora, esto es, entre el 31 de enero y el 19 de diciembre de 2014 estaban ajustados a norma, es errada, pues como se indicó en precedencia la vinculación de la demandante desde su inicio no se ajusto a lo regulado en el numeral 3) del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, luego la relación laboral debió declararse desde el 31 de enero de 2014 hasta el 12 de febrero de 2018, sin embargo, como este asunto no fue materia de apelación, esta Sala no tiene competencia para modificarlo.

DE LA TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA

Lo primero que debe advertirse es que le corresponde al trabajador demostrar el hecho de despido, y que este provino de la voluntad de su empleador, para que recaiga sobre este último el deber de probar los motivos que dieron origen a esa decisión y además que estos son justa causa a la luz del ordenamiento legal. Así lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL592-2014, donde afirmó:

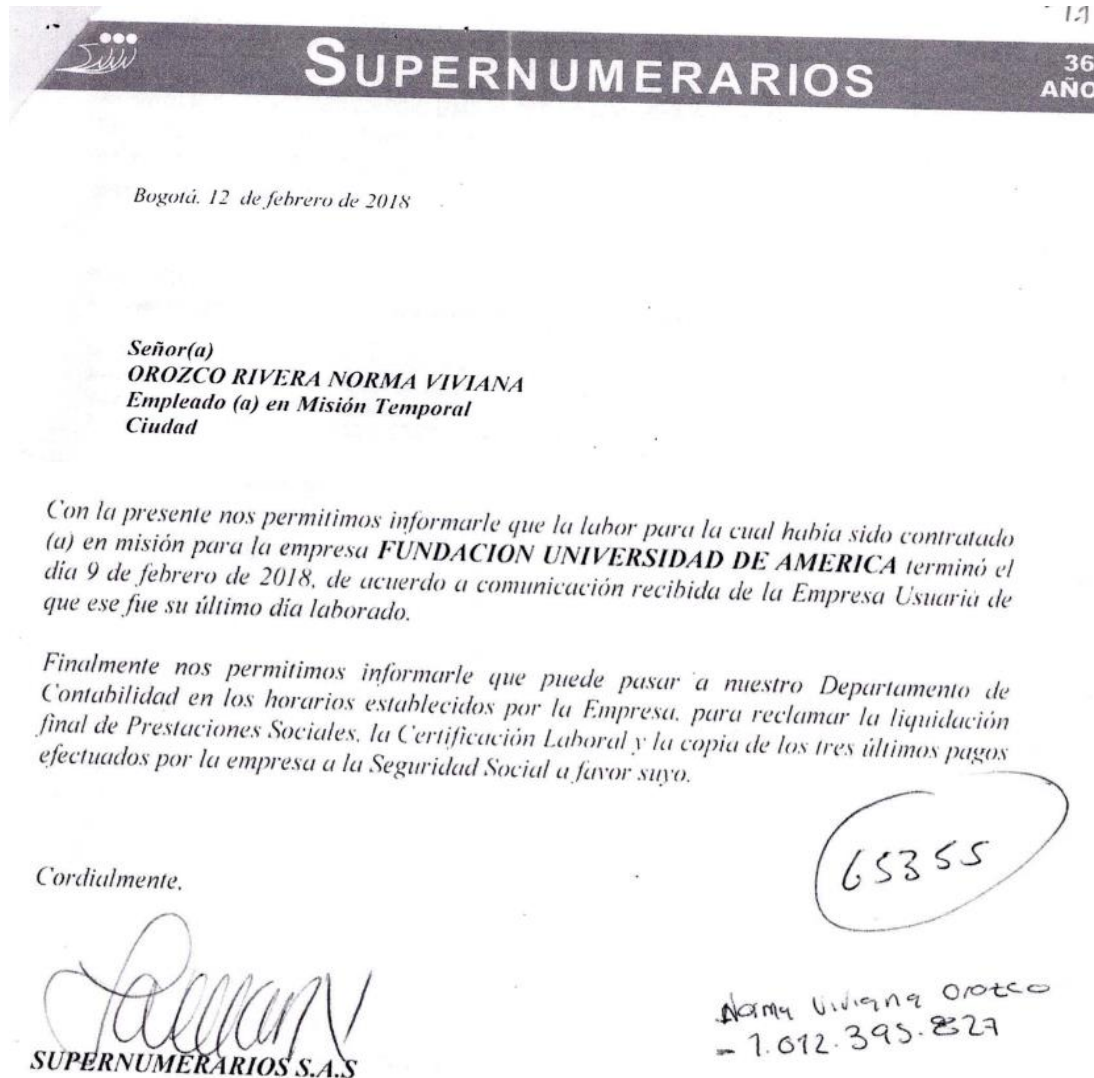
En principio, a cada parte le corresponde demostrar las afirmaciones o las negaciones que hace como fundamento de sus pretensiones o excepciones. Así lo preceptúa el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, Por supuesto, hay normas de derecho que excepcionalmente exoneran a las partes de acreditar hechos o negaciones, como es el caso de las presunciones y las negaciones indefinidas, para solo traer dos ejemplos.

En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adoctrinado que, en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión.

En el presente asunto, se tiene que la actora probó que la EST Supernumerarios S.A.S., mediante comunicación de fecha 12 de febrero de 2018, le informó que la labor para la cual había sido contratada en misión en la Fundación Universidad América había

terminado el 09 de febrero de esa anualidad, por lo que quedaba en cabeza de las dos demandadas demostrar que los motivos que llevaron a tomar esa decisión ocurrieron.

Con dicho fin, se allegó al expediente carta de terminación del contrato de trabajo de la señora Norma Viviana en donde se lee textualmente lo siguiente:



Acorde con el documento referido, el contrato de trabajo de la actora finalizó por terminación de la obra o labor contratada por parte de la empresa usuaria Fundación Universidad de América de acuerdo a comunicación de esta última; sin embargo, a este proceso esa institución ni la EST Supernumerarios S. A. S. allegaron prueba de ello, luego esta causal no puede darse por acreditada, solo con una manifestación, por cuanto debían acreditar por cualquier medio probatorio que existió una obra o labor contratada y que la misma realmente había fenecido.

Sobre este asunto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL3282-2019, explicó:

De modo que, a juicio de esta Sala, la conclusión a la que arribó el ad quem en este aspecto no es equivocada, toda vez que Aguas de Bogotá S.A. ESP no demostró que finalizó la labor para la cual vinculó al actor y, por tanto, que podía acudir al literal d) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminada la relación laboral sin necesidad de pagar indemnización alguna. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

*En este punto, la Corporación considera oportuno hacer dos precisiones. La primera, que la vigencia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, conforme al artículo 45 ibidem, no depende de la voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado (CSJ SL 39050, 6 mar. 2013). Por ello, cuando se acude a esta clase de contrato, se entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas o, en otros términos, **que la fecha de finalización es determinable y depende de la culminación de la obra o la tarea contratada**. (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Del material probatorio, tal y como se indicó con anterioridad, no existe prueba de la obra o labor contratada para la que se vinculó a la actora, pues como se concluyó en precedencia, ello fue una ficción para burlar el numeral 3) del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por ende, tampoco se probó que la presunta obra o labor hubiese fenecido, a tal punto, que el representante legal de la Fundación Universidad de América confesó que esa institución tiene una relación contractual con la EST Supernumerarios S. A. S. desde el 2014, la que estaba vigente a ese momento (28/07/2021), para el suministro de personal, es decir, que esa relación contractual no terminó el 9 de febrero de 2018, como informó EST Supernumerarios S. A. S. a la trabajadora en la comunicación del 12 de igual calenda.

Bajo este horizonte, concluye esta Corporación que, la terminación del contrato de trabajo de la actora fue sin justa causa y, por ende, hay lugar a que su verdadera empleadora le reconozca y pague la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, tal como lo determinó el juez de instancia; en consecuencia, se confirmará dicha condena.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA ARTÍCULO 65 DEL CST

Respecto de esta indemnización, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y pacífica a sostenido que no son de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si este estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo. (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020).

Conforme a lo expuesto, le corresponde al juez en cada caso, observar la conducta del empleador, con el fin de determinar si esté a la finalización del contrato de trabajo quedó adeudando al trabajador salarios y/o prestaciones sociales con alguna justificación o no, si esas razones son plausibles, para eximirse el empleador del pago de la referida sanción moratoria. Al respecto, la Fundación Universidad de América ricas argumenta que no tuvo la intención de omitir pagos, y que nunca obró de mala fe.

Para la Sala estos argumentos no son de recibo, porque tal y como quedó evidenciado, la vinculación de la actora se dio a través de 5 contratos de obra o labor contratada, **para atender funciones permanentes** de esa institución educativa, lo que a

todas luces no puede considerarse como un actuar de buena fe, puesto que, con conocimiento de lo señalado en el numeral 3) del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pretendió burlar lo estipulado en dicha normativa contratando el mismo servicio de Técnico de Archivo o Auxiliar de Archivo de la Oficina de Registro Académico a través de servicios temporales, cuando esta era una necesidad continua y permanente de la universidad convocada a juicio.

Todo este abuso sistemático y prolongado de la figura del servicio temporal demostró que la Fundación Universidad de América no actuó desprevenidamente, sino que su intención fue la de encubrir una necesidad permanente en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de la temporalidad, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales de la demandante. Esta instrumentalización de una figura legítima para esconder y llevar a lo más recóndito verdaderas relaciones de trabajo directas con los empleados, constituye un fraude a la ley, circunstancias a partir de las cuales no se puede tener por acreditado un actuar de buena fe.

En consecuencia, se confirmará esta condena.

PRESCRIPCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES

El juez de instancia declaró parcialmente probada la excepción de prescripción con anterioridad al 12 de febrero de 2015; la Fundación Universidad de América sostiene que esta debe ser individual para cada prestación y no de forma genérica.

Al respecto, se advierte que le asiste razón al recurrente en cuanto a que cada prestación y las vacaciones tiene una fecha de causación y de exigibilidad diferente, por lo que se hará referencia a estas, partiendo del hecho indiscutido de que la relación laboral finalizó el 12 de febrero de 2018, y que esta demanda se radicó el 6 de diciembre de 2019.

De las cesantías: Si bien es cierto, los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, preceptúan que su liquidación se hace año a año al 31 de diciembre y que el plazo legal para que el empleador cumpla con la obligación de consignarlas, es hasta antes del 14 de febrero del año siguiente, también lo es que, solo cuando termina el contrato de trabajo, surge propiamente la obligación de satisfacer las sumas causadas por este concepto así no se hubiera depositado y, por ende, será ese momento el que se tiene como fecha de exigibilidad de las cesantías; es decir, que frente a este caso en concreto se liquidaran año a año desde el 15 de enero de 2015, hasta el 12 de febrero de 2018. Así lo ha dicho nuestro máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, entre otras en la sentencia CSJ SL18569-2016, donde preceptuó:

Estima la Sala que una cosa es el plazo legal para que el empleador cumpla con la obligación de consignar el monto de las cesantías causadas a 31

de diciembre del año inmediatamente anterior y otra, muy distinta, es cuando termina el contrato de trabajo, que es propiamente el momento desde el cual surge la obligación de satisfacer las sumas causadas por este concepto, pues, durante la ejecución de la relación laboral la obligación de pagar, propiamente dicha, en realidad no se suscita, sino que su deber es depositar la cesantía anual a un fondo para que esta administre tales recursos y los entregue a la finalización del vínculo o en uno de los eventos autorizados por la ley.

De esta suerte, el término prescriptivo no puede comenzar a transcurrir sino desde la fecha en que finaliza el nexo contractual, por manera que se presentó el dislate jurídico endilgado por la censura. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

De los intereses a la cesantía: Conforme el artículo 1º de la Ley 52 de 1975 su causación es anual o por fracción que se liquide y su exigibilidad es al 31 de enero del año siguiente cuando deben pagarse por parte del empleador; por lo tanto, partiendo de que esta demanda se radicó el 06/12/2019, con ella se interrumpió la prescripción de esta prestación, por lo que se declararán prescriptos los causados con anterioridad al 06 de diciembre de 2016.

De las primas de servicios: Establece el artículo 306 del CST que su causación es por semestres o proporcional al tiempo laborado y su exigibilidad es, en la última quincena de junio y en los primeros 20 días de diciembre, es decir que, en este caso, partiendo de que esta demanda se radicó el 06/12/2019 con ella se interrumpió la prescripción de esta prestación, por lo que se declararán prescriptas las causadas con anterioridad al 06 de diciembre de 2016. Entonces, se liquidará completa la prima de servicios del segundo semestre del 2016, dado que su exigibilidad se dio con posterioridad a la data de prescripción.

De las vacaciones, según el artículo 187 del CST se causan por año de servicio y su exigibilidad es dentro del año siguiente, y de ser proporcional por el tiempo laborado. Teniendo en cuenta que la relación laboral inició el 15 de enero de 2015, el año de servicio se cumple cada 15 de enero, y que la demanda se radicó el 06/12/2019. Así las cosas, dado que las causadas por el primer año de trabajo (15/01/2015 a 15/01/2016), eran exigibles hasta el 15 de enero de 2017, es evidente que no están afectadas por el fenómeno de la prescripción.

En consecuencia, la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones que debía pagársele a la actora sería la siguiente:

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales									
Año	Fecha inicial	Fecha final	Salario	Auxilio Transporte	Días por periodo	Cesantías	Intereses sobre cesantías	PRIMA SERVICIOS	VACACIONES
2,015	15/01/2015	31/12/2015	\$ 772,060.00	\$ 74,000	346	\$ 813,158	\$ 93,784	\$ 813,158	\$ 371,018
2,016	01/01/2016	31/12/2016	\$ 898,900.00	\$ 77,700	360	\$ 976,600	\$ 117,192	\$ 976,600	\$ 449,450
2,017	01/01/2017	31/12/2017	\$ 973,059.00	\$ 83,140	360	\$ 1,056,199	\$ 126,744	\$ 1,056,199	\$ 486,530
2,018	01/01/2018	31/01/2018	\$ 1,012,857.00	\$ 88,211	31	\$ 94,814	\$ 980	\$ 94,814	\$ 43,609
Totales						\$ 2,940,771	\$ 338,700	\$ 2,940,771	\$ 1,350,606

No obstante, la EST Supernumerarios S.A.S., a la terminación de cada contrato pagó lo siguiente:

LO PAGADO POR EST SUPERNUMERARIOS S.A.S.						
Año	Fecha inicial	Fecha final	Cesantías	Intereses sobre	PRIMA SERVICIOS	VACACIONES
2,015	15/01/2015	31/12/2015	\$ 784,956	\$ 87,392	\$ 783,717	\$ 358,236
2,016	01/01/2016	31/12/2016	\$ 914,206	\$ 102,696	\$ 455,747	\$ 420,685
2,017	01/01/2017	31/12/2017	\$ 991,654	\$ 111,726	\$ 991,654	\$ 456,689
2,018	01/01/2018	31/01/2018	\$ 94,814	\$ 980	\$ 94,814	\$ 43,553

Así las cosas, aplicando la prescripción conforme la normatividad referida, las diferencias adeudadas son:

Año	Cesantías	Intereses sobre	PRIMA SERVICIOS	VACACIONES
2,015	\$ 28,202	PRESCRIPTOS	PRESCRIPTOS	\$ 12,782
2,016	\$ 62,394	\$ 14,496	\$ 32,553	\$ 28,765
2,017	\$ 64,545	\$ 15,018	\$ 64,545	\$ 29,841
2,018	\$ 0	\$ -0	\$ 0	\$ 56
TOTAL	\$ 155,141	\$ 29,514	\$ 97,098	\$ 71,443

Acorde con lo anterior, y atendiendo que la parte demandante no interpuso recurso de apelación, esta Sala solo modificará los rubros que correspondan en favor de la parte apelante que lo fue la Fundación Universidad de América, evidenciándose que la condena por concepto de auxilio de cesantías, y vacaciones debe confirmarse, y se modificará los intereses a las cesantías para en su lugar fijar la suma de \$29.514, y prima de servicios en valor de \$97.098.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la EST Supernumerarios S.A.S., por cuanto su recurso de apelación no prosperó conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, y en favor de la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: CONDENAR a la Fundación Universidad de América y, de forma solidaria a Supernumerarios S.A.S., a pagar a la señora Norma Viviana Orozco Rivera las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

- 1) \$32.060 pesos por concepto de reliquidación de auxilios cesantías.
- 2) \$29.514 pesos por concepto de recreación de interés sobre las cesantías.
- 3) \$97.098 pesos por concepto de liquidación de prima de servicios.
- 4) \$8.693 pesos por concepto de liquidación de compensación en dinero de las vacaciones.
- 5) \$2.408,349 pesos por concepto de indemnización por despido injusto.
- 6) \$24.308.568 pesos por concepto de indemnización moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2018 al 13 de febrero de 2020. A partir del 14 de febrero 2020, las demandadas deberán intereses moratorios consagrados en

este artículo y sobre un capital de \$158.672 pesos hasta la verificación del pago efectivo de las prestaciones.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la pretensión principal de reintegro y parcialmente probada la de prescripción respecto de los intereses a las cesantías y prima de servicios causados con anterioridad al con anterioridad al 06 de diciembre de 2016.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo la demandada EST Supernumerarios S.A.S., y en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo la EST Supernumerarios S.A.S., y en favor de la parte actora en la suma de \$1.160.000.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105005202100067-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÁNGEL GUSTAVO SALGUERO SALGADO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor ÁNGEL GUSTAVO SALGUERO SALGADO se **condene** a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 12 de noviembre de 2019, junto con las mesadas adicionales y los incrementos anuales, a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o subsidiaria a este último la indexación, y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carpeta 1ª inst exp digital), señaló que nació el 12 de noviembre de 1957; que se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 06 de febrero de 1989, acumulando en toda su vida laboral 1.416,86 semanas; que entre marzo de 1992, y abril de 2010 laboró para el Edificio Centro de Profesionales 93B pero que en la historia laboral no aparecen los periodos del 01/01/1995 a 31/08/2000, del 01/04/2001 al 31/12/2007, y del 31/03/2008 al 30/04/2008 lo que equivale a 617,14 semanas; que su empleador pagó oportunamente sus aportes al ISS donde él se encuentra válidamente afiliado; que en la historia laboral solo le aparecen 799,72 semanas cotizadas.

Narró que, presentó reclamación administrativa de su pensión de vejez ante Colpensiones en 2020, pero que mediante Resolución SUB 266243 del 09 de diciembre de 2020, le negaron el derecho por no acreditar las semanas mínimas exigidas por la ley.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (archivo 06 carpeta 1ª inst exp digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación al ISS, que petitionó la pensión de vejez la cual se negó mediante Resolución SUB 266243 del 09 de diciembre de 2020, por lo que había quedado agotada la reclamación administrativa. Frente a los demás señaló que no eran ciertos y aclaró que ya corrigió la historia laboral.

Formuló como excepciones de fondo, las de falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

El 19 de noviembre de 2021, Colpensiones allegó (archivo 10 carpeta 1ª inst exp digital), Resolución SUB 296868 del 09 de noviembre de 2021, mediante la cual resolvió reconocer pensión de vejez en favor del actor a partir del 12 de noviembre de 2019, en cuantía inicial de \$828.116.

En audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS celebrada el 22 de noviembre de 2021, en la etapa de fijación del litigio, se fijó este única y exclusivamente por los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o subsidiariamente a estos la indexación, y las costas del proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de noviembre de 2021 (archivo 12-13 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar al señor ÁNGEL GUSTAVO SALGUERO SALGADO la suma de \$4.960.952, por concepto de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el del mes de enero de 2022 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la demandada. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: En caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES.

El *a quo* indicó que no estaba en discusión el hecho de que mediante Resolución SUB 296868 del 09 de noviembre de 2021, se le reconoció pensión de vejez en favor del actor a partir del 12 de noviembre de 2019 fecha en que cumplió 62 años de edad, en cuantía inicial de \$828.116, por lo que la única inconformidad en este asunto era si había lugar o no al reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Empezó por citar textualmente la norma referida, para luego indicar que conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, los fondos de pensiones reconocerían la pensión de vejez en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario.

Expuso que, en el expediente administrativo obraba la Resolución SUB 134797 del 24 de junio de 2020, de la cual extraía que la primera reclamación de la pensión de vejez lo había sido el **19 de mayo de igual año**, es decir, aproximadamente 6 meses después de alcanzar los 62 años de edad -12/11/2019- lo que implicaba que los 4 meses se habían cumplido el 19 de septiembre de 2020, y al no reconocerse la prestación comenzó la mora a partir del día siguiente y hasta el 30 de diciembre de 2021 que era el día en que se le iba a efectuar el pago de su mesada pensional.

Indicó que, en este asunto el demandante había sido previsivo con su futuro pensional, pues en el expediente administrativo obraba una reclamación de corrección de historia laboral de fecha 04 de abril de 2018, insistiendo el promotor del litigio en su petición el 13 de febrero de 2019, y finalmente el 19 de mayo de 2020, petitionó el reconocimiento de su pensión de vejez.

Explicó que, no había razón para que Colpensiones hubiese negado la prestación del actor, pues este desde el 04 de abril de 2018, había solicitado la corrección de la historia laboral, dando un compás de espera para que le resolvieran de más de 2 años; que tampoco había soporte de que este no hubiese allegado los documentos que acreditaban sus labores con la Industria Militar y con el Ministerio de Defensa cuando prestó servicio militar, porque desde la Resolución SUB 134797 del 24 de junio de 2020, se evidencian incluidos los mismos, luego el señor Salguero si allegó dichos soportes oportunamente, máxime que las entidades tienen a su mano todas las herramientas para verificar esa información. Agregó que, conforme los documentos sobrantes en el expediente administrativo Colpensiones tenía el certificado CETIL desde febrero de 2020, y conocía la información de la Industria Militar desde abril de 2017.

Advirtió que, Colpensiones estaba en mora de reconocer el derecho al demandante desde el 20 de septiembre de 2020, ya que este había solicitado la corrección de la historia laboral y allegado todos los documentos para que esa entidad resolviera, pero inexplicablemente lo hizo solo hasta el 09 de noviembre de 2021, prestación que se incluirá en nómina hasta el 30 de diciembre de igual año, por lo que era merecedor de los intereses pretendido, los cuales liquidó en \$4.960.952,75 así:

Tabla de intereses moratorios							
Mesada	Desde	Hasta	Días en mora	Tasa Efectiva	Tasa Nominal	Mesadas	Valor intereses
Retroactivo	20/9/2020	30/12/2021	466	25.91%	0.063%	\$9,203,137.37	\$ 2,707,965.90
sep-20	1/10/2020	30/12/2021	455	25.91%	0.063%	\$877,803.00	\$ 252,191.14
oct-20	1/11/2020	30/12/2021	424	25.91%	0.063%	\$877,803.00	\$ 235,008.89
nov-20	1/12/2020	30/12/2021	394	25.91%	0.063%	\$1,755,606.00	\$ 436,761.80
dic-20	1/1/2021	30/12/2021	363	25.91%	0.063%	\$877,803.00	\$ 201,198.65
ene-21	1/2/2021	30/12/2021	332	25.91%	0.063%	\$908,526.00	\$ 190,456.95
feb-21	1/3/2021	30/12/2021	304	25.91%	0.063%	\$908,526.00	\$ 174,394.31
mar-21	1/4/2021	30/12/2021	273	25.91%	0.063%	\$908,526.00	\$ 156,610.68
abr-21	1/5/2021	30/12/2021	243	25.91%	0.063%	\$908,526.00	\$ 139,400.72
may-21	1/6/2021	30/12/2021	212	25.91%	0.063%	\$908,526.00	\$ 121,617.09
jun-21	1/7/2021	30/12/2021	182	25.91%	0.063%	\$908,526.00	\$ 104,407.12
jul-21	1/8/2021	30/12/2021	151	25.91%	0.063%	\$908,526.00	\$ 86,623.49
ago-21	1/9/2021	30/12/2021	120	25.91%	0.063%	\$908,526.00	\$ 68,839.86
sep-21	1/10/2021	30/12/2021	90	25.91%	0.063%	\$908,526.00	\$ 51,629.89
oct-21	1/11/2021	30/12/2021	59	25.91%	0.063%	\$908,526.00	\$ 33,846.26
Valor de los intereses moratorios							\$ 4,960,952.75

Sostuvo que, como no se sabía Colpensiones cuando iba a pagar la anterior suma, esta debía ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de enero de 2022, y como IPC final el del mes anterior a su pago efectivo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que la Resolución SUB 296868 del 09 de noviembre de 2021, se emitió con base en una primera reclamación administrativa que presentó el actor el 31 de mayo de 2021; que dentro del pago que va a realizar ya se realizó una indexación de la mesada pensional desde el año 2019, y año tras año para que esa mesada no perdiera su valor adquisitivo, pago que se realizaría en diciembre de 2021.

Sostuvo que, conforme la sentencia 601 del 24 de mayo de 2000 (no refirió más información), los intereses moratorios se causan una vez reconocida la pensión cuando esta no se pague, situación que en este asunto no se había presentado porque conforme la Resolución SUB 296868 del 09 de noviembre de 2021, la prestación allí reconocida se cancelaría en diciembre de igual año.

Finalmente indicó que, las costas fijadas debían ser reducidas o no fijarse porque serían a cargo del erario público.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar, si hay lugar o no a la condena de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el presente asunto, no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el actor nació el 12 de noviembre de 1957 alcanzando sus 62 años en la misma calenda del año 2019; *ii)* que aportó al ISS hoy Colpensiones 1.416 semanas, siendo el último aporte el 02/03/2011; *iii)* que el 19 de mayo de 2020, solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, pero mediante Resolución SUB 134797 del 24 de junio de 2020, le fue negada por no cumplir con las semanas mínimas requeridas; *vi)* que el 27 de noviembre de 2020, solicitó por segunda vez el reconocimiento de su pensión de vejez, pero mediante Resolución SUB 266243 del 9 de diciembre de 2020, le fue negada por no cumplir con las semanas mínimas requeridas; y *v)* que el 31 de mayo de 2021, solicitó por tercera vez el reconocimiento de su pensión de vejez, la que mediante Resolución SUB 296868 del 9 de noviembre de 2021, le fue reconocida a partir del 12 de noviembre de 2019, en cuantía de \$828.116, prestación que sería incluida en nómina el 30 de diciembre de igual año.

Para resolver la controversia comienza la Sala por referirse al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que regula los intereses moratorios, así:

ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que en principio deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio; así se explicó por la referida Corporación en sentencia CSJ SL2037-2023:

Finalmente, en lo que respecta a la condena impuesta por intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es de recordar que la Corte, ha considerado que estos no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio, por lo que proceden siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independiente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares en las instancias administrativas, en la medida que con ellos se pretende compensar económicamente y aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación.

Y, si bien se ha estimado que pueden existir salvedades que exoneran de su imposición, siempre y cuando fluyan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales (CSJ SL3130-2020), para el presente caso no se verifica que la omisión en el reconocimiento del retroactivo pensional tuviera amparo en el ordenamiento legal vigente o nos encontremos ante un cambio jurisprudencial.

Conforme lo anterior, la imposición de intereses de mora, no procede cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan les es imposible predecir (CSJ SL3087-2014, CSJ SL11234-2015, CSJ SL8614-2017).

Acorde con lo expuesto, en el *sub examine* dichos intereses resultan procedentes puesto que, mediante la Resolución SUB 296868 del 09 de noviembre de 2021, al promotor del litigio le fue reconocida su pensión de vejez a partir del 12 de noviembre de 2019, data en que acreditó 62 años de edad, pues las semanas las tenía acreditadas desde el 02 de marzo de 2011, fecha en que se registró la novedad de retiro del sistema, es decir, que desde entonces tenía causado su derecho, sin embargo fue solo hasta la expedición del acto administrativo en mención que se le reconoció.

El apoderado de Colpensiones argumentó en su recurso de alzada, que la Resolución SUB 296868 del 09 de noviembre de 2021, se expidió ante la reclamación por primera vez de la prestación, lo cual no es cierto, pues el actor presentó su primera petición de pensión el 19 de mayo de 2020, la segunda el 27 de noviembre de 2020, y la tercera el 31 de mayo de 2021, con la que finalmente se logró el reconocimiento de la prestación, siendo evidente que el demandante tuvo que acudir en tres oportunidades a reclamar un derecho que ya estaba causado desde el 12 de noviembre de 2019, incluso acudió a la justicia ordinaria radicando esta acción el 10 de febrero de 2021.

Ahora bien, aun cuando Colpensiones tanto en la Resolución SUB 134797 del 24 de junio de 2020, como en la Resolución SUB 266243 del 09 de diciembre

de 2020, sostuvo que el afiliado no cumplía con las semanas mínimas exigidas por la ley, lo cierto es que en el expediente administrativo obra prueba de que:

- 1. Historia laboral emitida por Colpensiones actualizada al 26 de marzo de 2020, donde consta:



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 marzo/2020
ACTUALIZADO A: 26 marzo 2020

C4147953

ANGEL GUSTAVO SALGUERO SALGADO

RESUMEN DE TIEMPOS PÚBLICOS NO COTIZADOS A COLPENSIONES

El siguiente resumen **INFORMATIVO** refleja los periodos laborados en el sector público y no cotizados al ISS hoy Colpensiones.

[12]Identificación Empleador	[13]Nombre o Razón Social	[14]Desde	[15]Hasta	[16]Último Salario	[17]Semanas	[18]Lic	[19]Sim	[20]Total
899999003970	EJERCITO NACIONAL	10/08/1978	30/03/1980	\$450	84,43	0,00	0,00	84,43
899999044	INDUSTRIA MILITAR	16/06/1981	10/10/1988	\$32.440	376,43	0,43	0,00	376,00
[21]TOTAL SEMANAS REPORTADAS:								460,43

- 2. Formulario de solicitud de correcciones de historia laboral diligenciado por el demandante en debida forma y radicado el 04 de abril de 2018.
- 3. Formulario de peticiones, quejas y reclamos diligenciado por el actor reclamando la corrección de su historia laboral y la inclusión de todas las semanas laboradas, radicado el 13 de febrero de 2019.
- 4. El 23 de enero de 2020 radicó derecho de petición solicitando la inclusión de los tiempos laborados explicando cada empleador.
- 5. Petición radicada vía web el 26 de marzo de 2020 ante Colpensiones con el fin de que se incluyeran en su historia laboral las semanas laboradas entre el 19 de marzo de 1992 y el 30 de abril de 2010.
- 6. Formulario de peticiones, quejas y reclamos diligenciado por el actor reclamando la corrección de su historia laboral y la inclusión de todas las semanas laboradas, radicado el 04 de octubre de 2021.

De lo anterior, resulta evidente entonces que, para el 29 de mayo de 2020, cuando el actor solicitó por primera vez su pensión de vejez, Colpensiones ya tenía conocimiento de los tiempos laborados para el Ejército Nacional y para la Industria Militar, además que el demandante había radicado con anterioridad a esa data cuatro (04) peticiones tendientes a que se corrigiera su historia laboral, la que solo se ajustó hasta el 04 de junio de 2021, según historia laboral emitida en esa data.

Entonces, al ser negligente Colpensiones en la resolución de las peticiones de corrección de historia laboral del actor y, como quiera que este para la fecha en que solicitó por primera vez su pensión de vejez ya tenía cumplido los requisitos para acceder a ella, debió reconocer la misma en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, pero como ello no fue así, deberá pagar los intereses moratorios a partir del 20 de septiembre de 2020, tal como lo determinó el *a quo*.

Frente a la liquidación realizada en primera instancia, una vez revisada por esta Sala se observa que la misma se hizo en correcta forma, luego no hay lugar a modificación alguna.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el argumento de Colpensiones respecto de que en la Resolución SUB 296868 del 09 de noviembre de 2021 realizó la indexación de las mesadas pensionales adeudadas, se evidencia que en dicho acto administrativo se indicó lo siguiente:

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer el pago de una pensión de VEJEZ a favor del señor **SALGUERO SALGADO ANGEL GUSTAVO**, ya identificado, en los siguientes términos y cuantías:

Valor mesada a 12 de noviembre de 2019 = \$828,116

2020	877,803.00
2021	908,526.00

LIQUIDACION RETROACTIVO	
CONCEPTO	VALOR
Mesadas	21,880,011.00
Mesadas Adicionales	2,614,445.00
Descuentos en Salud	1,772,600.00
Valor a Pagar	22,721,856.00

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente prestación junto con el retroactivo si hay lugar a ello, será ingresada en la nómina del periodo 202112 que se paga el último día hábil del mismo mes en la central de pagos del banco BBVA COLOMBIA de BOGOTA DC AV 1 MAYO 29D 45 BRR SANTANDER.

Tal como se observa brilla por su ausencia la presunta indexación que Colpensiones realizó de las mesadas pensionales, por lo que su argumento carece de fundamento probatorio; por lo tanto, se confirmará la decisión consultada y apelada en todas sus partes.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLPENSIONES

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya

actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

De otro lado, si lo que pretende recurrir es el monto fijado como agencias en derecho en primera instancia, se advierte que conforme el numeral 5 del artículo 366 del CGP *«la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas»*.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones dado que su recurso de alzada no salió avante, de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	1100131050092019000085-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GUILLERMO ALONSO GARCÍA MONTOYA
DEMANDANDO	BOGOTÁ BEER COMPANY S.A.S. hoy ZX VENTURES COLOMBIA S.A.S.

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Guillermo Alonso García Montoya** se declare que existió un contrato laboral con la empresa demandada entre el 20 de marzo de 2016, hasta el 18 de julio de 2018; que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador carece de toda legalidad, toda vez que tenía fuero de estabilidad reforzada hasta el cumplimiento de la licencia de maternidad de su cónyuge. Como consecuencia, se ordene reintegrarlo al cargo que se encontraba y en las mismas condiciones laborales, al pago de los salarios dejados de percibir desde el momento en que se dio por terminado el contrato y hasta el momento en que se falle la decisión, se condene a la demandada a cancelarle lo correspondiente al subsidio familiar para su menor hija hasta el momento en que termine el presente proceso, se condene a restablecerle todas las condiciones contractuales; se condene ultra y extra petita, y al pago de costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicita se reliquiden los valores que le fueron asignados en la liquidación del 18 de julio de 2018, toda vez que el salario allí descrito no correspondía al percibido, al encontrarse disminuido en el 30% (f° 46 a 47 exp. Físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 45 a 46 exp. Físico), señaló que ingresó a laborar para la empresa demandada el 10 de mayo de 2015,

desempeñándose en el cargo de mesero; que en el mes de julio del mismo año fue promovido al cargo de administrador; que el día 20 de marzo de 2016, firmó contrato a término indefinido; que el día 4 de enero de 2017, fue promovido al cargo de supervisor de zona con personal a cargo y respondiendo con un volumen determinado de ventas y una asignación mensual de \$2.200.000.

Narró que, en el mes octubre del año 2017, enteró a sus jefes Suhany Peláez (Jefe de Capacitación), Alejandro Castillo (Jefe de Zona), Paola Solano (Jefe de Operaciones) y otros compañeros respecto a que su pareja Lorena Mosquera González se encontraba en estado de embarazo; que el día 28 de junio de 2018, nació su hija y de manera inmediata notificó a sus jefes; que el día 10 de julio de 2018, se dirigió ante la empresa con la intención de presentar notificación de Ley María expedida por la EPS, procediendo a diligenciar el formato suministrado por la accionada con el fin de solicitar 6 días de los 20 que tenía pendientes por disfrutar de vacaciones con el fin de compartir esos días en compañía de su familia; que ese mismo día hizo entrega del registro civil de la menor con el fin de ingresarla como beneficiaria en la caja de compensación de Compensar.

Sostuvo que, al regresar de las vacaciones y disfrutar de la Ley María, el día 18 de julio de 2018, el Gerente de Operaciones Rafael Hernández y el Jefe de «people» Santiago Orozco le indicaron que la empresa había decidido dar por terminado el contrato, solicitándole entregar los elementos de trabajo como Tablet y celular; que su cónyuge Lorena Mosquera González también trabajó para la empresa demandada hasta el 31 de julio de 2017.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

BOGOTÁ BEER COMPANY S.A.S. hoy ZX VENTURES COLOMBIA S.A.S. contestó (fº 138 a 142 exp. físico), se opuso las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó el contrato laboral suscrito entre las partes, pero a partir del 14 de marzo de 2016; que conoció del nacimiento de la hija del demandante cuando el trabajador entregó la licencia de paternidad expedida por la EPS; que ese mismo día solicitó vacaciones; así mismo aceptó fecha de terminación del contrato sin justa causa; respecto de los demás hechos, dijo no ser ciertos.

Propuso como excepciones de fondo, las de pago y cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la sociedad empleadora, ahora demandada, falta de dependencia de la señora Lorena Mosquera del señor Guillermo González y situación de cotización directa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de julio de 2021 (f°241, CD f° 190), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a ZX VENTURES COLOMBIA S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por GUILLERMO ALONSO GARCÍA MONTÓYA en el presente proceso.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de pago y cumplimiento de las obligaciones laborales propuestas por la pasiva en su contestación.

TERCERO: COSTAS. Las costas serán a cargo de la parte demandante. Fíjense como como agencias en derecho la suma de \$300.000 de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

Como **fundamento a su decisión** señaló que, dentro del plenario había quedado demostrado que la señora Lorena Mosquera González al momento en que nació su hija se encontraba afiliada a Compensar EPS en calidad de cotizante; que en interrogatorio de parte rendido por el actor se había constatado que su compañera no estaba incluida dentro de sus beneficiarios en salud para la época del despido, adicionalmente, de las pruebas recaudadas no se acreditaba que la compañera del actor se encontrara para el momento de su despido sin vínculo laboral y dependiera económica, y asistencialmente de su pareja, requisito indispensable para el otorgamiento de la estabilidad laboral solicitada de acuerdo a lo estipulado jurisprudencialmente.

Arguyó que, sobre el particular no se había hecho mención en los hechos de la demanda y que lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte a esos supuestos, no servía como medio de convicción de los hechos debatidos, ya que la prueba de confesión solo tenía validez sobre los hechos que resultaran adversos al confesante o favorecieran a la parte contraria, tal y como lo disponía el artículo 191 del CGP; por consiguiente, absolvió a la demandada frente a esta pretensión.

Agregó que, frente a la reliquidación de las prestaciones sociales se había aportado liquidación final del contrato de trabajo y una reliquidación con las cuales se estableció que el pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido injusto a la terminación del contrato de trabajo se había realizado sobre un salario básico de \$1.500.000, más un factor variable, reconociéndose \$1.176.385 por cesantía, \$77.641 por intereses a las cesantías, \$89.559 por prima de servicios, \$1.327.718 por compensación de vacaciones y \$3.936.149 por indemnización por despido sin justa causa, valores que habían sido reliquidados pagándose \$83.333 por cesantía, \$5.500 intereses a las cesantías, \$140.556 por prima de servicios y \$158.178 por indemnización por despido sin justa causa.

Sostuvo que, le correspondía al demandante demostrar conforme a las reglas de la carga de la prueba, las aseveraciones contenidas en los hechos que

soportaban sus pretensiones, sin que se pudiera demostrar que la liquidación efectuada por la demandada se hubiera hecho sobre un salario inferior en un 30% al realmente devengado, por el contrario, se observaba que los valores reconocidos se encontraban ajustados a derecho, en ese sentido absolvió también sobre esta pretensión.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación el cual sustentó, así:

No se tuvieron en cuenta las pruebas allegadas cuando hubo reconocimiento pleno respecto de que existió la documentación que soportaba que con anterioridad se había suministrado la información del estado de embarazo y de la incapacidad que se radicó ante la empresa, así como la sustentación, sino era beneficiario el señor Guillermo de esta prestación, sino estaba incluida la compañera permanente, tampoco habría sido reconocida, sobre este argumento quiero interponer el recurso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en estricta aplicación del principio de consonancia previsto en precepto 66 A del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento del despido por encontrarse su compañera permanente en periodo de lactancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1, artículo 239 y numeral 1, artículo 240 del CST; **ii)** en caso afirmativo, si hay lugar al reintegro al cargo en el que se encontraba al momento del despido o en uno similar, junto con el pago de las acreencias laborales y aportes a seguridad social dejados de percibir.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre las partes suscribieron un contrato laboral a término indefinido, el cual inició el 14 de marzo de 2016, desempeñándose el demandante en el cargo de «Bodega Manager» con un salario mensual de \$720.000 (f° 124), **ii)** que el día 18 de julio de 2018, la demandada dio por terminado el contrato laboral sin justa causa a partir de dicha data (f° 133; **iii)** que el actor recibió como liquidación final la suma de \$8.710.681, de acuerdo a los dos liquidaciones efectuadas por la accionada en donde se incluyó indemnización por despido sin justa causa (f° 135 a 137); y **iv)** que el día 28 de junio de 2018, nació la hija del señor García Montoya y Lorena Mosquera González (f° 7).

i) Fuero de paternidad

El fuero de paternidad tuvo sus primeros inicios en la sentencia SU 389 de 2005, allí la Corte Constitucional extendió por primera vez a los padres cabeza de familia las medidas de estabilidad laboral reforzada previstas a las madres cabeza de familia que vieran suprimidos sus cargos o dieran por terminado los contratos de trabajo como consecuencia de la aplicación del programada de renovación de la administración pública, considerándose que dicha medida buscaba proteger la unidad familiar y bienestar de los menores que se encontraban al cuidado de sus padres, con fundamento en el artículo 44 de la Constitución Política.

Posteriormente, mediante sentencia **C 005 de 2017**, la Corte declaró exequible condicionada el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del CST, en el entendido que la prohibición del despido y la exigencia del permiso para llevarlo a cabo, se extendiera al trabajador que tuviera la condición de cónyuge o compañero permanente de la mujer en período de embarazo o lactancia, en la citada sentencia la Corte señaló unos requisitos puntales para gozar de dicho beneficio, precisando:

*La exclusión, no justificada, de los padres trabajadores o de la pareja de la gestante o lactante de la protección laboral reforzada, discrimina no solamente a estos miembros del núcleo familiar, **sino también a la madre gestante cuya estabilidad depende de su pareja vinculada laboralmente, e incluso del infante comoquiera que quedaría en riesgo, incluso la asistencia y atención en salud oportuna y continua del proceso de gestación y nacimiento.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

*En ese orden de ideas, la extensión de la protección de la estabilidad laboral reforzada al cónyuge, compañero permanente o a la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante, **carente de vínculo laboral, y que dependa económica y asistencialmente de su pareja,** contribuye a neutralizar la discriminación a la que, de hecho, se ha visto enfrentada la mujer en el campo laboral, al circunscribir la protección en virtud de la maternidad y lactancia única y exclusivamente a ella. El fortalecimiento del principio de corresponsabilidad de los miembros de la pareja frente a las obligaciones familiares, mediante la extensión de la protección aquí prevista, desfocaliza de la mujer, como única destinataria del fuero de maternidad y de lactancia, las prevenciones a la hora de contratar o vincular laboralmente a un empleado(a). (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

(e) La existencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas, y por consiguiente la configuración de un incumplimiento, de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Los mandatos constitucionales que vinculan al legislador para una regulación que incluya al padre trabajador o a la pareja trabajadora de la mujer gestante o lactante, son variados y se correlacionan con los fundamentos constitucionales de la protección a los que se ha hecho referencia en el desarrollo de esta providencia.

En primer lugar, cabe destacar que la condición del Estado colombiano de signatario de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, le impone claros compromisos en lo relativo a la adopción de medidas orientadas a “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones

estereotipadas de hombres y mujeres”. (Art. 15.a). La extensión de la protección laboral reforzada a los padres constituye un avance en la modificación de los patrones socioculturales y los estereotipos, que depositan en un alto porcentaje, el peso del embarazo y la lactancia en la mujer.

De otra parte, los artículos 43 y 53 C.P. imponen al legislador, específicamente al laboral, la expedición de normas en las que se proteja de manera especial a la mujer y a la maternidad, sin condicionar esta tutela a una relación laboral con la gestante. Así mismo, la ley fundamental vincula al legislador a reconocer la igualdad en las relaciones paterno-filiales entre hombre s y mujeres (Art. 42 C.P.), y a diseñar mecanismo de protección y asistencia a los niños y niñas, involucrando en este propósito a la familia, la sociedad y el Estado (Art. 44).

Finalmente, la omisión que el ciudadano demandante acusa emerge directamente de los preceptos acusados, esto es, del numeral 1º del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto regulan la prohibición de despido a la trabajadora lactante o gestante, y la necesidad de solicitar autorización al funcionario competente para proceder a su desvinculación, sin que en tal regulación se contemple implícita o explícitamente al trabajador o trabajadora que sea cónyuge o pareja y sostén de la mujer no trabajadora en período de embarazo o lactancia.

El fuero de maternidad, con el alcance previsto en los preceptos acusados, recoge la perspectiva promocional que animó la doctrina y la normatividad internacional de comienzos y mediados del siglo pasado¹, anclada en el propósito de salvaguardar a la mujer embarazada o lactante trabajadora de la discriminación en el ámbito laboral, enfoque que conserva indiscutible relevancia en el estado actual de desarrollo de los derechos de acceso y permanencia de la mujer en el trabajo. Sin embargo, dicha visión debe ser actualizada y ampliada desde dos puntos de vista. En primer lugar, debe ser comprehensiva del carácter complejo que a dicha protección le ha reconocido el constitucionalismo colombiano, en cuanto trasciende el derecho a la igualdad de la mujer en el ámbito laboral (Arts. 13 y 53) y se extiende a la protección de la mujer gestante o lactante en general (Art. 43), de la vida, de la familia (Arts. 5 y 42), y del interés superior del menor (Arts. 11 y 44). Y en segundo lugar, debe ponerse a tono con las tendencias actuales del derecho humano al trabajo que propugnan por un fortalecimiento de la corresponsabilidad de la pareja frente a las obligaciones respecto de los hijos, y por una titularidad indiferenciada (neutra) de los derechos de conciliación entre vida familiar, personal y laboral, que promueva la superación de los clásicos modelos de reparto de responsabilidades familiares en procura de una mayor equidad de género. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Adicionalmente, dijo:

*Acogiendo una sugerencia de algunos de los intervinientes, la protección se concederá **teniendo en cuenta la condición de beneficiaria de la mujer gestante o lactante, del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador o trabajadora a la cual se extiende la protección laboral reforzada.** Ello, con el propósito de ajustar la protección a los fundamentos constitucionales que le proveen sustento jurídico, esto es, la protección de la unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente de los niños y niñas. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Tal beneficio y condiciones para su otorgamiento fueron regulados por la Ley 2141 de 2021, en donde se especificó de forma concreta las exigencias para acceder a la estabilidad por parte del padre, los cuales se consagraron en los siguientes requisitos:

¹ El Convenio No. 3 de 1921 de la OIT (Art. 3º), estableció pautas para una protección de la mujer trabajadora antes, durante y con posterioridad al parto; el Convenio 183 de 1952 de la OIT (Art. 3º) relativo a la protección de la maternidad; el Convenio 111 de 1958 (1.1) de la misma organización que prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación por razones de sexo; la Resolución 95 de 1952 de la OIT (Art. 4º) sobre protección de la maternidad.

- i) Que la cónyuge, pareja o compañera permanente del trabajador se encuentre en estado de embarazo o dentro de las 18 semanas posteriores al parto y que no tenga un empleo formal.
- ii) La prohibición se activa con la notificación del empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente.
- iii) Declaración que se entienda presentada bajo la gravedad de juramento de la cónyuge, pareja o compañera permanente carece de empleo.
- iv) La notificación al empleador podrá hacerse de manera verbal o por escrito. El trabajador tendrá un (1) mes para adjuntar prueba que acredite el estado de embarazo de su cónyuge, pareja o compañera permanente.

La anterior normatividad empezó a regir a partir del 10 de agosto de 2021, de manera que para momento del despido del demandante (18 de julio de 2018), aún no había nacido a la vida jurídica; por lo tanto, los requisitos que debía cumplir eran los señalados en sentencia C 005 de 2017, que se concretaron en los siguientes:

- i) Que la cónyuge, pareja o compañera permanente dependiera económicamente y asistencialmente del trabajador.
- ii) Que la cónyuge, pareja o compañera permanente acreditará su condición de beneficiaria del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado trabajador.

Por lo expuesto, queda claro que la condición de beneficiaria en salud de la cónyuge, pareja o compañera permanente del trabajador, así como su dependencia económica de él, resultaban ser el eje fundamental para acceder al beneficio solicitado; así lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C 005 de 2017, en donde indicó:

*En cuarto lugar, sostienen que la mujer gestante que pierde su condición de beneficiaria de un cotizante puede afiliarse como independiente, como beneficiaria de sus padres, o vincularse al régimen subsidiado de salud o a la red pública de servicios de salud para población pobre no vinculada. **Esta justificación desconoce así mismo, los fundamentos constitucionales de la protección, en especial la concepción de la maternidad como un episodio relevante de la vida de pareja que involucra componentes emocionales muy importantes, que se sustentan en el apoyo mutuo entre los miembros de la pareja unidos por el proyecto común de la maternidad-paternidad. El soporte de la seguridad social en salud oportuna y continua es fundamental para enfrentar este especial momento familiar.*** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Acorde con lo anterior, al entrar a revisar el acervo probatorio allegado al plenario, encontramos historia clínica de la compañera permanente del demandante de la cual se observa que para el momento del nacimiento de su hija se encontraba en calidad de afiliada cotizante en la EPS Compensar (f° 4), lo cual se corrobora

con el certificado de afiliación expedido por Cafesalud de fecha 8 de marzo de 2016, en la que consta como afiliado cotizante el señor Guillermo Alonso García desde el 12 de mayo de 2015 y como beneficiarios sus padres (f°129). Asimismo, en interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló:

APODERADA: *Señor Guillermo, sírvase por favor indicar, ¿si usted afilió a su compañera permanente como beneficiaria del régimen contributivo de salud a la EPS Cafesalud?*

GUILLERMO: *No, en ese momento yo no la afilié porque era más fácil, si yo la afiliaba directamente, el tema de las citas médicas y el pago de la cuota para atención a las citas era mayor por ese motivo ella estaba por SISBEN.*

APODERADA: *¿Para el 18/07/2018, su compañera permanente estaba afiliada como cotizante activa al régimen contributivo de salud?*

GUILLERMO: *Afirmo, ella estaba como te comento, ella estaba afiliada por parte del SISBEN por parte de Compensar.*

Hasta este punto, se colige que la parte actora no acreditó los requisitos para acceder al fuero de paternidad solicitado, pues si bien notificó a su empleador del estado de embarazo de su compañera, como fue reconocido por la accionada en el hecho 8 de la demanda, al aceptar que el señor Guillermo García entregó a la compañía la licencia que emite la EPS y ese mismo día solicitó vacaciones; no obstante, no logró demostrar que su compañera permanente tuviera la calidad de beneficiaria en salud al momento del parto y del despido, tampoco acreditó de manera contundente la dependencia económica que esta tenía de él; y aun cuando se allegó el acta de declaración extraproceso de la pareja donde se señala: «Declaramos que vivimos en unión marital de hecho, compartiendo techo, lecho y mesa de manera continua e ininterrumpida desde hace 7 meses y medio. Declaramos que de nuestra unión existe una hija quien responde al nombre de ISABELLE GARCIA (sic) MOSQUERA, de 1 mes y medio [...]. Declaramos que la señora no trabaja, se dedica a las labores del hogar, no recibe ingresos por ningún concepto. La familia depende económicamente del señor»; no obstante, se advierte que fue expedida el 15 de agosto de 2018, es decir, con posterioridad al despido.

Aunado a ello, no se trajo otras pruebas con las cuales se acreditará la dependencia económicamente al momento del despido, tan solo se cuenta con la declaración antes mencionada y el interrogatorio rendido por el señor Guillermo García, que como bien lo refirió la Juez no resultan pertinentes para demostrar el requisito solicitado, ya que la confesión debe versar sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, tal y como lo dispone el artículo 191 del CGP.

De conformidad con lo expuesto, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

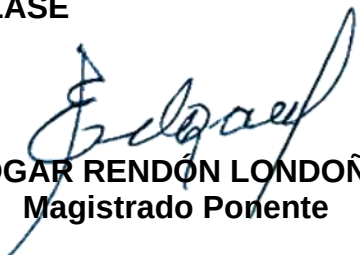
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

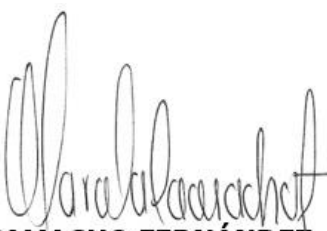
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



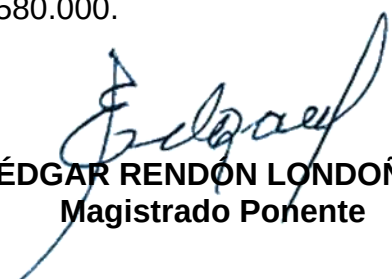
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105014201800458-02
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTES	- EDNA JANETH SÁNCHEZ LUNA - JORGE LUIS SÁNCHEZ LUNA - JOSÉ FIDELO SÁNCHEZ BASTOS - NIDIA CECILIA SÁNCHEZ LUNA - LUZ MARY SÁNCHEZ DE CHACÓN En calidad de hijos del señor BELARMINO SÁNCHEZ OLIVEROS (q.e.p.d.)
DEMANDANDO	CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR

En Bogotá D. C. a los Veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende los señores **Edna Janeth, Jorge Luis, José Fidelo, Nidia Cecilia y Luz Mary Sánchez** se declare que la pasiva al momento de determinar el monto de la primera mesada pensional omitió incluir aportes, prestaciones, sumas y devengos debidamente causados, pagados o insolutos, llamados a ser tenidos en cuenta para integrar el IBL como: sobresueldo, bonificación por servicios prestados, quinquenio, prima de vacaciones y las vacaciones compensadas en dinero, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, viáticos y prima de olor, factores salariales que están llamados a incrementar la mesada pensional en por lo menos \$300.000; que al momento de determinarse el monto de la primera mesada pensional se tomó como tasa de remplazo e IBL inferior al que en derecho correspondía; que con ocasión al fallecimiento del señor Belarmino Sánchez Oliveros se ha causado el derecho al reconocimiento y pago del seguro de muerte y/o compensación dineraria de orden convencional.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada a reliquidar la mesada pensional que percibía el señor Belarmino Sánchez Oliveros incluyendo todos los devengos y prestaciones llamadas a integrar el IBL y con aplicación

del correcto porcentaje de la tasa de remplazo en un 90%; se tenga en cuenta los aportes, devengos, prestaciones y acreencias del causante en el último año de servicios o pluralidad de años según sea más favorable, se condene a la indexación del retroactivo y de la primera mesada pensional; que se condene al reconocimiento y pago del auxilio funerario, a la compensación funeraria o seguro por muerte del pensionado, equivalente a 47 meses de la integridad de la última mesada pensional correspondiente al causante para cada uno de los demandantes; que se condene al pago de la compensación funeraria o seguro por muerte teniendo en cuenta los dos caudales que por pensión compartida percibía el causante entre la CAR y Colpensiones, a los intereses por mora, indexación, los que resulte probado ultra y extra petita, al pago de gastos procesales y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó fulminar condena respecto de tal prestación en proporciones iguales para cada uno (f° 34 a 35, exp- físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 35 a 36, exp. físico), señalaron en síntesis que, el señor Belarmino Sánchez Oliveros se vinculó a la CAR mediante un contrato de trabajo a término indefinido; que permaneció al servicio de dicha entidad por más de 20 años hasta adquirir el derecho pensional; que desde el inicio de su relación laboral se afilió y efectuó aportes al sindicato de trabajadores de la CAR.

Precisaron que, la CAR y el sindicato negociaron, estructuraron, firmaron y depositaron en la debida forma convención colectiva, la cual ha sido objeto de modificaciones para mejorarla; que el trabajador devengaba auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, bonificación por vacaciones, prima de mitad de año, prima especial de navidad, tiempo extra, dominicales, festivos, recargos nocturnos, prima especial de servicios, días de descanso compensados en dinero, prima de antigüedad, quinquenio, sobresueldo por operar equipo pesado, prima de olor o bonificación por laborar en la cuenta hidrográfica de los ríos Bogotá, Ubaté, Suárez y Suta, entre otros.

Indicaron que, la CAR al momento de determinar la tasa de remplazo omitió tener en cuenta el principio de favorabilidad; que Colpensiones al momento de determinar el IBL no tuvo en cuenta lo que realmente había devengado el señor Belarmino Sánchez, así como tampoco tuvo en cuenta la indexación de la primera mesada pensional; que el señor Sánchez enviudo permaneciendo en dicho estado civil hasta el momento de su muerte que ocurrió el 6 de abril de 2016; que son los únicos beneficiarios del pensionado fallecido.

Agregaron que, fueron quienes asumieron los gastos del sepelio; que en la convención colectiva de trabajo contempla un auxilio fúnebre a favor de los beneficiarios

del pensionado, así como seguro por muerte o compensación dineraria; que la mesada pensional que recibía el señor Belarmino Sánchez era compartida entre Colpensiones y la CAR; que en las denuncias y correspondientes pliegos presentados y negociados entre la CAR y el sindicato con posterioridad al año 1995, no se incluyó la cláusula 59 convencional, no siendo entonces objeto de modificación; que para el año 2000, las partes de la convención colectiva de la CAR, no efectuaron denuncia de la misma, no existió pliego petitorio, no se nombraron comisiones negociadoras, no hubo etapa de arreglo directo o Tribunal de Arbitramento; por lo tanto, no se modificó el artículo 59, ni ninguna otra de la convención colectiva, manteniéndose entonces su integral vigencia.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR**, contestó la demanda (f.º 117 a 149, exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la relación laboral que tuvo el señor Belarmino Sánchez con la entidad por un término de 19 años, 1 mes y 29 días; que era cierto que la CAR a partir del mes de julio de 1971, suscribió convenciones colectivas con el sindicato de trabajadores; sin embargo, en la actualidad no existía ninguna convención vigente, aceptó también la fecha de fallecimiento del señor Sánchez y la pensión compartida que percibía por parte de dicha Corporación y Colpensiones; en relación a los demás hechos, dijo no ser ciertos y no constarle.

En su defensa, propuso como excepción previa la de pleito pendiente entre las mismas partes y el mismo asunto y falta de competencia del Juez Laboral para conocer y resolver las pretensiones 2 y 7, formuladas por los demandantes. Como excepciones de fondo, propuso las de prescripción, carencia de prueba del acto solemne de la convención colectiva de trabajo, falta de legitimación en la causa por activa de los demandantes para formular pretensiones relacionadas con la reliquidación de la pensión y con la indexación de la primera mesada pensional del señor Belarmino Sánchez Oliveros, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

ACTUACIONES EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante audiencia celebrada el día 11 de marzo de 2020, la Juez resolvió las excepciones previas propuestas por la entidad demandada denominada pleito pendiente y falta de competencia, declarando probada la excepción de pleito pendiente en lo que respectaba a las pretensiones 1, 3, 6, 8, 9, 12 y 14, todas relacionadas con la reliquidación de la pensión en la que se incluyeran factores salariales, montos, devengos y prestaciones llamadas a integrar el IBL.

En esa misma providencia el *a quo* declaró probada la excepción de falta de competencia frente a la demandante Luz Mary Sánchez de Chacón, bajo el argumento de que no se había presentado copia de una reclamación administrativa ante la CAR

por parte del abogado Jairo Hely Ávila Suárez en representación de dicha demandante, existiendo carencia absoluta para representarla (CD f° 190, exp. físico).

De la anterior, decisión la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación; la Juez al resolver el recurso de reposición hizo aclaración sobre cuáles eran las pretensiones que se encontraban excluidas del litigio, señalando que correspondía a los numerales 1, 3, 6, 8, 9, 10 y 14, y no la pretensión 12 como equivocadamente lo había dicho, decisión frente a la cual la parte demandante no tuvo reparo; en relación a la excepción de falta de competencia, la *a quo* se mantuvo en lo resuelto, remitiendo el proceso ante el Tribunal Superior de Bogotá para definir el conflicto; esta Colegiatura en providencia del 13 de mayo de 2021, confirmó el auto apelado (f° 86 a 89, cuaderno 2, exp. Físico).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado mediante sentencia del 6 de diciembre de 2021 (CD f° 202, exp. físico), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

- a.) A favor de EDNA JANETH SÁNCHEZ LUNA la suma de \$30.043.833,50
- b.) A favor de JORGE LUIS SÁNCHEZ LUNA la suma de \$30.043.833,50
- c.) A favor de NIDIA CECILIA SÁNCHEZ LUNA la suma de \$30.043.833,50
- d.) A favor de JOSÉ FIDELIO SÁNCHEZ BASTOS la suma de \$30.043.833,50

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR, a pagar estas sumas debidamente indexadas desde que se hicieron exigibles y hasta cuando se verifique su pago.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR de las restantes pretensiones incoadas por las partes demandantes, de conformidad con lo considerado en la parte motiva.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES solicitadas por la convocada a juicio, en relación con la pretensión que salió avante.

QUINTO: CONDENAR en costas de la acción al extremo demandado, Tásense.

Como **fundamento a su decisión**, señaló que al resolver sobre las pretensiones que habían quedado vigentes en este proceso que correspondía a la compensación dineraria o seguro por muerte del pensionado y el pago del auxilio funerario, se tenía que en cuanto al primero de los beneficios, el mismo se encontraba establecido en el artículo 59 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1995, entre el sindicato y la entidad demandada; que al respecto la CAR en su contestación había señalado que dicha disposición convencional ya no se encontraba vigente ante la disolución del sindicato que había ocurrido en mayo del año de 2000; por lo tanto, los efectos jurídicos de la convención se habían extinguido para aquellos que no habían consolidado el derecho a la fecha de disolución del sindicato; que en el presente caso el fallecimiento del pensionado había ocurrido el 06/04/2016, además de que para dicha

data, ya no tenía la calidad de pensionado de la CAR, sino que disfrutaba de una pensión de vejez por parte de Colpensiones y la entidad solo se encontraba pagando una diferencia entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez.

Acotó que, desestimaba los argumentos de la accionada para no reconocer el beneficio convencional teniendo en cuenta que artículo 474 del CST establecía que aún en los casos en que la organización sindical que hubiera celebrado una convención, la misma se disolviera continuaba rigiendo los derechos y obligaciones allí contenidos, tal y como lo había enseñado también la jurisprudencia y la doctrina del trabajo, de manera que dichas cláusulas normativas no perdían vigencia como consecuencia de la disolución de la organización sindical; en ese orden, al causante señor Sánchez Oliveros le era aplicable el acuerdo colectivo de trabajo durante la vigencia de la relación laboral, indicativo de ello era que se le había reconoció una pensión de jubilación con fundamento entre otros, en el artículo 79 de la Convención Colectiva de Trabajo como constaba en la resolución 4387 del año 1986, luego entonces, se beneficiaba de los acuerdos colectivos que regían con antelación a la disolución del sindicato.

Refirió que, el derecho reclamado se encontraba establecido convencionalmente para cuando el causante había ostentado la calidad de trabajador como lo evidenciaba las Convenciones Colectivas aportadas como prueba con las debidas constancias de depósito; que la Convención Colectiva con vigencia 01/07/1991 al 30/07/1993, se había pactado en la cláusula 59, que en caso de muerte de un trabajador al servicio de la CAR sus beneficiarios en el orden establecido en las normas legales vigentes, tendrían derecho a que la Corporación les pague una compensación equivalente a 45 meses del último salario básico devengado por el causante; además, los beneficiarios tendrían derecho al pago de las prestaciones sociales que le hubieren correspondido al causante según las normas legales, cláusula que se había reproducido en las Convenciones Colectivas del 01/07/1995 al 30/06/1996, solo que se había incrementó la compensación dineraria por muerte del trabajador o del pensionado a 47 meses del último salario básico o de la última mesada pensional.

Arguyó que, acorde con la documental anexa, se había evidenciado que el 18/09/1997, el sindicato de trabajadores había firmado un acta de acuerdo final para dar solución definitiva al conflicto colectivo surgido a propósito de la presentación de pliego de peticiones que originó la respectiva negociación, acuerdos que habían sido integrados con las cláusulas convencionales vigentes, destacándose que en el convenio suscrito el 30/07/1998, habían estipulado las partes que el mismo regiría entre el 01/07/1998 y el 30/06/2000, modificándose con ello la cláusula 90 de la convención suscrita en el año 1995, que había establecido una vigencia solamente de 1 año, es decir, hasta 30/06/1996; en conclusión dicha convención expiraba o perdía vigencia a partir del 01/07/2000, frente a lo cual se podía establecer que señor Sánchez Oliveros era beneficiario de la cláusula convencional al haberse pactado y permanecer en

vigencia del contrato de trabajo y que correspondía a una compensación dineraria dirigida a los familiares y que se causaba por muerte del pensionado.

Precisó que, dadas las anteriores razones procedía a reconocer el beneficio solicitado; que al no haberse acreditado en este caso la existencia de cónyuge sobreviviente conforme al numeral 2° del artículo 53 del Decreto 1848 de 1969, los aquí demandantes tenían derecho al valor del seguro, el cual debía pagarse en proporciones iguales a cada uno de ellos.

En cuanto al monto, señaló el *a quo* que dentro de la cláusula convencional se había establecido que correspondía a un equivalente a 47 meses de salario básico, caso de trabajadores activos o de la última mesada pensional correspondiente a los pensionados, de manera que atendiendo que la pensión del causante para la fecha de su deceso el 06/04/2016, ascendía a \$2.556.922, aun cuando la CAR solo asumía el mayor valor por efectos de la compartibilidad, lo cierto era que la pensión era una sola, independientemente de que en su pago concurrieran dos partes; por lo tanto, correspondía a la CAR pagar la suma de \$120.175.334, la cual debía ser distribuida por partes iguales entre cada uno de los demandantes en la suma de \$30.043.833, 50, para cada uno de ellos.

Finalmente, en cuanto al auxilio funerario recalcó el fallador de primer grado que debía negarse, pues según la cláusula convencional, la misma se causaba por el fallecimiento de cualquiera de los familiares del trabajador de la CAR, calidad que no habían fungido los demandantes; además, de conformidad con dispuesto en artículo 51 de la Ley 100 del 1993, dicho auxilio lo paga la administradora de fondos de pensiones a la persona que comprobará haber pagado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado; sin embargo, en este caso no se encontraba como demandada Colpensiones y aunado a ello, los accionantes no habían allegado prueba de haber sufragado gastos de entierro.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación, argumentando que no compartía la decisión de primera instancia, insistiendo en las razones expuestas en la contestación de la demanda, en el sentido de la compensación dineraria de pago por muerte del pensionado no se encuentra vigente, por tanto, no puede ser reconocido a los demandantes; en ese entendido la Corporación debe ser absuelta de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el artículo 59 de la Convención Colectiva 1995-1996, correspondiente a la compensación dineraria o seguro por muerte perdió su vigencia a partir del año 2000.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante resolución No. 437 de 1986, la entidad demandada le reconoció al señor Belarmino Sánchez Oliveros la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1950 de 1973, a partir del 1 de junio de 1986, con una mesada inicial de \$80.505,90; **ii)** que el ISS hoy Colpensiones mediante resolución 1471 del 15 de marzo de 1999, le reconoció la pensión de vejez al señor Sánchez Oliveros; **iii)** que la CAR a través de resolución 4452 del 16 de agosto de 1989, reconoció al causante a partir del 1 de mayo de 1989, la diferencia entre el valor de la pensión de vejez reconocida por el ISS y la de jubilación reconocida por la CAR en la suma de \$85.018,87; **iv)** que entre la entidad accionada y el sindicato de trabajadores se incorporó dentro de la convención colectiva un subsidio en caso de muerte del trabajador al servicio de al CAR o de un pensionado, el cual se encuentra plasmado en el artículo 59 (CD f° 59 y CD 26, 27 y 40); **v)** que el señor Belarmino Sánchez Oliveros falleció el 6 de abril de 2016 (f°12); y **vi)** que los señores Edna Janeth Sánchez Luna, Nidia Cecilia Sánchez Luna, Jorge Luis Sánchez Luna y José Fidelo Sánchez Bastos son hijos del causante como se demuestra en los registros civiles de nacimientos aportados la plenario (f° 22, 24 a 25).

Vigencia artículo 59 CCT, denominada compensación en dinero por muerte

El artículo 59 de la Convención Colectiva 1995-1996, consagró:

En caso de muerte de un trabajador al servicio de la CAR o de un pensionado, sus beneficiarios en el orden establecido en las normas legales vigentes, tendrán derecho a que la Corporación les pague una compensación equivalente a cuarenta y siete (47) meses del último salario básico o de la última mesada pensional correspondiente al causante. Si la muerte ocurriere por accidente, la compensación será de setenta y ocho (78) meses, liquidados con base en el último salario básico o mesada pensional correspondiente al causante. Además los beneficiarios del trabajador tendrán derecho al pago de las prestaciones sociales que le hubieren correspondido a éste, según las normas legales.

Alude el recurrente que, se encuentra inconforme con la decisión de primera instancia, bajo el entendido de que la norma convencional no se encontraba vigente

para el momento del fallecimiento del señor Belarmino Sánchez Oliveros, conforme a los razonamiento señalados en su escrito de contestación que hace referencia a los siguientes aspectos: *i)* que si bien dentro de la convención colectiva de 1995, se plasmó dicho beneficio, la misma tenía una vigencia de 1 año, contado a partir del 1 de julio de 1995, salvo los artículos 12, 25, 32, 40, 57 y 62, que tenían una vigencia de 2 años, pero fue modificado por el laudo arbitral del 27 de noviembre de 1996 y posteriormente, mediante acta especial suscrita el 24 de mayo de 2000; que no incluyó dentro de los beneficios de los pensionados la compensación por muerte, entendiéndose que a partir del año 2000, no se encontraba vigente; *ii)* que la organización sindical fue disuelta el 31 de mayo de 2000, tal como constaba en la sentencia del 28 de agosto de 2009, proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá en la que se indicaba que los actos que hubiere efectuado el sindicato eran ineficaces, por ello no era procedente reconocer la compensación reclamada; *iii)* que debía considerarse que el señor Belarmino Sánchez Oliveros no era pensionado de la CAR, por cuanto disfrutaba una pensión de vejez otorgada por el ISS y simplemente la CAR le pagaba la diferencia entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez; y *iv)* que los demandantes carecían de la condición de beneficiarios de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

En cuanto al primero de los argumentos, revisado el laudo arbitral del 27 de noviembre de 1996, se observa que allí refiere que se conservaría la redacción de la convención y se modificaría únicamente las cuantías de los respectivos valores numéricos, sin que en ninguna parte se hiciera mención al artículo 59, objeto de discusión; de otro lado, no se encontró el acta especial suscrita el 24 de mayo de 2000, a la se refiere en el escrito de contestación; sin embargo, al verificarse el acta de acuerdo del 30 de julio de 1998, nota la Sala que dentro del mismo solo se hicieron unos incrementos en los puntos específicos plasmados dentro de la esta, sin que se refiriera a la mencionada compensación; de igual forma, se plasmó que dicho acuerdo regiría entre el 1 de julio de 1998, hasta el 30 de junio de 2000, modificándose la cláusula 90 de la convención suscrita en el año 1995, que estableció una vigencia de 1 año; por lo que le asiste razón al Juez que en la cláusula colectiva se mantuvo hasta el 1 de julio del año 2000 (CD f° 40, exp. físico), de manera que, mientras el causante estuvo vinculado para la entidad demandada el acuerdo convencional permanecía vigente.

De otra parte, tampoco luce acertado el reproche del recurrente al referir que la convención colectiva de trabajo es ineficaz ante la disolución del sindicato el 31 de mayo de 2000, y por lo tanto, los beneficios convencionales se extinguieron para dicha data, pues debe decirse que el artículo 467 del CST, establece que a través de la convención colectiva de trabajo se fijan las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia; lo cual eventualmente se puede prorrogar de manera automática, por términos sucesivos de seis en seis meses como lo refiere el artículo 477 del CST, y con la característica de que no obstante la disolución del sindicato que la suscribió continúa

rigiendo los derechos y obligaciones del patrono, y los trabajadores, como lo consagra el artículo 474 del mismo canon normativo.

Para el efecto, resulta pertinente traer a colación la sentencia CJS SL3993-2022, de la Sala Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia que, en un caso con aspectos similares a los aquí estudiados, en los que se discutía la validez del artículo 59 convencional a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se dijo:

Dada la senda seleccionada para el ataque, no se discute que Luis Felipe Ramos Gómez falleció el 19 de abril de 2015 (fls. 12 y 130), fue pensionado por jubilación de la CAR a partir del 1 de enero de 1987 (fls.97 a 98), compartida con la legal del ISS, desde el 14 de octubre 1989 (fls. 111 y 114). También, queda a salvo de la controversia que cuando murió el pensionado, se hallaba vigente la Convención Colectiva 1995-1996, que en su cláusula 59 estipula:

En caso de muerte de un trabajador al servicio de la CAR o de un pensionado, sus beneficiarios en el orden establecido en las normas legales vigentes, tendrán derecho a que la Corporación les pague una compensación equivalente a cuarenta y siete (47) meses del último salario básico o de la última mesada pensional correspondiente al causante.

La censura considera indebidamente aplicado el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que el juez de apelaciones consideró que no había lugar a conceder el auxilio funerario, pues para la fecha en que falleció Luis Felipe Ramos, la convención colectiva de trabajo ya había perdido vigencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 1, parágrafo transitorio 3. Dicho canon, consagra

Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010 (resalta la Sala).

Desde ya, debe decirse que asiste razón a los recurrentes en la medida en que, de la sola lectura del parágrafo transitorio 3 de la reforma constitucional, deviene claro que la norma estuvo dirigida exclusivamente a limitar los derechos convencionales de carácter pensional, que no a otros beneficios pactados, o que pudieran convenir a futuro empleadores y trabajadores, en ejercicio del derecho a la negociación colectiva, como el auxilio funerario.

La esencia del Acto Legislativo 01 de 2005 consistió en la proscripción absoluta de la posibilidad de que, a través de aquel mecanismo, los trabajadores mejoraran las condiciones pensionales previstas en la ley; es decir, que en adelante, todo lo concerniente a las pensiones quedó sometido a lo preceptuado en el sistema general de pensiones (Ley 100 de 1993). De esta suerte, en dicho parágrafo, el constituyente derivado consagró la obligatoriedad de someterse a los lineamientos normativos al no permitir a empleadores y trabajadores convenir derechos pensionales más favorables a los contemplados en la norma, al paso que limitó los existentes, al vencimiento de los plazos inicialmente convenidos por las partes, o al 31 de julio de 2010, desde cuando las reglas convencionales sobre pensiones perdieron vigencia.

De lo anterior, emerge diáfano el error jurídico en que incurrió el juez de apelaciones al concluir que la reforma constitucional aplica a todos los beneficios convencionales, pues con ello olvidó que el ámbito de aplicación del parágrafo transitorio 3 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 es específico, toda vez que recae únicamente sobre las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas o pactos colectivos de trabajo, laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, que no sobre derechos individuales y autónomos de otra índole, toda vez que ello comportaría un atentado a los derechos fundamentales a la negociación colectiva y a la libertad sindical. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Para cerrar, importa recordar que más que medio probatorio, la convención colectiva de trabajo es germen de derecho objetivo (CSJ SL12871-2017), de suerte que constituye un elemento fundamental en el sistema de fuentes del ordenamiento laboral, que regula las relaciones de trabajo entre quienes se encuentran dentro de su ámbito (Ver CSJ SL, 4 mar. 2009, rad. 34480, CSJ SL, 23 en. 2009, rad. 30077; más recientemente las sentencias CSJ SL4934-2017, CSJ SL16811-2017 y CSJ SL17949-2017), propiciando así la creación de verdaderos derechos sustanciales susceptibles de ser adquiridos a la par de los legales.

En ese orden de ideas, no existe duda en cuando a que el beneficio convencional pretendido se encontraba vigente y surtiendo efectos para el momento del fallecimiento del señor Belarmino Sánchez Olivero; por lo tanto, surgía a favor de sus beneficiarios la prebenda establecida en dicho acuerdo ante el fallecimiento del pensionado, sin que el argumento dado por el apelante respecto de que al estar percibiendo un pensión compartida con Colpensiones, no pudiera acceder al auxilio, pues precisamente dicha pensión compartida surgió ante el reconocimiento de la pensión de jubilación que hizo la CAR a través de acto administrativo No. 437 de 1986.

Finalmente, en cuanto a la condición de beneficiarios de los demandantes de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, resulta preciso traer a colación la sentencia CSJ SL3278-2019, en donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, hizo referencia a tal controversia, además de dejar indicios de que sí es procedente el reconocimiento convencional con situaciones similares a las del señor Sánchez Olivero, pues al hacer el relato de lo decidido en segunda instancia, se puede ver que la pensionada fallecida en el caso estudiado reunía las mismas condiciones del señor Belarmino, al señalar:

Adujo que no fue materia de discusión que la causante prestó servicios para la CAR por más de 20 años, entre el 23 de julio 1965 y el 21 de diciembre de 1986; que mediante Resolución n.º 709 de 9 marzo de 1987, se le reconoció una prestación de jubilación, a partir del 1.º de enero de ese año, en cuantía de \$22.973; que por Resolución n.º 3594 de 22 octubre de 1987 el ISS le otorgó una pensión de vejez legal; que en virtud de la Resolución n.º 4957 de 9 de diciembre de 1987 disfrutaba de la diferencia entre la pensión de vejez otorgada por el ISS y la de jubilación que le reconoció la CAR y que la Ana Gilma Ruiz falleció el 10 de marzo de 2011.

Más adelante, precisó la Corte:

En el sub lite no se discute que el artículo 59 de la convención colectiva de trabajo, prevé una compensación por muerte pagadera a quienes ostenten la condición de beneficiarios según «las normas legales vigentes». En tal entendido, el ataque por la vía directa, denuncia la presunta infracción del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que al acudir el ad quem a disposiciones ajenas a la convención colectiva para definir un derecho que emana de ella, desconoció su carácter normativo.

Pues bien, para la Sala, el Tribunal no desconoció los términos del artículo 467 del estatuto sustantivo laboral, ya que nunca le negó fuerza vinculante a la convención colectiva, muestra de ello, fue que se atuvo a lo dispuesto en su cláusula 59 para dirimir lo relativo a la compensación por muerte. (Negrilla fuera del texto original).

Cosa distinta es que la remisión legal presente en el instrumento convencional llevara al juzgador a consultar «las normas legales vigentes» para definir el otorgamiento de la prestación, situación que de ninguna manera implica una afrenta a la autonomía de la voluntad privada o la negación de la fuerza

normativa de la convención; por el contrario, materializa el mandato plasmado en ella. (Negrilla fuera del texto original).

Zanjada la primera cuestión, y en lo que respecta a la hermenéutica de la cláusula convencional que debía seguirse, la Sala encuentra errado el raciocinio del Tribunal conforme al cual no era procedente una condena por este concepto porque «el demandante actualmente no tiene calidad de beneficiario, según las normas legales de seguridad social vigentes al momento de la muerte».

Olvidó el juzgador que al tratarse de una prestación convencional es dicho instrumento el que fija el contenido y alcance de sus disposiciones. Entonces, como el acuerdo colectivo estableció que la prestación solo se reconocería a quienes tengan el carácter de beneficiarios «en el orden establecido en las normas legales vigentes», resultaba forsozo remitirse a las disposiciones vigentes al 10 de marzo de 2011, fecha en la que falleció la pensionada y se causó el derecho al seguro por muerte. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En efecto, el Tribunal entendió que la remisión normativa debía cumplirse con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que hace parte del Sistema de Seguridad Social Integral y que trata sobre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, la cual, evidentemente, resulta ajena al derecho en disputa, porque de lo que se trata es de establecer los beneficiarios de un seguro por muerte y no de una pensión de sobrevivientes, prestaciones completamente diferentes en su naturaleza, requisitos y regulación. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Por tanto, como la cláusula convencional debía integrarse con la legislación sobre prestaciones patronales, pero únicamente en lo que a beneficiarios respecta, no podía el Tribunal remitirse a los requisitos que prevé el Sistema General de Pensiones para la pensión de sobrevivientes, pues lo lógico era consultar la ley que regula la misma prestación o una similar en sus características y naturaleza.

En ese sentido, está demostrado el yerro jurídico del Colegiado de instancia, quien en su calidad de intérprete de la norma convencional debía identificar, con sujeción estricta a lo dispuesto en ella, cuál era el cuerpo normativo llamado a definir la titularidad del derecho en disputa. Así, lo propio era acudir primariamente a las disposiciones del derecho laboral y no de la seguridad social, ya que no es posible aplicar una regulación de carácter pensional para definir lo concerniente a una prestación laboral a cargo del empleador porque ello resulta un contrasentido y desdibuja el contenido de la convención colectiva.

Con lo anterior, la Sala rectifica lo argüido en sentencia CSJ SL20216-2017 sobre la aludida cláusula convencional del seguro por muerte, para clarificar que el reenvío normativo que ella contiene se suple con las normas de derecho laboral aplicable a los trabajadores oficiales, condición que tenía la madre del accionante.

Ahora bien, aunque la prestación denominada seguro por muerte fue derogada por el Decreto 1295 de 1994 y por ello era lógico que las partes la plasmaran en la convención colectiva de trabajo 1995–1996 para de alguna manera rescatar esta prestación de su derogatoria o revivirla contractualmente, vale subrayar así mismo que no todas las normas que reglamentaban este beneficio desaparecieron del ámbito jurídico.

Es decir, la derogatoria del seguro por muerte prevista en el Decreto Ley 3135 de 1968 no supuso la derogatoria tácita de todas las disposiciones que reglamentaban esa prestación, las cuales si bien hoy no tiene sentido aplicarlas con tal propósito, sí continúan surtiendo efectos en la función pública ante situaciones como el reconocimiento de los beneficiarios en caso de muerte del trabajador, el procedimiento para el pago de la liquidación de salarios y prestaciones por este hecho, o el qué hacer frente a las controversias de beneficiarios.

Es por este motivo que no obstante la derogatoria del seguro por muerte, algunas de sus disposiciones reglamentarias, tales como los artículos 53 (beneficiarios), 56 (trámite para el pago del seguro), 57 (controversias entre beneficiarios) y 58 (transmisión de derechos laborales) del Decreto 1848 de 1969, todavía están vigentes y surten efectos, al punto que fueron incorporadas en el título 32 del Decreto Único Reglamentario de Función Pública (Decreto 1083 de 2015) y son utilizadas por las entidades oficiales para atender situaciones no previstas en otras disposiciones.

Por lo anterior, en este asunto, para dar alcance a la cláusula 59 de la convención colectiva, el Tribunal debió acudir al artículo 53 del Decreto 1848 de 1969, precepto que para la data de los hechos es «la norma legal vigente» que regula una materia análoga.

Por consiguiente, los cargos se declararán fundados únicamente en lo relativo a la aplicación indebida de «las normas legales de seguridad social vigentes al momento de la muerte», previstas en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, por cuanto el juez de apelaciones les hizo producir efectos en un supuesto de hecho que no gobiernan

Bajo este horizonte, tampoco resultan acertados los fundamentos del recurrente en cuanto a que los demandantes no reunían los requisitos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues dicha disposición no era aplicable al presente asunto al no tratarse de una pensión de sobrevivientes, sino de un seguro por muerte, por lo que debía aplicarse normas de derecho laboral que rigieran a los trabajadores oficiales al momento del fallecimiento del pensionado, tal y como lo hizo la sentenciadora de primera instancia, al remitirse a lo dispuesto en artículo 53 del Decreto 1848 de 1969, que establece como beneficiarios a los hijos ante la falta de cónyuge, del tal suerte que, resulta procedente el reconocimiento del beneficio convencional solicitado a favor de los demandantes Edna Janeth Sánchez Luna, Nidia Cecilia Sánchez Luna, Jorge Luis Sánchez Luna y José Fidelo Sánchez Bastos, por acreditar ser hijos del señor Belarmino Sánchez Olivero.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada, como quiera que su recurso de alzada no salió avante, de acuerdo a lo establecido en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501520170067701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ESTHER DEL CARMEN JIMÉNEZ POLO en causa propia y en representación de su menor hijo
LITIS CONSORTE NECESARIO	La menor K.C.M. representada por su progenitora GREIS TATIANA MORALES
DEMANDANDO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Esther del Carmen Jiménez Polo** se declare que tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca el 50% de la pensión de sobrevivientes como compañera permanente; en consecuencia, se condene a la accionada al pago de las mesadas pensionales desde el 8 de agosto de 2013, junto con el pago de intereses moratorios e indexación, y al pago de costas procesales (fº 2, exp. Físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 3 a 4, expediente físico), señaló en síntesis que, el señor Gilberto Antonio Canaval Fábregas fue pensionado por la empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, mediante resolución No. 047592 del 12 de junio de 1993; que dicha pensión le fue reconocida a su menor hijo G.A.C.J.P en un 50% y el otro 50% para la menor K.C.M. mediante resolución No. RDP 024436 del 6 de agosto de 2014, como hijos del pensionado.

Narró que, que el señor Gilberto Antonio había contraído matrimonio con la señora Rina Castro Valeta del cual tuvo 3 hijos todos mayores de edad; que la señora Rina falleció en el mes de abril de 2013, en la ciudad de Barranquilla; que con el señor Gilberto

Antonio tuvo un hijo que nació el 12 de junio de 2006; que compartieron techo, lecho y mesa con el causante desde el 26 de abril de 1996, hasta el día de su fallecimiento entre Valledupar, Barranquilla y en el Municipio de Soledad – Atlántico; que dependía económicamente de su compañero.

Agregó que, en el mes de enero de 2014, solicitó ante la UGPP la sustitución pensional, solicitud que se negó mediante resolución RDP 024436 del 6 de agosto de 2014, por no haberse probado la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento, desconociendo la entidad las declaraciones juramentadas allegadas; que sobre dicho acto administrativo no se interpuso recurso quedando en firme el mismo.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** contestó la demanda (f° 32 a 46, expediente físico), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó la calidad de pensionado del señor Gilberto Canaval y el reconocimiento pensional a la menor K.C.M. y al menor G.A.C.J.P como beneficiarios del señor Canaval y la petición presentada por la señora Esther del Carmen ante la accionada para el reconocimiento pensional y su negación; frente a los demás hechos manifestó no constarle.

Como excepciones de mérito, formuló las de inexistencia de la obligación por falta de cumplimiento de los requisitos legales, prescripción, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

Mediante auto del 7 de marzo de 2018, el Juez ordenó integrar como Litis consorte necesario a la menor K.C.M. en calidad de hija del causante y representada por su progenitora (f°74, exp. Físico). La señora Greis Tatiana Morales Rodríguez contestó la demanda en representación de su menor hija oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó la calidad de pensionado del causante, la resolución que reconoció la pensión de sobrevivientes a la menor K.C.M., la petición de la actora presentada ante la entidad para el reconocimiento pensional y su negación por parte de la misma; respecto de los demás hechos, dijo no constarle y no ser ciertos algunos de ellos.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción de las mesadas pensionales y ausencia del derecho reclamado.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de enero de 2022 (f° 219, CD f° 218, exp. físico), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por parte de la demandante ESTHER DEL CARMEN JIMÉNEZ POLO y en estos términos declarar demostrada la excepción de cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

SEGUNDO: CONFIRMAR y DECLARAR como en su momento lo hizo la UGPP por vía administrativa que el derecho pensional les corresponde a los dos menores del causante que se reconocieron por vía administrativa y se mantendrá el derecho a las mismas, esto ante la vinculación de la señora GREIS TATIANA RODRÍGUEZ en representación de su menor hija.

TERCERO: SIN COSTAS a favor, ni en contra de ninguna de las partes, conforme se explica en la parte motiva.

Para fundamentar su decisión sostuvo que la única prueba que se había traído para efectos de demostrar la convivencia de la demandante con el causante durante los últimos 5 años de vida, era su propia declaración, lo cual no era dable reconocer el derecho pensional contando solo con ese medio probatorio como quiera que la parte no puede pre constituir su propia prueba, no se había llamado algún testigo a efectos de corroborar las afirmaciones que ella había hecho en la demanda y en su interrogatorio de parte.

Adujo que, se había aportado declaraciones extra juicio que rindieron algunos vecinos del barrio y que daban fe respecto de una convivencia cerca de 11 años entre la señora Esther y el causante; sin embargo, estas declaraciones eran unos formatos en el que decían exactamente lo mismo, sin que hubieran comparecido al proceso a efectos de ratificar su testimonio, además de ello, en el desarrollo de la investigación administrativa llevada a cabo por parte de la UGPP, se había tomado declaración por parte de la propietaria del apartamento donde vivía el señor Gilberto, quien manifestó que nunca había visto a la señora Esther viviendo con el causante; que ella le había arrendo el apartamento al señor Gilberto. Adicionalmente, varios amigos del pensionado fallecido habían declarado que durante los últimos años previos a su fallecimiento no convivía con la señora Esther.

Consideró que, no era posible tomar en cuenta lo dicho en las declaraciones extra juicio cuando eran totalmente contrarias a la investigación administrativa efectuada por la entidad demandada, correspondiéndole a la parte actora la carga probatoria de haber traído los testigos de la declaración para que corroboraran y ratificaran que efectivamente ocurrieron las cosas como ellos lo relataban. Refirió que, respecto del testimonios del señor Jonathan no iba hacer mayor análisis, ni valoración, teniendo en cuenta que era una persona que se veía que tenía bastante interés en el presente asunto, ya que había escuchado todas las declaraciones de todos y en cuanto a la declaración que había rendido la señora Greis, se había visto totalmente parcializada.

Señaló que, de las declaraciones rendidas se había acreditado que la demandante y el causante habían convivido entre los años 2004 a 2006, pero para los años 2008 a 2010, se había empezado a deteriorar la relación como lo había dicho la señora Esther y fue cuando se presentó los denuncios en la ciudad de Valledupar por agresión física y lesiones personales, lo cual llevó a tenerse que debatir la custodia del hijo, refiriendo la demandante que era muy difícil vivir con el señor Gilberto, frente a lo cual se había podido establecer que hasta el año 2010, habían convivido juntos, con posterioridad la actor se había ido a vivir a otro municipio y el causante se había quedado a vivir en la ciudad de Barranquilla donde estuvo a cargo del niño por un tiempo, además que había quedado acreditado que para el 1 de febrero el año 2012, había nacido otra hija del señor Gilberto con la señora Greis.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación el cual argumento que el *a quo* no le había dado valor probatorio a la afiliación a la seguridad social; precisó que, de acuerdo con lo manifestado por el señor Jonathan había quedado establecido que el causante no solo tenía a la actora como su esposa, si no que tenía varias relaciones; que tenía problemas con el alcohol y de depresión, lo cual hizo que la señora Esther no pudiera seguir conviviendo con él, pero se dieron los presupuestos establecidos jurisprudencialmente como el socorro mutuo para mantener la familia.

Asimismo, debía tenerse en cuenta las declaraciones de los testigos a través de declaración juramentada quienes habían dicho que conocieron a la pareja de vista, trato y comunicación, dándose cuenta de la relación que existía entre ellos, de la convivencia de techo, lecho y mesa, que llevaron a creer que esa convivencia permanecía, versiones que se habían dado bajo la gravedad del juramento ante una autoridad competente.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alza, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala de decisión a determinar lo siguiente: **i)** si la señora Esther del Carmen Jiménez Polo acreditó 5 años de convivencia con el señor Gilberto Antonio Canaval Fábregas anteriores a su

fallecimiento; en consecuencia, si es acreedora a la pensión de sobrevivientes reclamada.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante resolución 047592 del 12 de junio de 1993, la empresa Puertos de Colombia – Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla le reconoció a favor del señor Gilberto Antonio Canaval Fábregas pensión de jubilación en la suma de \$1.426.425, a partir del 1 de abril de 1993 (f° 93, CD Epx Administrativo f° 211); **ii)** que mediante resolución No. 2068 del 20 de mayo de 1998, se ordenó el reajuste de la pensión de conformidad con el fallo judicial proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, quedando el valor de la mesada pensional en la suma de \$8.120.975 a partir del 1 de mayo de 1998; **iii)** que mediante resolución 747 del 13 de septiembre de 2002, se ordenó ajustar el valor de la mesada pensional al tope máximo de 17.5 SMLMV, ordenados por la convención colectiva vigente para los años 1991-1993, quedando la mesada en la suma de \$5.291.526,40; **iv)** que mediante resolución 083 del 13 de marzo de 2003, nuevamente se ajustó el valor de la mesada en la suma de \$5.561.404,10; **v)** que mediante resolución RDP 55832 del 9 de diciembre de 2013, se reconoció pensión de sobrevivientes a favor de la menor K.M.C en un 100%; **vi)** que mediante resolución RDP 002920 del 30 de enero de 2014, se improbió parcialmente la resolución RDP 55832 del 9 de diciembre de 2013 y se ordenó reconocer a la menor K.M.C el 50% de la pensión de sobrevivientes y el otro 50% de la mesada pensional quedó en suspenso; **vii)** que mediante resolución RDP 024436 del 6 de agosto de 2014, se levantó el suspenso del 50% de la mesada pensional para el menor G.C.J. y se negó el reconocimiento pensional a la señora Esther Jiménez; **viii)** que mediante resolución RDP 028979 del 15 de julio de 2015, se dio cumplimiento a la orden de la Fiscalía 22 contra el ex gerente de Foncolpuertos Manuel Heriberto Zabaleta y se suspendió la resolución No. 264 del 6 de marzo de 1997 y 2070 del 20 de mayo de 1998, y se ordenó ajustar la mesada pensional de acuerdo a la resolución No. 49666 del 29 de diciembre de 1993; **ix)** que mediante resolución RDP 28583 del 4 de agosto de 2016, se modificó el artículo primero de la resolución RDP 028979 del 15 de julio de 2015, suspendiendo las resoluciones No. 264 del 6 de marzo de 1997, 1697 del 22 de abril de 1998 y 2070 del 20 de mayo de 1998, sin ordenar ajustar la mesada pensional; **x)** que mediante resolución RDP008905 del 7 de marzo de 2017, se modificó la resolución RDP 28583 del 4 de agosto de 2016 y se suspendió los efectos jurídicos de las resoluciones 264 del 6 de marzo de 1997, 1697 del 22 de abril de 1998 y 2070 del 20 de mayo de 1998, y dejó sin efectos las resoluciones 1697 del 22 de abril de 1998 y 2070 del 20 de mayo de 1998, en cumplimiento del fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá del 22 de julio de 2015, sin que sufriera afectación la mesada pensional, continuando los beneficiarios activos en nómina con el valor establecido en la resolución No. 0083 del 13 de marzo de 2003 (f° 15, CD f° 211, exp. físico); **xi)** que el señor Gilberto Antonio Canaval Fábregas falleció el 8 de agosto de 2013; y **xii)** que la menor K.C.M hija del

causante, nació el 1 de febrero de 2012, y el menor G.A.C.J. también hijo del causante nació 12 de junio de 2006.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, tratándose del estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto ocurrió el 8 de agosto de 2013, de manera que la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

*ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Negrilla fuera del texto original)

(...)

Dado que es un hecho indiscutido que el causante ostentaba la calidad de pensionado de la empresa Puertos de Colombia – Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla desde el 1 de abril de 1993, surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala lo siguiente respecto de la compañera o compañero permanente supérstite:

ARTÍCULO 47. 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;***

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 este. 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.

*<Aparte subrayado condicionalmente exequible> **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 de lo 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 y subrayado fuera del texto original).

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «*además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido*».

Como se observa, las disposiciones precitadas establecen como requisito para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la compañera permanente de un pensionado, la acreditación de **una convivencia real y efectiva de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos anteriores a la fecha del deceso**, cuestión que ha sido ratificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en numerosas sentencias, entre ellas, CSJ SL4340-2022, CSJ SL 2768-2022 y CSJ SL 476-2022.

Ahora, respecto de la demostración de la convivencia, la alta Corporación de cierre de la jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL913-2023, recordó que entre el fallecido y el compañero o compañera debe forjarse una comunidad de vida estable y permanente, en cohabitación y con la firme intención de conformar una familia y un hogar, señalando:

Al respecto, esta corporación ha considerado de antaño que la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho pensional, entendiendo por este concepto como:

[...] 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 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, reiterada en CSJ SL1399-2018).

De manera que la convivencia entraña una comunidad de vida estable, donde aflora el apoyo espiritual y físico, el afecto, socorro, ayuda y respeto mutuo, guiado por un destino común; lo cual descarta relaciones furtivas, casuales o esporádicas, y también aquellas que, pese a resultar prolongadas, no comportan realmente una comunidad de vida.

Frente a la convivencia, como presupuesto necesario para acceder a la pensión de sobrevivientes, en decisión CSJ, 12 dic. 2007, rad. 31569, se recordó su importancia a lo largo de las diferentes normativas que han regulado ese derecho, así:

La hermenéutica del Tribunal, atacada por el impugnante, corresponde a la jurisprudencia de esta Corte, que en reiteradas decisiones ha explicado que la pensión de sobrevivientes tiene un incuestionable soporte teleológico: la protección de la familia. Y familia no es forma, sino substancia. No es apariencia o virtualidad, sino realidad. Por ello, el legislador ha privilegiado al cónyuge o compañera(o) supérstite que integra verdaderamente el núcleo familiar del fallecido, cuando aquél pretende disfrutar de esta prestación. Así lo hizo con relación a las viudas desde la Ley 33 de 1973, cuando esta normativa consagró el carácter vitalicio del derecho de sustitución pensional (hasta ese momento era de 5 años). A esa prestación podía acceder, sin embargo, si la beneficiaria demostraba que ella y su consorte vivían “unidos en la época del fallecimiento del marido”, a menos que en caso de ruptura de la convivencia acreditara el abandono injustificado del hogar por parte de su esposo, o que éste hubiere “impedido su acercamiento o compañía”. El disfrute perpetuo se supeditaba a la

permanencia en ese estado de viudez y a que no se le comprobara “amancebamiento público”, según las voces del Decreto Reglamentario 690 de 1974. La convivencia también fue requisito en la Ley 12 de 1975 e igualmente en la Ley 44 de 1980, aun cuando estableció una presunción del estado de avenencia a favor de la cónyuge para “facilitar el traspaso” de la pensión. Extendida la prestación a los viudos y compañeros, también se exigió la unidad de la pareja en el Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988.

En cuanto a la Ley 100 de 1993, en sentencia del 10 de mayo de 2005 (radicación 24445) tuvo oportunidad la Sala de Casación Laboral de explicar los alcances de la finalidad de la pensión de sobrevivientes. Así se pronunció la Corte:

“El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge o compañero permanente supérstite son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los equipara en razón a la condición que les es común para ser beneficiarios: ser miembros del grupo familiar. No significa ello que se desconozca la trascendencia de la formalización del vínculo en otros ámbitos, como para la filiación en el derecho de familia, o para quien lo asume como deber religioso por su valor sacramental, sino que se trata de darle una justa estimación a la vivencia familiar dentro de las instituciones de la seguridad social, en especial la de la pensión de sobrevivientes, que como expresión de solidaridad social no difiere en lo esencial del socorro a las viudas y los huérfanos ante las carencias surgidas por la muerte del esposo y padre; es obvio que el amparo que ha motivado, desde siglos atrás, estas que fueron una de las primeras manifestaciones de la seguridad social, es la protección del grupo familiar que en razón de la muerte de su esposo o padre, o hijo, hubiesen perdido su apoyo y sostén cotidiano, pero no para quien esa muerte no es causa de necesidad, por tratarse de la titularidad formal de cónyuge vaciada de asistencia mutua.

“La preponderancia del elemento formal en la constitución de la familia, como mecanismo concebido por el legislador de siglos anteriores para proteger la unidad familiar, por fuerza de la evolución social, ha venido cediendo espacio a favor del concepto de familia forjado en la realidad de la solidaridad cotidiana. Primero en el ámbito de la seguridad social, el artículo 55 de la Ley 90 de 1946 mandaba tener por viuda a la mujer [incluso a las mujeres] con quien el asegurado haya hecho vida marital; luego en el campo del derecho civil, la ley 54 de 1990 protege a familia constituida por la comunidad de vida permanente y singular; y en 1991, el artículo 42 del ordenamiento superior extiende el reconocimiento constitucional a la familia que se integre bajo “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla”.

“En este contexto, en el que, como ya se advirtió, es la efectiva convivencia al momento de la muerte la que viene a legitimar el derecho de los beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes, ha de interpretarse, de otra parte, el artículo 7º del decreto 1889 de 1994 cuando, en el aparte no declarado nulo por el Consejo de Estado, establece que “para los efectos de los literales a) de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993 y 49 del decreto 1295 de 1994, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer término, el cónyuge. A falta de éste, el compañero o compañera permanente” (subraya la Sala), vale decir, que se entiende que “falta” el cónyuge cuando éste no cumple con el referido requisito de la convivencia o vida marital con el causante por el tiempo a que alude la norma. Ello por cuanto, se repite, el derecho a la pensión no se tiene en razón de un vínculo matrimonial, sino en razón de la real convivencia”.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la pensión de sobrevivientes propende, fundamentalmente, por proteger a la familia del causante de los perjuicios económicos derivados de su muerte, evitando así que el (la) cónyuge o compañero (a) supérstite se vea obligado (a) a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento, **tal finalidad u objetivo de esta prestación solo se cumple o se materializa si entre el finado y el beneficiario existió una verdadera vida de pareja con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, requisito este que «se constituye en el criterio que ha de apreciarse cuando el juzgador se aplique a la tarea de definir la persona con vocación legítima para disfrutar de la pensión de sobrevivientes, a raíz de la muerte de su consorte o compañero»** (CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 33136).

Esta convivencia, inclusive, puede presentarse entre parejas que, de forma excepcional, no cohabiten bajo el mismo techo, debido a circunstancias especiales

de salud, trabajo, fuerza mayor o similares que lo justifiquen, siempre que se mantenga la comunidad de vida y subsistan los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua (CSJ SL3813-2020).

Por consiguiente, la convivencia, entendida como la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, «es el elemento central y estructurador del derecho» (CSJ SL1399-2018), requisito que, en vigencia de la Ley 797 de 2003, para la compañera es de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado. (Negrillas y subrayados fuera del texto original).

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la actora cumple con el requisito de la convivencia con el pensionado.

En **interrogatorio de parte** rendido por la señora **Esther del Carmen Jiménez Polo**, señaló que conoció al señor Gilberto Antonio Canaval Fábregas en el año 1996, en la ciudad de Barranquilla; que en el año 1997, se fueron a convivir como pareja dependiendo económicamente de él, ya que para dicho momento tenía 18 años de edad y se encontraba estudiando; que no vivían juntos de tiempo completo, pues seguía conviviendo con su cónyuge quien se encontraba enferma, prometiéndole que se iban a ir a vivir juntos de manera permanente una vez ella mejorara; posteriormente se fueron a vivir al Municipio de Soledad y en el año 2000, se vinieron a vivir en Bogotá en la localidad de Chapinero hasta el año 2006, cuando nació su hijo; que para el año 2007, decidieron regresar a Barranquilla y vivieron un tiempo con el hijo del causante Jonathan, para el año 2008, se fueron a vivir a Valledupar.

Relató que, el pensionado fallecido viaja con frecuencia de Valledupar a Barranquilla porque siempre estuvo pendiente de su hijo Jonathan; que el señor Gilberto falleció como consecuencia de una caída que tuvo desde un segundo piso encontrándose en estado de embriaguez; que tal suceso ocurrió en la ciudad de Barranquilla en un apartamento que él había alquilado, en donde vivía solo con el hijo que habían procreado juntos; que el señor Gilberto tuvo otra hija con la prima de la esposa de su hijo Jonathan, lo cual supo después de la muerte del pensionado, enterándose por terceros que no era hija de él, sino que le había dado el apellido; que los hijos del causante no la dejaron ir a las exequias.

Afirmó que, existió maltrato del señor Gilberto hacía ella cuando tomaba mucho, lo cual llevaba a que en ocasiones se tuvieran que separar; que cuando esto ocurría el causante la amenazaba que si se separaban él se llevaba al niño; que para el año 2008, tuvieron uno de esos conflictos y se separaron unos días, y fue cuando se llevó a cabo el proceso de custodia del menor y para el año 2007, ante las agresiones del señor Gilberto hacía ella hubo una denuncia penal por maltrato; aseguró que a pesar de estos conflictos nunca se separó del todo con causante; que a pesar de que ella vivía en Valledupar y él en Barranquilla, se mantenía el apoyo de él hacía ella; que la decisión de vivir separados se debió a que el señor Gilberto no le gustaba que le llamaran la

atención por estar tomando, pero siempre estuvo con ella y su hijo. Aseveró que, solo tiene un hijo que fue el que procreo con el causante y que no tuvo otra pareja diferente al señor Gilberto.

También declaró en **interrogatorio de parte** la señora **Greis Tatiana Rodríguez**, quien manifestó que conoció al señor Gilberto Canaval en la ciudad de Barranquilla en el año 2010, momento para el cual comenzaron una relación, pero no tenía nada en concreto y fue cuando quedó embarazada; que cuando lo conoció él estaba con su esposa, pero no vivía con la demandante; que el señor Gilberto solo vivía con su hijo; que el pensionado ya no tenía ninguna relación con la señora Esther, porque ella vivía en Valledupar y ya tenía otro marido; que estuvo presente en el momento en que el señor Gilberto falleció y vio que la promotora del litigio llegó embarazada con una niña de 2 años y su nuevo esposo de nombre Edwin.

El señor **Jonathan Luis Canaval Castro** hijo del señor Gilberto Canaval, depuso en calidad de testigo, quien refirió que conoció a la señora Esther en el año 2004, cuando llegó a vivir con su padre en la ciudad de Bogotá; que vivió con ellos durante dos (2) años; que durante este tiempo presenció que la pareja tuvo múltiples peleas y separaciones, no siendo completa la convivencia, ya que la demandante varias veces se fue de la casa; que su papá era una persona inestable con sus parejas; que el único tiempo en que estuvo de manera permanente con la señora Esther fue durante los 9 meses de embarazo.

Aseguró que, a finales del año 2006, se devolvió para la ciudad de Barranquilla y su papá y la demandante regresaron a dicha ciudad para el año 2007, cuando ya había nacido el niño y ya para finales del año 2007, se separaron y la promotora del proceso se fue a vivir a Valledupar en donde comenzó una relación con otra persona; que después de ese momento comenzaron los inconvenientes entre la pareja, presentándose entre ellos demandas, denuncias, peleas, conflictos y amenazas; que la separación se dio entre 2007 a 2008 más o menos, tal y como constaba en un acta de declaración extra proceso firmada por la actora en la Notaría Tercera del circuito de Valledupar donde ella misma había declarado que no convivía con su padre hacía mucho tiempo, documento que se encontraba en su poder; también contaba con otro documento firmado y escrito por la demandante donde le hacía entrega del niño el día en que falleció el causante, precisando que el menor vivía con ellos; que tenía otra declaración extraproceso firmado en la Notaría Primera de Soledad en donde el señor Gilberto manifestaba que no convivía con la señora Esther, porque estaba iniciando el trámite para poderla sacar del sistema de salud.

Añadió que, cuando la demandante se separó de su papá se llevó al niño, pero el señor Gilberto no quería que se quedara con ella por la peligrosidad del pueblo donde ella vivía, fue cuando empezaron las discusiones de quién se quedaba con el menor, y

para los años 2008-2009, le entregó el niño a su padre, firmando un acta de conciliación en donde se había acordado que el causante quedaba con el menor un año y medio, pero permaneció con él hasta el año 2013, cuando falleció; sostuvo que, era cierto que su papá era una persona alcohólica; a pesar de ello la demandante le había entregado a su hijo sin importarle tal situación, pues ya había comenzado otra relación con otro señor de nombre Edwin Aragón que es el papá de los otros niños que tiene y que los había negado en la audiencia anterior; que incluso el correo electrónico que ella utilizaba para notificaciones era Sara Aragón el nombre de una sus hijas; que cuando la actora llegó a Barranquilla el día del fallecimiento del señor Gilberto, llegó en estado de embarazo y con una niña; resaltó también que tenía en su poder una denuncia que había presentado su papá a la señora Esther y el señor Edwin Aragón por las amenazas que había tenido por parte de ellos en el Municipio de Valledupar.

Finalmente, recalcó que, como su padre era muy mujeriego, para los años 2010 – 2011, tuvo una relación con la señora Greis con quien tuvo una niña, pero había sido también una relación esporádica.

En el recurso de alzada, la parte actora sostuvo que el juez no valoró las declaraciones extraproceso que se rindieron a favor de la señora Esther y que dan cuenta de la convivencia que mantenía con el causante hasta el lecho de su muerte, así como tampoco se había tenido en cuenta que la demandante aparecía como beneficiaria del causante en el servicio de salud. Frente dichas declaraciones extrajuicio observa la Sala que tales probanzas sí fueron analizadas por el *a quo*, sosteniendo que estas no habían sido ratificadas por los declarantes dentro del proceso, ya que no se había traído prueba testimonial por la parte actora, además de que los restantes medios de convicción desvirtuaban las manifestaciones allí rendidas, haciendo referencia a la investigación administrativa llevada a cabo por la entidad accionada y las demás declaraciones recibidos al interior del litigio.

Sobre lo decidido por el sentenciador de primer grado en relación a la declaración extraprocesal, esta Sala de decisión considera que no era necesaria la ratificación de los declarantes, pues de acuerdo con lo consagrado en el artículo 188 del CGP, cualquier declaración extrajuicio rendida ante notario público es válida como prueba, a menos que la contraparte solicite la confrontación del testimonio, tal y como lo dispone el artículo 222 del CGP, que señala:

ARTÍCULO 222. RATIFICACIÓN DE TESTIMONIOS RECIBIDOS FUERA DEL PROCESO. *Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite.*

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.

En el presente asunto se tiene que la UGPP, no solicitó dicha ratificación, por lo que se entiende que lo plasmado en dichas declaraciones en principio tendrían plena validez; no obstante, esta Sala de Decisión, de conformidad con la facultad consagrada en el artículo 61 del CPTSS y bajo el principio de la sana crítica, le da mayor peso probatorio a los demás medios probatorios recaudados en el presente trámite, puesto que de ellos se colige que no existió la convivencia deprecada en los términos que la ley señala, desvirtuando así las manifestaciones contenidas en las declaraciones extrajuicio. A lo anterior se suma que frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que la convivencia no se demuestra únicamente con la declaración extraprocesal, sino que debe existir la constancia de que en la realidad fue eso lo que ocurrió, tal y como lo precisó en sentencia CSJ SL3570-2021, en donde dijo:

De tiempo atrás la Corte ha sostenido que la acreditación del requisito de convivencia no se obtiene a través del cumplimiento de una mera formalidad, como una declaración extraprocesal rendida en una notaría o plasmada en un documento, sino que sólo se puede dar por establecida en la realidad misma, es decir, debe ser el reflejo de una auténtica comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común, esto es, en los términos del artículo 42 Constitucional, que consulte el verdadero deseo libre de la pareja, de conformar una familia, con lo cual se obtendría la garantía de protección del Estado y de la sociedad allí ofrecida (CSJ SL5524-2016).
(Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Bajo tal escenario, a juicio de la Sala fueron acertadas las razones del *a quo* para negar el derecho reclamado, pues de las declaraciones llevadas a cabo ante dicha instancia si bien demostraron que entre la señora Esther y el señor Gilberto hubo una relación sentimental y fruto de dicha relación tuvieron un hijo, no quedó plenamente acreditado que para el momento del deceso el señor Gilberto aún se mantuviera «una comunidad de vida estable, donde aflora el apoyo espiritual y físico, el afecto, socorro, ayuda y respeto mutuo, guiado por un destino común», pues todos los deponentes, incluida la demandante aseguraron que el pensionado fallecido vivía con el menor en un apartamento en la ciudad de Barraquilla y que la señora Esther residía en Valledupar.

De otro lado, afirmó la actora que la separación entre ellos se debió por los malos tratos que recibió por parte del señor Gilberto, lo cual hizo que tuvieran que vivir separados, pero que a pesar de ello, se mantenía el apoyo mutuo. Respecto de tales argumentos ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que puede darse por acreditado el requisito de convivencia de manera excepcional cuando el beneficiario ha sido sometido a maltrato físico o psicológico, como puede verse en la sentencia CSJ SL2010-2019. No obstante, en este caso en particular se vislumbran muchas inconsistencias que no permiten dar aplicación a dicha línea de pensamiento, pues en principio la demandante no allegó pruebas ya fueran documentales o testimoniales con las cuales se pudiera demostrar que en efecto estuvo sometida a maltratos por parte del señor Gilberto, pues si bien se dijo que el causante ingería bebidas alcohólicas de manera constante y tenía muchas mujeres, tales afirmaciones no llevan

por si solas a acreditar que la actora se encontrará inmersa en las condiciones referidas en la sentencia de la Corte, llamando la atención de la Sala, lo dicho por la señora Greis Tatiana Rodríguez y Jonathan Luis Canaval Castro, pues a pesar de que el Juez indicó en su sentencia que había notado de sus versiones un «*interés en el asunto y totalmente parcializados*», lo cierto es que refirieron circunstancias que dejaron margen de duda en relación a la convivencia que se sostuvo entre el causante y la demandante durante los 5 años anteriores al deceso, sin que las mismas fueran desvirtuadas por la interesada.

En efecto, se observa que el señor Jonathan Luis Canaval Castro dijo que contaba con unas documentales, en las cuales existían unas declaraciones por parte de la señora Esther y una denuncia penal con las que se demostraría que su padre no había convivido con la demandante durante los últimos años de vida, ya que la promotora del proceso había iniciado un nuevo hogar en Valledupar dejando a su menor hijo a cargo del señor Gilberto; empero, no aportó al plenario las referidas documentales a pesar de que se le corrió traslado por parte del *a quo*; sin embargo, se evidenció que la señora Esther aceptó en su interrogatorio de parte, que sí se presentaron conflictos con el señor Gilberto con posterioridad al año 2008, en donde se discutió la custodia de su hijo aduciendo que tales conflictos se derivaron por los malos tratos que recibió del pensionado fallecido.

Al margen de lo anterior, quedó demostrada la separación que se dio entre la pareja con posterioridad al año 2008, pero no se estableció con precisión cuáles fueron las verdaderas razones de la misma, si fue por los maltratos a los que hizo referencia la demandante o la existencia de otras parejas con las cuales ambos (causante y actora), iniciaron nuevas relaciones sentimentales, tomando más fuerza la última tesis, pues no se discutió que el señor Gilberto tuvo una relación para el año 2010, con la señora Greis Tatiana Rodríguez con quien procreó una hija; además de que lo manifestado por los declarantes dentro del presente juicio coincide con la prueba testimonial que se recaudó dentro de la investigación administrativa realizada por la entidad demandada, como se pude ver de la resolución RDP 024436 del 6 de agosto de 2014 (f° 10 a 16), en donde se señaló:

Que el señor GUSTAVO ENRIQUE GOMEZ (sic) RIVERA, CC 12.556.805 de santa Marta manifestó:

"en el año 2008 en el mes de febrero, conocí al señor Gilberto Canaval el señor Canaval y yo fuimos muy amigos, él desde la 08:00 de la mañana a 8:00 de la noche pasaba conmigo. Todo el tiempo que lo conocí nunca él tuvo compañera permanente, el (sic) tenía relaciones esporádicos (sic) con diferentes mujeres, pero ninguna relación seria. Gilberto vivía únicamente con su hijo Gilbertico que era menor de edad. El me comentó a mí y a otros amigos con los que nos reuníamos a diario que la mama (sic) de su hijo Gilbertico de nombre Esther y que ésta viviendo con él lo dejó para irse a vivir con otro hombre. La señora Esther nunca la conocimos. El (sic) nos comentaba que él tenía la custodia de su hijo y siempre estaba con él. Gilberto cuidaba mucho a su niño y cuando murió vivían solos en la CI 53B con 15 Al (sic) esquina 2 piso."

Que el señor JOSE (sic) MIGUEL POLO CAMACHO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 12.683.925 de Bosconia (Cesar) señaló:

"En unos carnavales de B/quilia del 2008 conocí al señor Gilberto Canaval, El (sic) vivió en este barrio desde febrero de 2008 hasta el día de su muerte el 8 de agosto de 2013. El (sic) siempre vivió en este barrio con su hijo menor Gilbertico. El señor Gilberto todos los días posaba (sic) con Gustavo Gómez Carlos y conmigo, siempre estábamos juntos en casa de Gustavo (a. el flaco). Desde que conocí al señor Gilberto nunca convivió con ninguna mujer, tenía amigas eventuales, pero no tenía relación fija con ninguna. El señor Gilberto siempre vivió con su hijo y la mamá del niño según me contó ella tenía otra pareja y se separó de ella nace (sic) muchos años. El (sic) le quitó el niño a la mama (sic) de nombre Esther porque según el niño el compañero permanente que tenía lo maltrataba y el señor Gilberto la denunció en el Bienestar y logró quitarle la custodia y traérselo vivir al niño a B/quilla, ya que vivía en Valledupar con su mamá (sic)."

Que la Señora ANGELA GRISELDA GIRALDO ZULUAGA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 32.872.009 de Soledad (Atl.) a quien se le preguntó qué si en su propiedad había vivido el señor Gilberto Canaval su compañera Permanente Esther del Carmen Jiménez Polo o lo cual respondió, que esa señora nunca vivió con el causante en ese apartamento y que ella nunca la conoció.

Así las cosas, se considera que la demandante no reunió el requisito de convivencia previsto en la ley para hacerse acreedora a la pensión reclamada, pues las probanzas allegadas por ella no fueron suficientes para considerar que convivió con el señor Gilberto Canaval durante 5 años anteriores a su deceso, lo cual tampoco podría entenderse por el hecho de que estuviera afiliada como beneficiaria del causante a los servicios de salud como consta de la documental vista a folio 22, en la cual se indica que tenía esa condición desde el 1 de abril del año 2005, pues con los demás medios probatorios se desvirtuó la convivencia hasta el momento de la muerte del señor Gilberto, toda vez que quedó en evidencia que se dio una separación entre la pareja incluso antes del tiempo señalado por el Juez, pues con lo afirmó la señora Esther la separación se produjo en el año 2008, momento para el cual se fue a vivir a Valledupar.

Por las razones expuestas, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora como quiera que su recurso no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105015201900183-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ MIGUEL MÉNDEZ GUZMÁN
DEMANDANDO	EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor José miguel Méndez Guzmán se declare ilegal la terminación de su contrato de trabajo notificada el 27 de junio de 2018, en consecuencia se ordene a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP reintegrarlo al cargo que venía desempeñando como jefe distribuidor general en las mismas condiciones que tenía, sin solución de continuidad, y se le condene al pago: i) de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral desde su desvinculación hasta la reinstalación; ii) de la sanción establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; iii) del incremento salarial por obtención de título profesional, conforme el artículo 6º de la convención colectiva de trabajo, desde el 22 de abril de 2006; iv) de la reliquidación de los intereses de las cesantías del año 2017; y v) las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 4-6 exp. físico), señaló que el 05 de enero de 1996 celebró contrato de trabajo a término indefinido con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, para desempeñar el cargo de obrero 1 redes, que ese mismo día se le realizó examen de aptitud médica, el cual arrojó que no tenía deficiencia física que disminuyera su capacidad laboral; que un día sufrió un accidente laboral al levantar la tapa de una caja de cables, donde no pudo con el peso y cayó al suelo golpeándose la cabeza, que fue llevado al Hospital SanBlas de donde lo trasladaron a la Clínica San Pedro Claver; que este le dejó como consecuencia ataques epilépticos que se manifiestan a través de convulsiones, quedando con tratamiento

médico de por vida, mediante la ingesta de medicamentos, que además también le diagnosticaron TINNITUS patología que no tiene cura.

Narró que, el 30 de mayo de 2016, fue remitido a medicina laboral por diagnóstico ACUFENOS de 4 meses de evolución con caída sensorial, como consecuencia de exposición a ruido; que en el año 2002, fue diagnosticado con Macroadenoma de Hipófisis, que fue tratado en su momento quirúrgicamente, y en la actualidad con seguimiento médico por la pérdida de visión, múltiples dolores articulares e inflamación especialmente en manos, convulsiones, ruido constante en los oídos y mareos; que mediante escrito de fecha 15 de junio de 2010, solicitó a la pasiva reubicación en otras funciones en razón a recomendaciones médicas y a que el 24 de marzo de 2006, había obtenido el título de ingeniero civil, petición que reiteró el 19 de mayo de 2017, y a la que se le dio respuesta el 02 de mayo de 2018, negando lo solicitado por estar prescripto el derecho.

Expuso que, el 25 de mayo de 2012, le diagnosticaron hernia umbilical, el 23 de mayo de 2016, hernia supraumbilical, hernias inguinales bilaterales, varicocele izquierdo, el 15 de febrero de 2017, epilepsia tipo no especificado y le recetaron medicamentos para controlarla.

Indicó que, el 30 de enero de 2018, solicitó a la Coordinadora de Nómina de la Dirección Administrativa de Talento Humano de la demandada la revisión de la liquidación de los intereses de sus cesantías por considerar que el valor consignado era inferior al causado, pero que no recibió respuesta alguna; que el 25 de junio de 2018, se le entregó comunicación informándole la terminación de su contrato de forma unilateral y sin justa causa; que esa decisión es discriminatoria en razón a su estado de debilidad manifiesta, y que su empleador no solicitó permiso al inspector de trabajo; que el 05 de julio de 2018, se le realizó examen de aptitud médica de egreso, indicándole que debía seguir en controles y estudios por la EPS. Añadió que, el último cargo desempeñado fue de jefe distribuidor general, con salario básico de \$2.068.228; que el 26 de febrero de 2019, fue intervenido quirúrgicamente por la herniorrafia inguinal bilateral y umbilical abierta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. ESP contestó la demanda (f.º 141-168 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó el contrato laboral suscrito y los extremos temporales en que se ejecutó, que el actor se tituló como Ingeniero Civil; que el demandante presentó solicitud de reubicación pero no anexo los soportes para esta; que no era obligación de la empresa reconocer automáticamente un incremento del salario en razón a la culminación de sus estudios superiores; que el último cargo desempeñado por el promotor del litigio fue el de jefe distribuidor general con un salario de \$2.068.228; frente

a los demás hechos, indicó que no le constaban por corresponder a situaciones fuera de la empresa o que no eran ciertos. Aclaró que, el despido del señor Méndez no obedeció a una justa causa sino a políticas de reducción de personal por la difícil situación financiera de ETB, pero que le pagó la indemnización por valor de \$68.129.649; que no tuvo conocimiento de alguna situación de discapacidad o situación grave de salud del trabajador que le generara una estabilidad laboral reforzada.

En su defensa, propuso como excepción previa la de falta de competencia parcial por no presentación de la reclamación administrativa por todas las pretensiones y, como de fondo, las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, improcedibilidad del reintegro, pago, compensación y la genérica.

El *a quo* en audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS celebrada el 29 de abril de 2021, declaró probada la excepción previa de falta de competencia parcial por no presentación de la reclamación administrativa por todas las pretensiones, respecto de la petición principal de reintegro fundada en el fuero de estabilidad por salud previsto en la Ley 361 de 1997, por lo que solo estudiaría las pretensiones del incremento salarial por obtención del título profesional y la reliquidación de los intereses sobre las cesantías del año 2017.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de agosto de 2021 (archivo 161-162 exp. Físico), resolvió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó al actor en costas del proceso.

La *A quo* fijó como problema jurídico determinar si era procedente el incremento salarial por obtención del título profesional de conformidad con el artículo 6 de la Convención Colectiva, esto a partir del 22 de abril de 2006, y si había lugar a la reliquidación de los intereses a las cesantías del año 2017.

Expuso que, no había discusión frente a la naturaleza jurídica de la ETB que era una empresa de servicios públicos de naturaleza mixta; que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia entre el 05 de enero de 1996, y el 27 de junio de 2018; que el último cargo desempeñado por el actor fue el de jefe distribuidor general con un salario de \$2.068.228; que el demandante pertenecía al sindicato y era beneficiario de la convención colectiva de trabajo; y que el promotor del litigio se graduó como ingeniero civil de la Universidad la Gran Colombia el 24 de marzo de 2006.

Al analizar el tema del incremento salarial por obtención del título profesional, sostuvo que en la demanda no se había identificado a que convención colectiva se

estaba haciendo referencia; no obstante, en las pruebas se allegó el acuerdo convencional 2006-2008 suscrito entre la ETB y Sintratefonos, el cual en la cláusula Sexta, regulaba una prima especial que se pagaría a los trabajadores ubicados en la curva unificada y profesional y en la curva técnica, vinculados a partir del 1° de enero de 1992, la que no era constitutiva de salario, por la suma de \$471.825, y sería pagada el 15 de agosto de 2006 y el 15 de abril de cada uno de los dos años subsiguientes; conforme lo anterior, consideró que la norma referida no regulaba un incremento salarial en los términos pretendidos por el actor.

Afirmó que, según el contenido del derecho de petición de nivelación salarial por obtención del título profesional, esta se fundaba en el literal d) inciso 2° párrafo 2° del artículo 6° de la convención colectiva de trabajo vigente para 1992-1993 y siguientes, la cual no se aportó al proceso, siendo carga de la parte actora acreditar dicha prueba, en la medida que se trataba de una norma de carácter particular; en consecuencia, no podía estudiar la existencia del derecho, y por ello absolvería de esta pretensión.

Frente a la reliquidación de los intereses a las cesantías del año 2017 del actor, expuso que se había allegado dos desprendibles de nómina, en el primero se evidenciaba lo pagado por intereses a las cesantías del año 2016, la suma de \$6.875.491, y en el segundo, lo pagado por lo causado en el año 2017 en la suma de \$4.746.384; que la parte demandada había afirmado que las cesantías del año 2016 fueron superiores porque se tuvo en cuenta en la base salarial el quinquenio causado en ese año y que ello generó que los intereses también se vieran incrementados.

Refirió que, conforme lo señalado en las sentencias CSJ SL2613-2021, y CSJ SL170-2021 y lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, era carga de la prueba de quien lo invoca, demostrar que un derecho no se pagó de forma completa, así debía probar las razones o motivos por los cuales considera que su prestación debía ser superior a lo cancelado por el empleador; que en este asunto la parte actora solo expresó que le causaba extrañeza que en el año 2016, los intereses a las cesantías hubiesen sido superiores a los pagados para la vigencia del año 2017; sin embargo, no acreditó por qué debía ser superior en el año 2017, por ejemplo, no trajo al proceso lo pagado por cesantías en el año en discusión, para poder establecer si los intereses estaban o no bien liquidados.

Expuso que, si bien estaba demostrado que en el 2016, los intereses a las cesantías fueron superiores a los del 2017, lo cierto es que no demostró porque los de este último año debían ser superiores, incumpliendo con la carga de la prueba que sobre la parte actora recaía, por lo que en virtud del principio de buena fe se presumía que lo pagado por la ETB era lo correcto, en consecuencia, absolvería de esta pretensión.

RECURSO DE APELACIÓN

Sin recursos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, de un lado, si el demandante tiene derecho al incremento salarial por obtención del título profesional de conformidad con el artículo 6 de la Convención Colectiva y, de otro, si se debe ordenar la reliquidación de los intereses a las cesantías del año 2017, ello teniendo en cuenta que el juez de primer nivel declaró probada la excepción previa de falta de competencia respecto de algunas de las pretensiones del escrito inicial.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre el actor y la ETB existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia entre el 05 de enero de 1996, y el 27 de junio de 2018; **ii)** que el último cargo desempeñado por el actor fue el de jefe distribuidor general con un salario de \$2.068.228; **iii)** que el demandante pertenecía al sindicato y era beneficiario de la convención colectiva de trabajo; y **iv)** que el promotor del litigio se graduó como ingeniero civil de la Universidad la Gran Colombia el 24 de marzo de 2006.

DEL INCREMENTO SALARIAL POR OBTENCIÓN DEL TÍTULO PROFESIONAL

La parte actora en su escrito de demanda en las pretensiones indicó que tiene derecho al reconocimiento del incremento salarial por obtención de título profesional de acuerdo con el artículo 6° parágrafo 2° literal d) de la convención colectiva de trabajo, desde el 22 de abril de 2006; en los hechos de la misma, informó que se graduó como ingeniero civil de la Universidad la Gran Colombia el 24 de marzo de 2006, y que presentó ante la ETB varios derechos de petición solicitando entre otras cosas, el incremento referido.

Tal como lo afirmó el *a quo*, la parte demandante no identificó la convención colectiva a que se refería como fuente del derecho reclamado; sin embargo, allegó como prueba el Acta de Acuerdo Convencional 2006-2008 suscrito entre la ETB y Sintratefonos (f.º 46-58 exp físico), el cual, en su cláusula sexta, estableció:

CLAUSULA SEXTA: PRIMA ESPECIAL: Durante cada uno de los tres (3) años de la vigencia de la presente convención colectiva de trabajo, ETB, pagará a cada uno de los trabajadores ubicados en la curva unificada y profesional y en la curva técnica, vinculados a partir del primero de enero de 1992, una bonificación extraordinaria y especial, no constitutiva de factor salarial ni prestacional, por la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$471.825,00). Dicha prima espacial será pagada así: el 15 de agosto de 2006 y el 15 de abril de cada uno de los dos años subsiguientes.

De dicho texto, resulta evidente que la referida cláusula del Acuerdo Convencional 2006-2008 suscrito entre la ETB y Sintratefonos, NO estableció el derecho que el actor reclama, pues solo se reguló la prima especial, mas no un incremento salarial por obtención de título profesional.

Ahora, tal como también lo refirió el juez de primera instancia a folio 42 del expediente físico, obra uno de los derechos de petición donde el demandante solicitó el incremento salarial por obtención del título profesional radicado ante la ETB el 19 de mayo de 2017, el cual es del siguiente tenor:

Señores
ETB S.A. ESP
La Ciudad.

REF: Derecho de Petición Nivelación Salarial Acorde Convención Colectiva.

Respetados Señores:

Comedidamente solicito a ustedes el favor de realizar la gestión de nivelación de salario, de acuerdo a lo establecido en la **Convención Colectiva de los trabajadores de la etb.**, en lo pertinente al reconocimiento e **incremento salarial por obtención del título profesional** como Ingeniero Civil otorgado por la Universidad La Gran Colombia en el año 2006, al igual que la respectiva retroactividad de este Derecho Laboral.

Lo anterior de acuerdo al Artículo 6º Parágrafo 2º inciso 2º literal d, "Por Obtención de Título Profesional" establecido en la convención colectiva de Trabajo firmada entre la ETB y los trabajadores en el año 1992-1993 y subsiguientes aún en plena vigencia en este aspecto; y de acuerdo al Derecho Constitucional a la Igualdad y otros derechos fundamentales establecidos en los artículos 2º, 5º, 13º, 23º de la Constitución Nacional. Además según lo normado en los Artículos 55º y 57º numeral 9 del Código Sustantivo del Trabajo.

Mi petición va motivada toda vez que aunque he sido merecedor de reconocimientos por méritos en el desempeño de mi trabajo nunca he recibido un incentivo económico como lo estipula la convención colectiva y de otro lado porque aunque informé oportunamente sobre la obtención de mi título profesional no se me concedió el derecho que tengo a dicho reconocimiento salarial.

Por su eficaz y legal gestión me suscribo atento a la solución de mi petición.

Cordialmente,

Así las cosas, presuntamente el derecho que pretende el actor se encuentra regulado en la convención colectiva de trabajo 1992-1993, elemento de juicio que no fue aportado como prueba a este proceso.

Recuérdese que es carga de la prueba de la parte actora acreditar la fuente del derecho salarial pretendido, como quiera que esta proviene de una convención colectiva,

luego conforme el artículo 167 del CGP, debía allegar dicho documento con el fin de que el operador judicial pudiese entrar a verificar si en efecto ese derecho estaba regulado, cuáles eran los requisitos para su causación y si el demandante estaba inmerso en la situación fáctica allí establecida.

Y es que la carga de la prueba no solo se agotaba con aportar la convención colectiva fuente del derecho pretendido, sino que además tal y como lo sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL3628-2022, esta debía traer la constancia de depósito para poder ser tenida en cuenta. En dicha providencia se expuso:

En el presente caso, el Tribunal le dio la razón al juez de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por considerar que la convención colectiva que se invocó como fuente del derecho pensional pretendido no podía tener efectos por faltarle la constancia de depósito, aspecto que el sentenciador de segundo nivel corroboró y, con fundamento en el art. 469 del CST, tampoco tuvo en cuenta la convención colectiva en cuestión, por no estar debidamente acreditada.

(...)

De tal suerte que la parte recurrente no puede argumentar, en sede de casación, la violación directa de las normas acusadas y soslayar la carga probatoria que le impone el art. 167 del CGP, aplicable en el proceso laboral por permitirlo el art. 145 del CPTSS, con la manifestación de que creyó que había aportado debidamente la prueba de la convención colectiva con la demanda cuando esta se dio por admitida.

En consecuencia, al no estar acreditada la fuente del derecho que el actor pretende, no hay lugar a acceder al incremento salarial por obtención de título profesional, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia en este punto.

DE LA RELIQUIDACIÓN DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS DEL AÑO 2017.

Indica la parte actora, que tiene derecho a la reliquidación de los intereses a las cesantías del año 2017, por considerar que estas no estaban bien calculadas, en razón a que, pese a tener la misma base salarial \$1.831.263, los intereses sobre las cesantías del año 2016 fueron de \$6.875.491, mientras que para el año 2017 fue de \$4.746.834, como fundamento probatorio solo aportó lo siguiente:

E T B S A E S P

Comprobante de Nómina.

Nit : 899999115

Del 16-01-2017 al 31-01-2017

Consignado en :

Cuenta No:

Registro		Nombres			Identificación	
26568		MENDEZ GUZMAN JOSE MIGUEL			79366301	
Código	Cargo	Código	Centro de Costos		Sueldo Básico	
102800	JEFE DISTRIBUIDOR GENERAL	28312	DIRECCION ASEGURAMIENTO DE SERVICIOS MASIVOS		\$ 1.831.263,00	
Código	Descripción Concepto	Cantidad	Devengado	Deducido	Saldo Fondo	Saldo
1140	VACACIONES	15	\$ 915.631,00			
1243	PRIMA POR DESEMPEÑO		\$ 1.554.133,00			
1281	DEV. APOORTE SALUD E.P.S		\$ 136.100,00			
1282	DEV. APOORTE PENSION OBLIGATORIA		\$ 136.160,00			
1848	INTERESES SOBRE CESANTIAS	12	\$ 6.875.491,00			
2205	FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL			\$ 34.000,00		
2209	APORTE SALUD E.P.S	4		\$ 136.100,00		
2210	APORTE PENSION OBLIGATORIA	4		\$ 136.160,00		
2524	FONTEBO APORTES			\$ 78.763,00		
2526	FONTEBO CUOTA DEFUNCION			\$ 5.533,00		
2602	SINDICATO ETB			\$ 9.156,00		
Primer pago de Mes		TOTALES				\$ 0.00
Segundo pago de Mes		TOTALES	\$ 9.617.515,00	\$ 399.712,00	\$ 0.00	\$ 9.217.803,00
Neto a Pagar : NUEVE MILLONES DOSCIENTOS DIECISIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS MCTE *****					\$ 9.217.803,00	

ETB SA ESP

Comprobante de Nómina

Nit : 899999115

Del 16-01-2018 al 31-01-2018

Consignado en :

Cuenta No:

Registro		Nombres		Identificación	
26568		MENDEZ GUZMAN JOSE MIGUEL		79366301	
Código	Cargo	Código	Centro de Costos	Sueldo Básico	
102900	JEFE DISTRIBUIDOR GENERAL	28312	DIRECCION ASEGURAMIENTO DE SERVICIOS MASIVOS	\$ 1.831.263,00	
Código	Descripción Concepto	Cantidad	Devengado	Deducido	Saldo Fondo
1101	SUELDO	1	\$ 81.042,00		
1122	HORAS EXTRAS ORD. DIURNAS 125%	8	\$ 91.563,00		
1140	VACACIONES	14	\$ 854.589,00		
1215	BONIFICACION DE ALIMENTO	1	\$ 7.748,00		
1216	DIF. BONIFICACION ALIMENTOS	1	\$ 7.748,00		
1220	SUBSIDIO DE TRANSPORTE	1	\$ 4.502,00		
1221	DIFERENCIA SUBSIDIO DE TRANSPORTE	1	\$ 4.502,00		
1243	PRIMA POR DESEMPEÑO		\$ 1.555.971,00		
1281	DEV. APOORTE SALUD E.P.S.		\$ 132.700,00		
1282	DEV. APOORTE PENSION OBLIGATORIA		\$ 132.700,00		
1548	INTERESES SOBRE CESANTIAS	12	\$ 4.746.834,00		
2201	APOORTE 4 % FONDO PRESTACIONES			\$ 6.104,00	
2208	FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL	1		\$ 33.400,00	
2209	APOORTE SALUD E.P.S.	4		\$ 132.700,00	
2210	APOORTE PENSION OBLIGATORIA	4		\$ 132.700,00	
2524	FONTEBO APORTES			\$ 78.763,00	
2526	FONTEBO CUOTA DEFUNCION			\$ 5.533,00	
2602	SINDICATO ETB			\$ 9.156,00	
Primer pago de Mes		TOTALES			\$ 0,00
Segundo pago de Mes		TOTALES	\$ 7.599.899,00	\$ 398.356,00	\$ 0,00

Neto a Pagar : SIETE MILLONES DOSCIENTOS UN MIL QUINIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS MCTE *****

\$ 7.201.543,00

La ETB al contestar la demanda frente a este asunto, indicó que la diferencia entre dicha prestación para el año 2016 y 2017, radicaba en que en el año 2016, al trabajador se le había pagado el quinquenio, lo cual incrementó la base salarial de liquidación de las cesantías de esa anualidad y, por ende, los intereses sobre ellas.

Conforme lo anterior, la discusión radica en un asunto meramente probatorio como quiera que, la ETB si pagó los intereses sobre las cesantías, solo que el promotor del litigio considera que los del año 2017, debieron ser por lo menos iguales a los del año 2016; sin embargo, no sustentó su petición en pruebas que permitieran establecer que dichos intereses fueron mal liquidados, ni tampoco expuso fundamento normativo donde se estableciera que el cálculo realizado por la empleadora estaba errado, máxime cuando los intereses a las cesantías dependen directamente de lo liquidado por la cesantía, pues estos, conforme el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 corresponden al 12% con respecto a la suma causada por cesantías en el año o en la fracción que se liquide definitivamente, es decir, que como mínimo el actor debió acreditar lo pagado por cesantías para la vigencia 2017, con el fin de hacer la operación matemática y definir si el interés estaba bien o mal calculado.

Así las cosas y sin más consideraciones, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia, como quiera que se está conociendo del asunto en grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105015202000456-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DAGOBERTO CASTRO BOCANEGRA
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **DAGOBERTO CASTRO BOCANEGRA** se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir del 29 de diciembre de 2005, por el fallecimiento de su cónyuge la señora Elsa Marina Rodríguez Coronado, a las mesadas ordinarias y adicionales, a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o de forma subsidiaria a esta la indexación de las mesadas pensionales, lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carpeta 1ª inst exp digital), señaló que el ISS mediante Resolución 4722 del 18 de julio de 1985, había reconocido pensión de invalidez a la señora Elsa Marina Rodríguez Coronado; que contrajo matrimonio con la señora Rodríguez Coronado el 18 de diciembre de 1992, y esta falleció el 29 de diciembre de 2005; que nunca se divorciaron, ni cesaron los efectos civiles de su matrimonio; que convivieron de forma singular, estable y permanente, compartiendo mesa y lecho desde su boda hasta el deceso de la causante, hecho que era conocido familiar y socialmente.

Narró que, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de cónyuge de la causante y acreditó la convivencia con ella, pero que esa entidad mediante Resolución SUB236167 del 30 de agosto de 2019, le negó esa

prestación por no existir claridad en el requisito de la convivencia; que contra esa decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, pero dicho acto administrativo fue confirmado mediante Resolución SUB 304453 del 5 de noviembre de igual año, y DPE 87 del 02 de enero de 2020, respectivamente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Colpensiones contestó la demanda (archivo 16 carpeta 1ª inst exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que la señora Elsa Marina Rodríguez Coronado ostentaba la calidad de pensionada; que esta había contraído matrimonio con el demandante, y que no se habían divorciado ni cesado la sociedad conyugal; que falleció el 29 de diciembre de 2005; que el actor solo hasta 2018, había solicitado a esa entidad la pensión de sobrevivientes, la que fue negada porque no se pudo acreditar la convivencia entre la pareja en los último 5 años anteriores al deceso de la pensionada. Frente a los demás hechos, señaló que no le constaban por corresponder a situaciones ajenas.

Formuló como excepciones de mérito, las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de noviembre de 2021 (archivo 21-22 carpeta 1ª inst exp digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la entidad demandada, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, al reconocimiento y pago a favor del señor demandante DAGOBERTO CASTRO BOCANEGRA, la pensión de sobrevivientes que dejó causada su esposa señora ELSA MARINA RODRIGUEZ CORONADO, a partir de la fecha de su deceso, el día 29 de diciembre del año 2005, ordenando pagar el correspondiente retroactivo que se ha venido causando a su favor, el monto correspondiente a UN (1) SMLMV debidamente indexado desde la fecha de causación de cada uno hasta su momento efectivo de pago de dicha mesada, sin perjuicio de la declaratoria de la prescripción que se pasa a indicar.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día 23 de julio del año 2016. Conforme se expuso en la parte motiva. DECLARAR no demostrada las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a CUATRO (4) SMLNV para el año 2021.

CUARTO: ABSOLVER a la parte demandada, de las demás pretensiones invocadas en la presente acción, específicamente lo relacionado con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Conforme se expuso en la parte motiva.

El *a quo* indicó que, en este asunto estaba probado que la señora Elsa Marina Rodríguez Coronado era pensionada del ISS conforme la Resolución 4722 del 18 de julio de 1985, desde el 15 de agosto de 1984, en cuantía de un SMMLV; que la señora Rodríguez Coronado y el demandante contrajeron matrimonio católico el 18 de diciembre

de 1992, sin que en su registro civil apareciera nota marginal de divorcio o cesación de los efectos civiles del mismo; que esta falleció el 29 de diciembre de 2005.

Sostuvo que, conforme el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tenía derecho a la pensión de sobrevivientes el grupo familiar de un pensionado que falleciera, y el artículo 47 de la misma norma modificado por la Ley 797 de 2003, había regulado quienes serían sus beneficiarios, exigiendo para el cónyuge o compañero permanente una convivencia no inferior a cinco (5) años anteriores al deceso del causante.

Refirió que, conforme la jurisprudencia el requisito para que un cónyuge tenga derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es una convivencia no inferior a 5 años en cualquier época, y no necesariamente en los años anteriores al deceso del causante.

Señaló que, del interrogatorio de parte rendido por el actor, como de los testimonios de los señores Gloria Esperanza Chacón Samora, Jairo Antonio Rodríguez y Ricardo Rodríguez Pinilla, se evidenciaba con claridad el cumplimiento del requisito de la convivencia exigida, pues fueron contestes y uniformes en indicar el desarrollo de la relación de la pareja Rodríguez -Castro desde el inicio de su noviazgo, que posteriormente el 18 de diciembre de 1992, contrajeron matrimonio, se habían ido a vivir juntos, compartiendo techo con los padres de la causante y, posteriormente, se pasaron al barrio Mutis o Benjamín Herrera, hasta el día de la muerte de la señora Elsa Marina.

Consideró que, en este asunto estaba más que superado el término de cinco (5) años de convivencia exigido por la norma, por lo que reconocería el derecho al actor, en el mismo monto que la causante venía devengando su prestación, esto era, un SMMLV a partir del 29 de diciembre de 2005, con 14 mesadas pensionales.

Frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sostuvo que no accedería a ellos porque el demandante en vía administrativa no había probado la convivencia con la fallecida, pues en su momento solo allegó el registro civil de matrimonio, el cual no probaba para nada el requisito de la convivencia, luego Colpensiones sí tuvo motivos fundados para negar la prestación pretendida, máxime que entre la fecha de la muerte de la señora Elsa Marina y la reclamación administrativa había pasado mucho tiempo, y no fue posible corroborar con vecinos de los lugares donde la pareja había vivido dicha circunstancia, en consecuencia, ordenó la indexación sobre las mesadas adeudadas.

En cuanto a la excepción de prescripción afirmó que el demandante había realizado la reclamación de la prestación el 23 de julio de 2019, entonces conforme los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, declararían prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 23 de julio de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación solamente frente a los intereses moratorios, por considerar que en el trámite administrativo si había demostrado la convivencia con la causante, pues allegó el registro civil de matrimonio, declaraciones extra juicio y otros documentos con dicho fin; no obstante, Colpensiones negó el derecho argumentando que no había podido establecer la veracidad de los documentos aportados basándose en una presunta investigación administrativa que había realizado, de la cual no se trajo prueba al proceso, luego ello no se podía tener por probado.

Advirtió que, resultaba muy extraño que Colpensiones no hubiese podido establecer la veracidad de los documentos, cuando en las mismas declaraciones extra juicio estaban los datos de contacto y ubicación de quienes las rindieron, sin embargo, estos nunca fueron contactados, evidenciándose que *«Colpensiones arbitrariamente negó la sustitución pensional»*.

Dijo que, el hecho de que hubiesen pasado muchos años para reclamar la pensión no era argumento suficiente para que Colpensiones le negara el derecho, máxime cuando allegó todos los medios probatorios que lo acreditaban como beneficiario de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge.

Señaló que, para el reconocimiento de los Intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 bastaba con la tardanza en el reconocimiento y pago de la prestación, para que procediera su imposición, por lo que en este asunto debían concederse los mismos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Elsa Marina Rodríguez Coronado falleció el 29 de diciembre de 2005; **ii)** que el ISS mediante Resolución 04722 del 18 de julio de 1985, le reconoció pensión de invalidez a partir del 15 de agosto de 1984 en cuantía de un SMMLV; **iii)** que la causante y el actor contrajeron matrimonio católico el 18 de diciembre de 1992; y **iv)** que el demandante el 23 de julio de 2019 solicitó ante Colpensiones la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge, pero esta entidad lo negó a través de la Resolución SUB 236167 del 30 de agosto de 2019, confirmada en resoluciones SUB 304453 del 05 de noviembre de igual año y DPE 87 del 02 de enero de 2020.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a establecer si el señor Dagoberto Castro Bocanegra quien ostenta la calidad de cónyuge supérstite de la causante, acredita los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes de la señora Elsa Marina Rodríguez Coronado.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que tratándose de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto, tuvo ocurrencia el 29 de diciembre de 2005; es así como, bajo tal entendido la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Negrilla fuera del texto original)

(...)

DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, respecto de la cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, señaló:

ARTÍCULO 47. 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;

(...)

Respecto de los requisitos exigidos a la cónyuge, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en tratándose de fallecimiento de un pensionado aquella debe acreditar, además de dicha calidad, una convivencia real y efectiva con el pensionado de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos en cualquier tiempo. Así se dejó plasmado en la sentencia CSJ SL1180-2022, en la que se indicó:

Bajo este contexto, es evidente que la disposición con la que se resuelve el presente caso es la contenida en el inciso 3º del literal b) de la Ley 797 de 2003, como acertadamente lo hizo el Tribunal, y de cuya interpretación no se advierte ningún yerro, en tanto se acompasa con el criterio fijado por esta Corporación en el sentido de que la cónyuge separada de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, aun hallándose disuelta la sociedad conyugal, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes si acredita una convivencia mínima de 5 años con el causante en cualquier tiempo, en vigencia del vínculo matrimonial.

Igualmente, se reiteró en sentencia CSJ SL359-2021, citando múltiples providencias que han ratificado el precedente jurisprudencial, a saber:

En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado (...) en un periodo de 5 años», puede ser acreditado «en cualquier tiempo». Ello, en aras de cumplir la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del de cujus, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 24 en. 2012, rad. 41673, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019, CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020 y CSJ 2746-2020).

Resulta pertinente recordar que, la convivencia real y efectiva que se debe probar corresponde a una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de la pareja, compartir todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, brindarse respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, asuntos propios de una vida en pareja con vocación de permanencia (Sentencia CSJ SL1399-2018).

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si el actor en calidad de cónyuge cumple con el requisito de la convivencia con el pensionado, así:

- Declaración extra juicio rendida el 03 de mayo de 2019, ante la Notaría 68 del Círculo de Bogotá, por el señor Dagoberto Castro Bocanegra, quien informó que fue casado con la señora Elsa Marina desde el 18 de diciembre de 1992, y hasta el día de su muerte el 29 de diciembre de 2005, que durante ese lapso convivieron de manera permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa, que de esa unión no se procrearon hijos, y los dos aportaban para el sostenimiento del hogar.
- Declaración extra juicio rendida el 03 de mayo de 2019, ante la Notaría 44 del Círculo de Bogotá, por la señora Sandra Paola González Díaz y por Yolanda Vélez Leonel quienes de forma individual manifestaron que conocían al actor de trato, vista y comunicación desde hacía más de 20 años, que era viudo, y que había convivido con su esposa la señora Elsa Marina bajo el mismo techo en forma ininterrumpida y permanente desde el 18 de diciembre de 1992 y hasta el 29 de diciembre de 2005, fecha esta última en que la señora Elsa había fallecido, que de esa unión no se procrearon hijos.

Igualmente, en audiencia celebrada el 09 de noviembre de 2021, se escuchó el interrogatorio de parte del señor Dagoberto Castro Bocanegra quien informó que conoció a la causante en 1986, en una tienda que ella tenía en el barrio el Rosario; que se hicieron novios y el 18 de diciembre de 1992, se casaron; que se fueron a vivir en el inmueble de la tienda de propiedad de ella y de sus padres; que allí compartían todo, la habitación, el techo, el lecho y la mesa; que en los fines de semana o a veces entre semana pasaban

los sobrinos de Elsa a visitarlos; que antes de vivir con su esposa vivía en el barrio la Estrada con un hija de él, porque su anterior pareja se la había dejado desde pequeña; que después de casados se trasladaron del barrio el Rosario al Quinta Mutis a una casa igualmente de ella y sus padres y allí vivieron hasta el deceso de su cónyuge; que ella era pensionada por invalidez desde antes del matrimonio, por un trasplante de cadera; que ella falleció de cáncer; que él la acompañaba a todas sus citas y tratamientos médicos; que sus exequias fueron en la Funeraria Gaviria y la cremaron en Jardines de Paz; que después de su muerte él estuvo muy triste y muy amargado; que le daba muy duro llegar a la casa y no encontrarla, entonces se fue a vivir a otro lado y desde entonces no ha tenido otra pareja.

También se recepcionaron los testimonios de Yolanda Vélez Leonel, Ricardo Rodríguez Pinilla, Jairo Antonio Rodríguez Pinilla, y Gloria Esperanza Chacón Zamora.

Yolanda Vélez Leonel indicó que el actor fue su compañero de trabajo en la Empresa Sapias; que entró a laborar allí en el año 2000, y en la actualidad continúa vinculada; que el demandante fue el mensajero de esa empresa desde 1996, hasta el 2002, pero que lo conoció de mucho tiempo atrás, porque su jefe (Ricardo Rodríguez Pinilla), su esposo y el promotor del litigio eran amigos y se visitaban en la casa; fue así como conoció a la señora Elsa; además, eran prácticamente vecinos porque ella vivía en la 63 con 30; que Elsa tenía su residencia y una tienda, donde permanecían Dagoberto y Elsa siempre como pareja; que eran una pareja muy bonita; que vivían juntos compartiendo todo, por eso le parecían una pareja muy bonita siempre juntos hasta el final, que ellos luego se pasaron a vivir a un barrio que unos llaman Quinta Mutis y otros Benjamín Herrera; que ellos convivieron juntos hasta que la señora Elsa falleció por un cáncer; que asistió a las exequias y allí vio al señor Dagoberto.

Ricardo Rodríguez Pinilla informó que, conoce a Dagoberto desde que era novio de su tía Elsa Marina; que ellos en el año 1992, se casaron por lo católico y estuvieron juntos hasta el deceso de ella en 2005; que inicialmente vivieron en el barrio el Rosario y luego se pasaron al barrio Benjamín Herrera; que no tuvieron hijos, señaló que daba fe de la convivencia como pareja entre la causante y el actor; que no le conoció otra pareja ni a su tía ni a Dagoberto; que ellos nunca se separaron; que el demandante la acompañaba a sus citas y asuntos médicos. Adicionalmente se le preguntó por la señora Yolanda Vélez Leonel, e informó que era su empleada; que Dagoberto también había laborado para su empresa entre 1996 y 2002, principalmente como mensajero.

Jairo Antonio Rodríguez Pinilla sobrino de la causante, señaló que su tía Elsa Marina había hecho vida de pareja con el señor Dagoberto porque ellos se casaron en 1992 en la iglesia del barrio el Rosario; que allí fijaron su residencia; que él y su esposa Gloria Esperanza Chacón Zamora (la del testigo) fueron los padrinos de matrimonio de su tía y el actor, que después de 5 años de matrimonio se pasaron a vivir al barrio Benjamín Herrera, hasta el día de la muerte de Elsa que fue en el 2005; que ella tenía

varios quebrantos de salud, le habían realizado varias cirugías de cadera, trasplantes totales entonces se le dificultaba mucho la movilidad, pero murió de cáncer; que daba fe de la convivencia como pareja entre la causante y el actor; que nunca se separaron; que no le conoció otras parejas a ninguno de los dos; que no procrearon hijos; que la familia siempre apoyó el proceso médico de Elsa, pero que Dagoberto siempre estuvo pendiente de sacarle las citas, los controles y de estar con ella.

Gloria Esperanza Chacón Zamora quien conoció a la señora Elsa porque era la tía de su esposo Jairo Antonio Rodríguez Pinilla; que conoció a Dagoberto cuando era el novio de Elsa; que ellos en 1992, se casaron; que ella y su esposo fueron los padrinos de matrimonio y su hijo el pajecito; que fue testigo de esa relación hasta el día en que Elsa falleció; que eran muy cercanos a la familia de su esposo y por ello visitaban la casa de la causante cada fin de semana; que ellos estaban muy felices de la relación de Elsa con Dagoberto, porque ella llevaba sola mucho tiempo; que conoció al demandante, estableció una relación con él, se casaron y compartieron toda su vida de forma permanente; que a ella le hicieron varias cirugías de la cadera, varios trasplantes; que su esposo siempre estuvo acompañándola y estaban juntos; que un lapso vivieron en el barrio el Rosario y otro en el Benjamín Herrera; que no procrearon hijos; que ella murió de cáncer en la casa; que en las exequias estuvo presente el señor Dagoberto.

De las pruebas referidas se evidencia que el señor Dagoberto Castro Bocanegra y la causante Elsa Marina Rodríguez Coronado contrajeron matrimonio el 18 de diciembre de 1992, y convivieron como una pareja en una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de la pareja, compartir todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, brindarse respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, y acompañamiento espiritual, **hasta el 29 de diciembre de 2005**, data en que falleció la señora Rodríguez Coronado.

Lo anterior, se colige del material probatorio que se allegó al proceso, pues se tiene certeza de su matrimonio porque se allegó el registro civil del mismo, los familiares de la causante afirmaron que el demandante convivió con ella desde esa data hasta su muerte, inicialmente en el barrio el Rosario y luego en el barrio Quinta Mutis o Benjamín Herrera, que a ninguno de los dos les conocieron otra pareja, y que nunca se había separado.

De las declaraciones extrajudiciales presentadas por el cónyuge y rendidas por Sandra Paola González Díaz y Yolanda Vélez Leonel quienes afirmaron conocer a la pareja, que vivían bajo el mismo techo en forma ininterrumpida y permanente desde el 18 de diciembre de 1992, y hasta el 29 de diciembre de 2005, fecha esta última en que la señora Elsa había fallecido, respecto de las que no se solicitó ratificación, por lo que estas gozan de pleno valor probatorio conforme lo establecido en el artículo 222 del CGP.

Y el interrogatorio de parte del señor Dagoberto Castro Bocanegra cónyuge de la causante, lo único que hace es corroborar que en efecto entre ellos se construyó una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de cada uno, pues informó que inicialmente fueron novios; que la conoció cuando ya era pensionada por invalidez; que se casaron y ambos aportaban al sostenimiento del hogar; que él la acompañó, auxilió y apoyó en todos sus asuntos médicos, por cuanto ella tenía varios problemas de salud, inicialmente en su cadera que le generó la invalidez y posteriormente un cáncer que le causó la muerte, pero él estuvo para ella hasta el último momento, se brindaron ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, y acompañamiento espiritual hasta el último instante, ya que su cónyuge estuvo presente hasta su entierro.

Todo lo anterior, permite a la Sala concluir que el señor Dagoberto Castro Bocanegra es beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora Elsa Marina Rodríguez Coronado, en su calidad de cónyuge supérstite, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia en este sentido.

Respecto de la cuantía de la prestación, dado que la causante ostentaba el status de pensionada desde 1984, la prestación se sustituye a sus beneficiarios en las mismas condiciones; por lo tanto, al habersele reconocido a la *de cujus* pensión de invalidez que se venía pagando sobre un SMMLV, a su beneficiario habrá de pagársele la pensión de sobrevivientes sobre un SMMLV, y en 14 mesadas pensionales, tal como lo determinó el *a quo*.

INTERESES MORATORIOS -APELACIÓN DEMANDANTE

La parte demandante recurre la absolución de esta pretensión, porque considera que en sede administrativa demostró la convivencia, pero que Colpensiones negó el derecho de forma arbitraria, además que para el reconocimiento de dichos intereses bastaba solo la tardanza en el pago de la prestación. Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que en principio deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio (CSJ, 23 sept. 2002, rad. 18512 y CSJ SL 5025-2018).

No obstante, debe recordarse que el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es que existen excepciones a esa regla general, como por ejemplo, en los eventos en que la pensión se reconoce con fundamento en un cambio o doctrina jurisprudencial que la entidad administradora de pensiones no podía

prever o anticipar, así se explicó en sentencia CSJ SL3087-2014 reiterada en CSJ SL3808-2020, en donde se dijo:

En el sub lite procede entonces la exoneración de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues como se dejó suficientemente explicado con ocasión del recurso extraordinario, la concesión de la pensión de invalidez obedeció a la regla jurisprudencial establecida en la sentencia CSJ SL, 2 ago 2011, rad. N° 39766, y no a la aplicación literal del artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Conforme lo anterior, la imposición de intereses de mora, no procede cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan les es imposible predecir (CSJ SL3087-2014, CSJ SL11234-2015, CSJ SL8614-2017).

Acorde con lo expuesto, en el sub examine dichos intereses resultan procedentes puesto que, Colpensiones negó el derecho en sede administrativa porque no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por el actor; sin embargo, se evidencia que el promotor del litigio a dicha petición anexo las mismas declaraciones extra proceso que obran en este expediente, de las cuales se extrae que la pareja Castro Bocanegra y Rodríguez Coronado contrajeron matrimonio el 18 de diciembre de 1992, y convivieron como una pareja en una comunidad de vida hasta el 29 de diciembre de 2005, data en que esta última falleció.

Además, la señora Yolanda Vélez Leonel quien rindió declaración extra proceso también se escuchó como testigo en este proceso, corroborando lo allí manifestado y ampliando su versión según las preguntas realizadas; sumado a que esta también fue entrevistada en la investigación administrativa realizada por la empresa COSINTE-RM (archivo GEN-REQ-IN-2019_98458, exp administrativo carpeta 1ª inst, exp digital), y allí manifestó que conocía a la causante porque era familiar de su jefe y que sabía que el demandante y ella convivieron juntos hasta el día de su fallecimiento.

En dicha investigación también se entrevistó telefónicamente al señor Antonio Rodríguez Coronado hermano de la causante, «*quien afirmó que el señor Dagoberto Castro Bocanegra fue el esposo de su hermana Elsa Marina Rodríguez Coronado, durante varios años sin precisar tiempos, cree que por unos 10 años, agregando que siempre vivieron juntos hasta que ella falleció, refiere que de la unión no procrearon hijos y por parte de la causante no existían de relaciones anteriores; No brinda datos por seguridad y parece estar en estado de embriaguez*». Y no se realizaron más entrevistas porque desde el deceso de la *de cujus* habían transcurrido 14 años y la mayoría de los vecinos que los conocieron ya se habían mudado del sector.

Conforme lo anterior, en la investigación administrativa hubo dos personas que corroboraban la convivencia exigida al actor para acceder a la pensión de sobrevivientes, además de la propia versión del solicitante y el registro civil de matrimonio, sin que por el hecho de no tener más entrevistas se pudiese poner en duda lo investigado, sumado a que la empresa COSINTE-RM bien pudo solicitar al señor Castro Bocanegra más información e incluso realizar la entrevista al hermano de la causante de forma presencial y así solicitar más información respecto de otros familiares, si lo que necesitaba era realizar más entrevistas.

En consecuencia, se condenará a Colpensiones al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 24 de septiembre de 2019, como quiera que conforme el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, el término para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es máximo dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, y en este asunto está acreditado que la petición se realizó el 23 de julio de igual año.

Por ende, se revocará parcialmente el numeral primero en el sentido de no acceder a la indexación de las mesadas adeudadas, y el numeral cuarto, para en su lugar, condenar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en lo que respecta a la condena por indexación; en consecuencia, este quedará así:

PRIMERO: CONDENAR a la entidad demandada, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, al reconocimiento y pago a favor del señor demandante DAGOBERTO CASTRO BOCANEGRA, la pensión de sobrevivientes que dejó causada su esposa señora ELSA MARINA RODRIGUEZ CORONADO, a partir de la fecha de su deceso, el día 29 de diciembre del año 2005, ordenando pagar el correspondiente retroactivo que se ha venido causando a su favor, el monto correspondiente a UN (1) SMLMV y en 14 mesadas pensionales al año, sin perjuicio de la declaratoria de la prescripción que se pasa a indicar.

Se autoriza a la entidad pensional a descontar de la anterior cifra, lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud de manera proporcional.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **CONDENAR** Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 24 de septiembre de 2019 y hasta que se realice el pago efectivo de dichas mesadas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105017202000207-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA DEL CARMEN CONTRERAS AMAYA
DEMANDANDO	C.I. FLORES COLÓN LTDA.

En Bogotá D. C. a los Veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María del Carmen Contreras Amaya** se declare que entre el 11 de enero de 2001, hasta el 10 de enero de 2012, laboró para la empresa C.I. FLORES COLÓN LTDA. bajo la modalidad de un contrato de trabajo a término fijo; que se declare que la empresa accionada no pagó las cotizaciones y aportes por concepto de pensión del periodo comprendido entre el 11 de enero de 2001, al 30 de junio de 2009, y del 1 de junio de 2010, al 10 de enero de 2012, ante el Sistema de Seguridad Social Integral; en consecuencia, se condene a la empresa demandada a efectuar los aportes pensionales, junto con el pago de los intereses de mora; se condene también a la AFP Porvenir S.A. a recibir las cotizaciones por los periodos señalados y se condene al pago de costas procesales (f.º 4, archivo 2020-207 con sentencia, carpeta 1ª instancia, exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 3 y 4, archivo 2020-207 con sentencia, carpeta 1ª instancia, exp. digital), señaló que laboró para la empresa demandada desde el 11 de enero de 2001, hasta el 10 de enero de 2012, a través de un contrato a término fijo, desempeñando el cargo de operaria; que durante el 11 de enero de 2001, al 30 de junio de 2009, y del 1 de junio de 2010, al 10 de enero de 2012, la demandada no pagó los aportes a pensión al Sistema de Seguridad Social; que actualmente se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La empresa **C.I. FLORES COLÓN LTDA**, contestó la demanda (f.º 30 a 38, archivo 2020-207 con sentencia, carpeta 1ª instancia, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó vinculación laboral de la demandante con la empresa, extremos de la relación laboral, cargo desempeñado y la afiliación como cotizante en la AFP Porvenir S.A.; frente a los demás hechos dijo no ser ciertos.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada.

ACTUACIONES EN PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante audiencia de fecha 20 de octubre de 2021, resolvió la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario propuesta por la empresa demandada a fin de que se integrará en tal calidad a la AFP Porvenir S.A., Colpensiones y la AFP Protección S.A. (carpeta video audiencia 20-10-2021, minuto 26:54, carpeta 1ª instancia, exp. digital).

Señaló que, para resolver la excepción planteada se remitía a lo dispuesto en el artículo 61 del CGP; paso seguido, refirió que el argumento de la parte demandada para la solicitud de la integración de las AFP Porvenir S.A. consistía en que era la entidad destinataria de los aportes que reclamaba la demandante, frente a lo cual consideró que no se trataba de un litisconsorcio necesario, pues el despacho podía resolver y dirimir la controversia sin que fuera necesaria su comparecencia y si bien se hacía alusión en que era la entidad encargada de emitir el correspondiente cálculo actuarial, lo cierto era que el valor de los aportes que eventualmente pudieran estar en mora estaban a cargo del empleador.

Preciso que, debía tenerse en cuenta que la controversia consistía en determinarse si había lugar o no al pago de esos aportes, es decir, si le asistía la obligación del empleador de pagarlos; que en caso de accederse a dicha pretensión bastaba con citar a la entidad destinataria bien fuera Porvenir o la entidad que fuera y solicitarle que expidiera el cálculo actuarial de los periodos en mora y ese sería el valor que debía ser cubierto por parte del empleador, por esa razón no accedía a la solicitud de intervención.

Respecto a dicha decisión la parte demandada guardó silencio, por lo que el Juez declaró ejecutoriada la misma (minuto:26:54).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El día 11 de febrero de 2022, el Juzgado procedió a dictar sentencia, en la cual resolvió (f° 82, archivo 2020-207 con sentencia, carpeta 1ª instancia, exp. digital):

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora MARÍA DEL CARMEN CONTRERAS AMAYA identificada con la C.C. 39.739.884 y la sociedad C.I. FLORES COLÓN LTDA. EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN como empleadora, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo entre el 11 de enero de 2001 y el 10 de enero de 2012.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada C.I. FLORES COLÓN LTDA. EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN, a pagar a la demandante señora CONTRERAS AMAYA los aportes a pensión de los períodos comprendidos entre el 11 de enero al 30 de abril, y junio, julio, agosto, noviembre y diciembre de 2001, todos los ciclos correspondientes a los años 2002, 2003, 2004 y 2005, y los meses de enero a octubre del año 2006, teniendo como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para cada año, y con destino a la entidad Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A., previo cálculo actuarial que emita esa entidad y entendiéndose que se trata de aportes en mora.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada en proporción del 70%. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho por valor de \$1'500.000 M/Cte.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones ya señaladas.

Como **fundamento a su decisión**, sostuvo que la demandada afirmó que había efectuado los aportes pensionales reclamados por la parte actora ante Colpensiones; sin embargo, no demostró el fundamento jurídico de su defensa, debiendo ser su deber legal al momento en que se dio contestación a la demanda, esto es, aportando algún medio de convicción con el cual se pudiera establecer una verdad distinta.

Arguyó que, por el contrario la parte actora había allegado una historia laboral actualizada expedida por la AFP Protección S.A. en la cual se podía verificar varios aspectos: i) que se encontraba afiliada a dicha entidad; ii) que había realizado cotizaciones desde el año 1991 a 2021, con traslado de aportes por parte de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A.; iii) que los aportes efectuados por la demandada correspondían a los meses de mayo, septiembre y octubre de 2001, noviembre y diciembre de 2006, todos los ciclos del año 2007, también del año 2008, 2009, 2010, 2011 y 10 días del mes de enero de 2012, de lo cual se podía concluir que los periodos en mora correspondían del 11 de enero al 30 de abril 2001, junio, julio y agosto del año 2001, noviembre y diciembre de 2001, los años 2002 a 2005, del año 2006, los meses de enero a octubre.

De acuerdo con lo anterior, consideró que la demandada debía ser condenada a pagar a favor de la actora y con destino a la AFP Protección S.A. dichos aportes, previo cálculo actuarial que emitiera a la AFP destinataria, atendiendo que se trataba de cotizaciones en mora. Precisó que, el IBC para la liquidación de los aportes correspondía al SMLMV para cada uno de los años, lo cual se extraía de las documentales que

obraban dentro del expediente y que habían sido aceptados por la parte demandada al momento de exponer sus alegatos de conclusión.

Por último, manifestó que respecto a los procesos ejecutivos que se adelantaban en contra de la empresa demandada como se había informado en los alegatos de conclusión, correspondía a momentos y vías judiciales distintas, donde la accionada podía ejercer allí los medios de defensa en aras de poder concretar esa cartera morosa que estaba a cargo de la empleadora, lo cual no tenía relevancia dentro del presente proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación señalando que los aportes al sistema pensional es una relación tripartita; que dentro de los fundamentos de la sentencia se citaba el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, normatividad que tiene que ver con las obligaciones de cotización que derivan de la relación laboral entre el trabajador y el contratante; sin embargo, se había omitido citar el artículo 24 de la misma ley, que hacía referencia a la relación estricta y tripartita; puntualizó que no desconocía la obligación de los pagos, pero que era necesario que para que los mismos se dieran integrarse a los fondos de pensiones y con ello, dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, respecto de las acciones de cobro que estaban a cargo de dichas entidades.

Acotó que, el cálculo actuarial se daba cuando un empleador había omitido en su totalidad el vínculo del trabajador al Sistema General de Pensiones; que dentro de estos trámites existían unas diferencias que tenían que ver con los valores a pagar, debiéndose tener en cuenta que el cálculo actuarial es una figura que cobra una multa por la no afiliación del trabajador; que en este caso se encontraba probado que la demandante sí fue vinculada, tuvo una relación y que las acciones de cobro como lo establecía la sentencia 079-2016, estaban en cabeza del fondo de pensiones; que la citada sentencia señalaba que la mora del empleador en el pago de los aportes no podía remplazar, ni obstaculizar el reconocimiento que derivaban de las prestaciones económicas de los pagos a seguridad social, siendo a partir de ello que surgía la obligación de integrar a los fondos de pensiones.

Arguyó que, se le había puesto de presente al Juez que se estaban adelantando unos procesos por parte de Porvenir S.A., que era donde anteriormente se encontraba afiliada la demandante, siendo entonces, la llamada a ejercer esas acciones de cobro, igualmente debía considerarse que Protección S.A. podía negar el pago, siendo esa la razón por la que desde el comienzo del proceso se había hablado de la integración del litis consorcio necesario, el cual ya había sido resuelto por el Juez; no obstante, la entidad debía ser llamada al presente proceso para que se pudiera dar cumplimiento a

la sentencia, de lo contrario se estaría imponiendo una obligación de difícil cumplimiento, toda vez que Protección S.A. no iba a liquidar ninguna deuda al no ser el acreedor de los aportes

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si procede el cálculo actuarial de los periodos no cotizados al Sistema General de Pensiones, entre el 11 de enero al 30 de abril, junio, julio, agosto, noviembre y diciembre de 2001, todos los ciclos correspondientes a los años 2002, 2003, 2004 y 2005, y los meses de enero a octubre del año 2006.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora María del Carmen Contreras Amaya, estuvo vinculada con la empresa demandada a través de un contrato laboral a término fijo desde el 11 de enero de 2001, hasta el 10 de enero de 2012, desempeñándose en el cargo de operaria (f° 7 a 12, archivo 2020-207 con sentencia, carpeta 1ª instancia, exp. digital; **ii)** que durante la vigencia de la relación laboral devengó como salario el SMLMV (f° 10 a 83, archivo 2020-207 con sentencia, carpeta 1ª instancia, exp. digital); **iii)** que estuvo vinculada a Colpensiones y a la AFP Porvenir S.A. (f° 13 a 14, archivo 2020-207 con sentencia, carpeta 1ª instancia, exp. digital); y **iv)** que posteriormente, se trasladó a la AFP Protección S.A. en donde se encuentra afiliada actualmente (f° 70 a 80, archivo 2020-207 con sentencia, carpeta 1ª instancia, exp. digital).

Cálculo actuarial

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece que todo empleador es responsable del pago del aporte pensional de sus trabajadores, para lo cual deberá descontar de sus salarios el monto de las cotizaciones obligatorias y trasladarlas al fondo que haya sido elegido, dentro de los plazos determinados por el Gobierno. De otro lado, los artículos 23 y 24 de la misma codificación, disponen que en caso de no realizarse los aportes en los plazos señalados se generará un interés moratorio; asimismo, que las administradoras de fondos de pensiones deben adelantar las acciones de cobro como motivo del incumplimiento, lo cual también se encuentra regulado en el literal h) del artículo 14 del Decreto 656 de 1994, en concordancia con el artículo 5º del Decreto 2633/94.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que existe una diferencia entre falta de afiliación y mora de los aportes pensiones por parte del empleador, tal y como se recordó en sentencia CSJ SL4282-2022, en la cual dijo:

Al respecto, resulta pertinente traer a colación la sentencia CSJ SL1078-2021, en la que la Sala explicó la diferencia entre la falta de afiliación y la mora del empleador, así como las consecuencias de cada una, en la que se dijo en forma clara y categórica, lo siguiente:

Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación [...].

*Lo anterior significa, que debemos considerar la existencia de mora patronal, cuando previamente se ha verificado, **que además de existir una relación laboral entre la empresa o persona natural y el trabajador, el empleador ha cumplido con su deber de afiliar oportunamente a su servidor al sistema de seguridad social**, pero ha dejado de hacer el pago de los aportes al sistema general de pensiones, los que debía realizar a través de la respectiva administradora del fondo pensional al cual se vinculó al asalariado. En este evento, la consecuencia de la conducta omisiva del empleador no se traslada al afiliado, si no se acredita que el fondo pensional adelantó las gestiones de cobro correspondientes, lo cual conduce a que ese tiempo deba ser tenido en cuenta en el historial laboral por la administradora para efectos del reconocimiento del derecho pensional.* (Negritas del texto original).

*Ahora, cosa distinta es que se advierta la omisión en el deber de afiliación del trabajador al sistema general de pensiones por parte del empleador, **lo que apareja su falta de ingreso al sistema**, ya que, en tal circunstancia, aquel debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al período omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, instrumento legal que refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y de cuyo traslado a la administradora pensional, por parte del empleador omiso, depende el reconocimiento de la prestación pensional. Tal circunstancia es la que estima el recurrente, se presentó en el caso bajo estudio, y que más adelante pasará a verificar la Sala.* (Negritas del texto original).

En el caso de marras, la parte actora allegó al plenario historia laboral expedida por parte de la AFP Protección S.A. de fecha 8 de febrero de 2022 (fº 70 a 80, archivo 2020-207 con sentencia, carpeta 1ª instancia, exp. digital), en donde se detalla aportes pensionales desde el año 1991, hasta el mes de diciembre de 2021, también se logra apreciar que los primeros aportes se realizaron a Colpensiones y después se trasladó a la AFP Porvenir en el año 1994, ya para el año 2021, se encuentran aportes efectuados ante Protección S.A.

De igual manera, se evidencia afiliación al sistema pensional por parte de la encartada a partir del año 2001, como se puede ver del siguiente pantallazo:

2001						
SOCIEDAD DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL FLORES COLON LT 860351040						
Mes	Ingreso base de cotización	Valor cotización obligatoria	Días cotizados	Origen de la información	Estado	Aprobar
2001/05	\$286,000	\$28,600	30	PORVENIR	Necesita tu aprobación	☐

Después de dicha data, aparecen aportes en mora de algunas cotizaciones por parte del empleador; así, teniendo en cuenta que el vínculo laboral con dicha empresa se dio hasta mes de enero de 2012, situación que fue aceptada por la accionada en su recurso de alzada, conforme a la línea jurisprudencial previamente citada, se tendría que en efecto al existir afiliación al sistema pensional en principio las acciones de cobro estarían a cargo de la AFP que en ese momento recibía los aportes de la trabajadora; sin embargo, ello en manera alguna releva al empleador de su obligación en el pago de los aportes en mora, sobre quien recae ese deber de conformidad con lo dispuesto expresamente en el artículo 22 de la Ley 100/93; tampoco podría pensarse que la trabajadora no esté legitimada para acudir ante la justicia ordinaria laboral a reclamar a través de la acción ordinaria correspondiente, el cobro del cálculo actuarial, como lo pretende hacer ver la recurrente, pues a no dudarlo es la directamente afectada con la omisión de la convocada a juicio en la no cancelación de los aportes pensionales.

Precisamente por lo anterior, el juez de primer nivel declaró no probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorte que solicitó la accionada, y con la que pretendía vincular al fondo de pensiones privado, situación que quedó en firme en la audiencia del 20 de octubre de 2021, al no interponerse recurso alguno, siendo ese el motivo por el cual la sentencia se enfocó única y exclusivamente sobre la pretensión del cálculo actuarial, al evidenciar la falta de pago de los aportes y de la no comprobación por parte de la pasiva del cumplimiento de dicha obligación; en esa medida, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, le corresponde entonces a esta Sala de decisión ceñirse a lo que se debatió dentro de dicha sentencia, sin que pueda en esta instancia pretender revivir asuntos procesales ya definidos, como se observa en la alzada, al insistir nuevamente a la falta de vinculación de Porvenir S.A., debiendo recordarse que las etapas en los proceso son preclusivas, de tal suerte que resultan del todo improcedentes dichos argumentos del togado.

Por consiguiente, resulta claro que, la AFP Porvenir S.A. no tiene ninguna injerencia en la obligación impuesta a la accionada y, por lo tanto, el pago recae única y exclusivamente a cargo del empleador por medio del cálculo actuarial, el que deberá

pagarse a la AFP Protección, a la que actualmente se encuentra afiliada la actora, en los términos en los que acertadamente lo definió en operador de primer grado.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada, como quiera que su recurso de alzada no salió avante, de acuerdo a lo establecido en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada, la suma de \$1.160.000.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502120200025701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS ALBERTO DÍAZ LÓPEZ
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los Veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Luis Alberto Díaz López** se ordene a la entidad demandada a corregir su historia laboral teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016, hasta el 30 de septiembre de 2019, se condene a Colpensiones a realizar y recibir el correspondiente cálculo actuarial, se efectué las declaraciones y condenas de lo que resulta probado ultra y extrapetita, al pago de costas y agencias en derecho (f.º 9 a 10, archivo 01, carpeta 1ª instancia, exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 8, archivo 01, carpeta 1ª instancia, exp. digital), señaló que solicitó el 19 de noviembre de 2019, a Colpensiones la corrección de su historia laboral para que se incluyeran los tiempos correspondientes al 1 de enero de 2016, hasta el 30 de septiembre de 2019, respondiendo la entidad que la documentación estaba incompleta; que el día 22 de enero de 2020, solicitó ante la accionada el valor del cálculo actuarial, aclarando que había ejercido actividades mercantiles, frente a lo cual Colpensiones reiteró el 23 de enero de 2020, que la documentación se encontraba incompleta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES, contestó la demanda (archivo 10, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la solicitud presentada

por el actor ante la entidad y la respuesta dada a la misma; frente a los demás hechos manifestó no ser ciertos algunos de ellos y no contarle los demás.

En su defensa propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, 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, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de febrero de 2022 (archivo 20 y 21, carpeta 1ª instancia, exp digital), resolvió:

PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES efectúe el cálculo actuarial correspondiente a los aportes no pagados por el demandante LUIS ALBERTO DÍAZ LÓPEZ como trabajador independiente, en el periodo de tiempo comprendido entre enero de 2016 y agosto de 2019, ello de conformidad con lo establecido en el Decreto 1887 de 1994.

Para efectos de establecer el salario de referencia conforme lo consagrado por los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto precitado, se tendrá en cuenta los siguientes valores como salarios base de liquidación, a saber:

AÑO	SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN
2016	\$2.747.666,66
2017	\$1.709.333,33
2018	\$1.780.833,33
2019	\$1.790.250

Lo anterior siguiendo lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a que, una vez trasladado y debidamente pagado el cálculo actuarial que resulte a cargo del demandante LUIS ALBERTO DÍAZ LÓPEZ, conforme lo ordenado en el numeral anterior y a entera satisfacción de la entidad, proceda a actualizar su historia laboral, incluyendo las cotizaciones correspondientes a los periodos comprendidos entre enero de 2016 y agosto de 2019, o aquellas que sean efectivamente sufragadas.

TERCERO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la parte demandada y en favor del demandante. Tásense por Secretaría incluyendo como agencia en derecho la suma de \$300.000.

Como **fundamento a su decisión**, sostuvo que de conformidad con el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 1406 de 1999, se reguló de forma específica la manera en cómo debían ser efectuados los aportes de los trabajadores independientes al sistema pensional, así como las consecuencias jurídicas; que respecto a la primera regulación, en su artículo 28, establecía que no había lugar a la liquidación de intereses de mora toda vez que las cotizaciones no se abonaría por mes anticipado, sino no por mes vencido; por otro lado, el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, había regulado también el tema, normatividad que había sido modificada por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003,

en donde se concebía a los trabajadores independientes como afiliados obligatorios del sistema general de pensiones, significando ello que corría a su cargo y durante el tiempo que desarrollará una actividad económica la obligación de realizar sus aportes de manera individual y obligatoria, pues así se había establecido por expresa disposición legal.

Refirió que, de acuerdo a lo anterior, a este tipo de trabajadores les asistía el deber de afiliarse al Sistema General de Pensiones, sin que de modo alguno pudiera entenderse como a una decisión supeditada a su liberalidad, pues había sido estatuida a modo de imposición; que con la expedición del Decreto 3085 de 2007, en su artículo 7, se había consagrado la posibilidad de que los trabajadores independientes pudieran pagar intereses por mora ante la omisión de aportes al sistema pensional, lo cual había tenido pronunciamiento la Corte Constitucional en sentencia T 377-2015, en donde se consideró que había existido una aplicación retrospectiva del mismo.

Acotó que, mientras hubiera existido la obligación de realizar los aportes, esto es, desde el 29 de enero de 2003, momento en que había entrado en vigencia la Ley 797 de 2003, existía la obligación de que los trabajadores dependientes e independientes de pertenecer el Sistema de Seguridad Social en Pensiones y si el plazo oportuno para realizar el pago se encontrará caducado se configuraría el incumplimiento de la obligación legal, por lo cual se constituiría en mora; por lo tanto, debía cancelar por parte del afiliado el cálculo actuarial con sus respectivos intereses.

Indicó que, revisado los documentos adosados al plenario se encontraba historia laboral en la cual se observaba que la última cotización pensional por parte del demandante había sido para el año 2010. De otro lado, se encontraba que para el año 2016 a 2019, el señor Alberto Díaz López había ejercido actividades mercantiles en calidad de propietario del restaurante el «*buen samaritano*», tal como se acreditaba del Registro Único Tributario, del balance general de los años 2016 a 2018 y de los estados de ganancias y pérdidas de dichas anualidades, certificados por Contador Público; que dichos documentos contrastados con las declaraciones de rentas presentadas para dichos años grabables, permitían verificar las rentas liquidas ordinarias devengadas por el demandante, los cuales se mostraban concordantes con las certificadas en el balance general del establecimiento de comercio para cada una de las anualidades y a su vez daban cuenta de los ingresos percibidos por el actor en calidad de propietario del restaurante.

Precisó que, para determinar el IBC de cada uno de los años solicitados tendría en cuenta lo establecido en las declaraciones de renta de los años 2016 a 2019, correspondiente al resultado de dividir la renta liquida ordinaria percibida en cada anualidad entre 12 meses al año; que para el año 2016, la renta líquida había sido de

\$32.972.000, para el año 2017, de \$20.512.000, para el año 2018, de \$21.770.000 y para el año 2019, de \$21.483.000.

Enfatizó que, si bien en la jurisprudencia se establecía que las cotizaciones de los empleados independientes se debían efectuar de manera posterior, en este caso no había lugar a su aplicación, teniendo en cuenta que no se había realizado ningún tipo de cotización que pretendiera imputar de manera anterior; que aquí lo que se buscaba realizar era el aporte que se había omitido realizar al estar ligado a una actividad comercial a través no de un pago, no de unos simples intereses de mora o del pago de unas cotizaciones posteriores que se puedan imputar a periodos anteriores, sino el pago de un cálculo actuarial.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, señalando que la figura de cálculo actuarial que pretendía la parte demandante por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016, hasta el 30 de septiembre de 2019, no estaba llamada a prosperar, ya que dicha figura estaba establecido para los casos en que los empleadores no afiliaran a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, por lo que no se le podía endilgar culpa a la entidad por la propia negligencia del demandante al no pagar sus cotizaciones y solicitar ahora un cálculo actuarial en calidad de trabajador independiente.

Precisó que, si bien el actor había manifestado que mantuvo una relación laboral con el restaurante el «*buen samaritano*», no lo hacía como empleado, lo había sido como propietario recibiendo sus propias utilidades como se podía ver reflejado de los documentos allegados; que en la historia laboral se podía observar que desde el año 1998, había realizado cotizaciones como trabajador independiente; que ante el vacío de los años 2016 a 2019, era que se solicitaba el cálculo u/o corrección, señalando que había mantenido una relación laboral, siendo claro que la mayoría de cotizaciones realizadas las había hechos como trabajador independiente, frente a lo cual debía tenerse en cuenta lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2718-2021, en donde se indicaba que los trabajadores independientes debían presentar las declaraciones, novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por periodos mensuales y en forma anticipada; que en la providencia del 21 de febrero de 2012, radicado 36648, de la misma Corporación, se había manifestado que así el trabajador independiente se constituyera en el interesado directo del aporte por cotizaciones al sistema general de pensiones, para el momento de presentarse la contingencia, la entidad encargada a la que se encontrará afiliado le concedía las acreencias que le pudieran corresponder, por ello, esos trabajadores independientes estaban obligados a efectuar sus aportes por periodos mensuales y en forma anticipada, por lo que las cotizaciones no podían ser aplicadas de manera

retroactiva, sino a futuro; por lo tanto, Colpensiones no podía efectuar el cálculo actuarial solicitado, al no existir una relación laboral.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si procede el cálculo actuarial de los periodos no cotizados al Sistema General de Pensiones, entre enero de 2016, al mes de agosto de 2019, por parte del demandante como trabajador independiente.

Cotizaciones de los trabajadores independientes al Sistema General de Pensiones

Ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la mora y la falta de afiliación tiene consecuencias distintas, pues la primera surge cuando el empleador o trabajador independiente que se afilió al sistema general de pensiones dejó de efectuar aportes al sistema, frente a lo cual la entidad de fondos de pensiones debe efectuar el correspondiente recobro al empleador cuando se trata de trabajadores dependientes, y en caso de no hacerse, la entidad pensiones deberá acarrear el allanamiento en la mora, mientras que el segundo caso consiste, cuando no se ha realizado afiliación al sistema para realizar los respectivos aportes pensionales, que para el caso de los trabajadores dependientes nace la obligación al empleador de hacer el cálculo actuarial, tal como se indicó por la referida Corporación en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2009, rad.35211, en la que se dijo:

Claro que la afiliación y la cotización, si bien hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y, por consiguiente, con estrechas vinculaciones y recíprocas influencias, son conceptos jurídicos distintos, que no es dable confundirlos, y que están llamados a producir secuelas totalmente diferentes en el mundo del derecho.

La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél.

De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en ésta encuentran veneno todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores.

Nadie puede predicar pertenencia al sistema de seguridad social, mientras no medie su afiliación; y ningún derecho o ninguna obligación de los previstos en dicho sistema se causa a su cargo sin la afiliación.

La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación.

Mientras que la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada merced a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual que nace bajo un determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica.

A partir de esa distinción, brota espontánea una conclusión: la afiliación al sistema de seguridad social, en ningún caso, se pierde o se suspende porque se dejen de causar cotizaciones o éstas no se cubran efectivamente.

Así surge de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, que al regular la permanencia de la afiliación, dispone: “La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones”.

Conviene resaltar que los beneficios o prestaciones que ofrece el sistema reclaman la afiliación al mismo, desde luego, que ella establece la pertenencia a éste, y, además, comporta la generación de la obligación de pago de las cotizaciones. Es decir, afiliación y cotización determinan el acceso a las prestaciones o a los beneficios.

Ahora bien, siendo cierto que la afiliación al sistema de seguridad social tiene carácter permanente, ello significa que cuando se ha producido una desvinculación temporal del sistema por alguna razón, como, por ejemplo, la extinción del vínculo laboral, existe la obligación del empleador respecto de quien, manteniendo su calidad de afiliado, recobra su condición de cotizante, de inscribirlo nuevamente en el sistema general de pensiones, pues se trata, sin duda, de una obligación legal que garantiza la continuidad en la cobertura que ofrece la seguridad social.

Quiere ello decir que la falta de inscripción en el sistema de quien ya está afiliado frustra la realización de los efectos jurídicos de la afiliación y, por esa razón, salvo en aquellos casos en que el asegurado ha consolidado los requisitos para obtener una prestación, es forzoso concluir que ante tal omisión se presentan las mismas consecuencias jurídicas previstas en la ley para cuando la afiliación no se ha dado. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Dicho criterio que se reiteró en sentencia CSJ SL3004-2020, en la que se señaló:

Sobre el punto, conviene reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema o la de la afiliación inactiva (es la que se puede presentar, entre otros casos, en los de reintegro del trabajador sin solución de continuidad en la relación laboral). En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993. Ver en este sentido, la sentencia CSJ SL4021 de 2019, donde esta Sala asentó:

En el caso de la no afiliación, la Corte sostiene que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación.

En el caso bajo estudio, verificadas las pruebas allegadas al plenario, se encuentra la historia laboral del actor expedida por Colpensiones, en donde aparecen los siguientes aportes (f° 72, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Físico):

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1003901208	MANIQUES Y PLASTICO	03/11/1975	28/02/1977	\$1.770	69,14	0,00	0,00	69,14
1003900390	VIDRIERA DE COLOMBIA	03/09/1976	31/10/1979	\$4.410	164,86	0,00	25,57	139,29
1003901300	COOP INT DE VIDRIERA	01/11/1980	30/06/1991	\$190.270	556,29	0,00	0,00	556,29
1003901996	VINAL LTDA	10/02/1994	31/05/1994	\$120.000	15,86	0,00	0,00	15,86
1003901996	VINAL LTDA	01/06/1994	30/10/1994	\$120.000	21,71	0,00	0,00	21,71
930006692	FABRICA DE CRISTAL L	01/07/1996	31/07/1996	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/09/1998	30/03/1998	\$109.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/10/1998	31/10/1998	\$204.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/11/1998	30/11/1998	\$209.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/02/1999	28/02/1999	\$237.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/04/1999	30/06/1999	\$237.000	12,86	0,00	0,00	12,86
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/07/1999	31/07/1999	\$237.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/08/1999	31/08/1999	\$237.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/10/1999	31/10/1999	\$237.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/11/1999	30/11/1999	\$236.460	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/12/1999	31/12/1999	\$236.460	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/01/2000	31/01/2000	\$260.100	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/02/2000	31/03/2000	\$260.100	8,57	0,00	0,00	8,57
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/04/2000	30/04/2000	\$260.100	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/05/2000	31/05/2000	\$260.100	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/06/2000	30/06/2000	\$260.100	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/07/2000	31/07/2000	\$260.100	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/09/2000	31/10/2000	\$260.100	8,57	0,00	0,00	8,57
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/11/2000	30/11/2000	\$260.100	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/12/2000	31/12/2000	\$260.100	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/01/2001	31/01/2001	\$266.000	3,71	0,00	0,00	3,71
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/05/2001	31/10/2001	\$266.000	25,71	0,00	0,00	25,71
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/11/2001	30/11/2001	\$266.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	LUIS ALBERTO DIAZ LO	01/12/2001	31/12/2001	\$266.000	3,71	0,00	0,00	3,71
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/08/2008	30/11/2008	\$461.500	17,14	0,00	0,00	17,14
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/12/2008	31/12/2008	\$497.000	4,14	0,00	0,00	4,14
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/01/2009	31/01/2009	\$461.500	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/02/2009	31/03/2009	\$497.000	8,57	0,00	0,00	8,57
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/04/2009	30/04/2009	\$497.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/05/2009	30/06/2009	\$497.000	8,57	0,00	0,00	8,57
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/07/2009	30/11/2009	\$497.000	21,43	0,00	0,00	21,43
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/12/2009	31/12/2009	\$515.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/01/2010	31/01/2010	\$515.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19383689	DIAZ LOPEZ LUIS ALBE	01/09/2019	31/12/2019	\$628.116	17,14	0,00	0,00	17,14
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								1.032,43

Como bien se puede apreciar, el señor Luis Alberto Díaz desde el año 1998, comenzó a efectuar aportes al sistema pensional como independiente hasta el año 2010 y nuevamente comenzó a realizar cotizaciones hasta el año 2019, en la misma calidad, advirtiéndose que existe un periodo bastante amplio sin que se efectuarán aportes pensionales, por lo que se trataría de un cotizante inactivo, acarreando las mismas consecuencias jurídicas de cuando la afiliación no se ha dado, tal y como lo refiere las sentencias previamente citadas.

Ahora bien, en tratándose de los trabajadores independientes, se tiene que su obligatoriedad para efectuar aportes al sistema pensional nació a partir de la Ley 797 de 2003, que en su artículo 3, modificó el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, implementando dicho deber para este tipo de trabajadores. De otro lado, el Decreto 692 de 1994, en su inciso 4, artículo 28, dispuso: «*Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido*».

En el inciso 1°, del artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, se señaló: «Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente». Seguidamente, a través del artículo 7 del Decreto 3085 de 2007, se autorizó la causación de intereses de mora por parte de los trabajadores independiente, indicándose allí: «Los intereses de mora, se generarán a partir de la fecha de vencimiento del plazo para efectuar el pago de los aportes, salvo que el trabajador independiente realice este pago a través de entidades autorizadas por la Ley para realizar el pago en su nombre, caso en el cual los intereses de mora se causarán teniendo en cuenta la fecha de vencimiento de los pagos de la entidad que realice los aportes por cuenta del trabajador independiente».

Bajo ese entendido, se tiene que los trabajadores independientes son los únicos responsables en efectuar las cotizaciones al sistema pensional, por lo que en caso de no hacerlo deben asumir las consecuencias de su omisión, como bien lo precisó la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en sentencia CSJ SL3838-2020, en la cual dijo:

*Al respecto, **importa recordar lo adocetrinado por esta Sala de la Corte en el sentido de que --en tratándose de trabajadores independientes--, el pago de la cotización es exclusivamente de su resorte y, además, en estos eventos, la ley no establece acción de cobro alguna a favor de las entidades administradoras para procurar el recaudo de lo no pagado. En tal sentido, así el trabajador independiente, no reciba una sanción, su incumplimiento se va a ver reflejado, negativamente, en el interés de obtener rápidamente el objetivo primordial de tales aportes, esto es, el reconocimiento pensional o, en otros términos, el incumplimiento va a postergar el derecho del trabajador independiente de recibir su prestación pensional**, tal y como lo adujo el Tribunal en su fallo. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).*

Así lo enseñó esta Sala, por ejemplo, en sentencia del 5 de diciembre de 2006, radicación 26728, reiterada en la SL573-2013:

Es que, frente al criterio actual del legislador, el efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye para el trabajador independiente un ‘imperativo de su propio interés’, de manera que, el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional, lo que hace es dilatar en el tiempo el reconocimiento de la prestación perseguida y, en situaciones extremas, el dejar de aportar al sistema ese número mínimo, imposibilita el nacimiento del derecho perseguido.

De otro lado, esa misma Corporación en sentencia CSJ SL16204-2014, estudió con más profundidad el asunto, indicando que el diseño de las sanciones en caso de incumplimiento del deber o de la obligación del pago de cotizaciones de los trabajadores independientes es diferente, precisando lo siguiente:

Planteado así el asunto y como el tema objeto de discusión en el sub examine, ha sido abordado en varias oportunidades por esta Sala de la Corte, pertinente es recordar lo dicho en sentencia CSJ SL 573-2013, en la que se precisó que el régimen de afiliación de los trabajadores independientes al sistema pensional ofrece características diferentes del que rige para el resto de la población afiliada, vale decir, de la dependiente o subordinada, especialmente, porque no obstante que, a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003, ambos contingentes de trabajadores son sujetos obligatorios de afiliación al sistema general de pensiones, el diseño de sanciones en caso de incumplimiento de tal deber o de la obligación del pago de las cotizaciones, no es igual para ambos.

En efecto, mientras subsista la afiliación al sistema general de pensiones y los obligados cumplan con el deber de cancelar oportunamente los aportes periódicos, esto es, cada mes, el régimen de una y otra clase de trabajadores, resulta compacto y sin fisuras que los puedan diferenciar, es decir, el sistema parece operar de la misma forma; empero, basta con que el cumplimiento del deber, sobre todo, de pagar los aportes, se deje de presentar, para que comience a aflorar la distinción entre el afiliado dependiente y el independiente.

El incumplimiento de los aportes refleja de inmediato la diferencia trascendental y su impacto sobre el pago extemporáneo, entre el sistema que opera para los dependientes y el de los independientes, pues, mientras que en el primero, el empleador, quien es el obligado a descontar del salario del afiliado y luego aportarlo al fondo respectivo de la Seguridad Social lo hace una vez vencido el periodo correspondiente, **en el segundo, el obligado que es el propio trabajador independiente, debe realizar su aporte con anticipación al período cubierto con dicho pago.** (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Bien vale acotar que no obstante, como lo sostiene el recurrente, la inscripción a la seguridad social de los trabajadores independientes se adoptó de manera obligatoria a partir de la Ley 797 de 2003, la legislación no diseñó, paralelo a ello, como si lo hizo para los otros afiliados, un sistema de sanción de tipo pecuniario e inmediato con el fin de recaudar dicha cartera vencida, como es la acción de cobro a favor de la entidad de seguridad social, lo cual no obedece a un silencio de la Ley, sino por el contrario, a su deliberado propósito de gravar únicamente con tal procedimiento a los obligados en el sistema de trabajadores dependientes, no para los independientes, como bien lo precisa el artículo 28 del Decreto 692 de 1994 cuando al efecto dispone: «(...) Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido».

En este orden de ideas, así el trabajador independiente, no reciba una sanción, su incumplimiento se va a ver reflejado, negativamente, en el interés de obtener rápidamente el objetivo primordial de tales aportes, esto es, el reconocimiento pensional. En otros términos, el incumplimiento va a postergar el derecho del trabajador independiente de recibir su prestación pensional de forma oportuna, que fue precisamente lo que concluyó el sentenciador de alzada. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

El anterior razonamiento se ha mantenido hasta la fecha, pues así lo señaló esa Corte en sentencia CSJ SL2082-2021, en la que sostuvo:

Con todo, al margen de lo anterior, esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema de las cotizaciones en trabajadores independientes y las consecuencias de que se efectúen de manera extemporánea. Así las cosas, en sentencia CSJ SL5634-2016, se explicó:

Esas contribuciones fueron realizadas por el actor como trabajador independiente, y si bien es cierto se hicieron en época posterior al ciclo que se pretendía cubrir, no por ello debían ser excluidas del haber de cotizaciones del afiliado, lo cual generó una distorsión en el Tribunal en su contabilización, pues no pierden validez sino que debieron ser imputadas a periodos posteriores al pago como lo ha precisado la Corte entre otras, en sentencias CSJ SL13077-2014 y SL5081-2015.

En la primera de ellas, dijo textualmente la Corporación:

En ese contexto, explicó la Sala, que la inscripción a la seguridad social de los trabajadores independientes, se adoptó de manera obligatoria a partir de la L. 797 / 2003, la legislación no diseñó, paralelo a ello, como si lo hizo para los otros afiliados, un sistema de sanción de tipo pecuniario e inmediato, con el fin de recaudar dicha cartera vencida, como es la acción de cobro a favor de la entidad de seguridad social, lo cual no obedece a un silencio de la Ley, sino por el contrario, a su deliberado propósito de gravar únicamente con tal procedimiento a los obligados en el sistema de trabajadores dependientes, toda vez que el art. 28 del D. 692/1994 dispone que ‘...Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido’.

Igualmente, el art 35 del D. 1406/1999 establece que ‘Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente’.

Llegados a este punto, brota una conclusión: los trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte ‘por períodos mensuales y en forma anticipada’, de manera que las ‘novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente’; por tanto, las cotizaciones realizadas en forma ‘extemporánea’ si bien son eficaces, no surten efecto retroactivo. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Y en la segunda precisó:

(...) los afiliados al régimen subsidiado de pensiones se asimilan a trabajadores independientes, en lo que respecta al pago de los aportes a su cargo, por lo que sus cotizaciones deben hacerse de manera anticipada al sistema, de manera tal que nada impide que paguen sus aportes de uno o varios ciclos de manera adelantada y en una misma fecha de recaudo (...)

*Surge de lo anterior, que los trabajadores independientes están autorizados para efectuar el pago de las cotizaciones «por periodos mensuales y en forma anticipada» (artículo 35 del Decreto 1406 de 1999), esto significa que los aportes que sufragó el demandante los días 25, 26 y 28 de junio de 2004, y 11 de mayo de 2005, aunque no podían aplicarse como él lo pretendía a ciclos anteriores, **sí podían serlo a ciclos futuros, porque a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores dependientes en que la cotización se causa con la prestación del servicio, y por esa razón se admiten los pagos extemporáneos, en el evento de los independientes la cotización se causa con el pago, y éste debe hacerse como lo indica la norma citada, en forma anticipada.*** (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

De conformidad con la anterior línea de pensamiento, resulta claro que no es procedente que se efectuó el cálculo actuarial en los términos solicitados por la parte actora, pues ello sería avalar a favor del incumplido los aportes pensionales que en su momento debió realizar, siendo una obligación que recaía exclusivamente en él, lo cual necesariamente debe conllevar una sanción, de tal suerte que no puede ser equiparado con la omisión de un tercero (el empleador) en el caso de los trabajadores dependientes.

Bajo ese entendido, si bien el actor puede efectuar el pago de los aportes que dejó de realizar al sistema pensional como trabajador independiente junto con el pago de intereses moratorios, los mismos deberán ser computados a los ciclos futuros y no de forma retroactiva, bajo la figura de cálculo actuarial, como es lo aquí pretendido, tal y como jurisprudencialmente lo tiene asentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primer grado y, en su lugar, se absolverá a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas.

COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar, **ABSOLVER** a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante, la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502120202000383-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	RAUL TRUJILLO REYES
DEMANDANDO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP

En Bogotá D. C. a los Veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor Raul Trujillo Reyes se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la mesada 14 o mesada adicional de junio causadas desde el 01 de noviembre de 2008 en adelante, a la indexación sobre cada una hasta su inclusión en nómina, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª instancia, exp. Digital), señaló que laboró por más de 20 años para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero; que el contrato finalizó el 27 de junio de 1999, data para la cual no había cumplido 55 años de edad, ya que, llegó a esta el 01 de noviembre de 2008; que mediante Resolución 174 del 10 de febrero de 2009, se le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 01 de noviembre de 2008, en cuantía de \$1.627.936,07 equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios; y que agotó la reclamación administrativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La UGPP, contestó la demanda (archivo 09, carpeta 1ª instancia, exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que mediante Resolución 174 del 10 de febrero de 2009, se le reconoció pensión de

jubilación convencional a partir del 01 de noviembre de 2008, en cuantía de \$1.627.936,07 equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios; frente a los demás manifestó que no eran ciertos y aclaró que el derecho pensional del actor se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no era procedente la mesada adicional de junio o mesada 14, además teniendo en cuenta que la cuantía de la mesada pensional era superior a tres (3) salarios mínimos legales vigentes, que se encontraba en \$461.500 para el año 2008, año de la fecha de efectividad de la pensión del demandante.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo las de falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, compartibilidad de la pensión y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de enero de 2022 (archivo 17-18 carpeta 1ª instancia, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el demandante RAUL TRUJILLO REYES tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada 14, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción formulada por la demandada; PROBADA la de COMPARTIBILIDAD DE LA PENSIÓN, conforme lo considerado; y no probadas las demás excepciones, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$ 12’540.366, por concepto de retroactivo causado por las mesadas adicionales de junio – mesada 14, desde el 23 de octubre de 2016 hasta la mesada adicional de junio del año 2021, debidamente indexadas, sin perjuicio de las que se sigan causando hasta la fecha del pago efectivo.

RETROACTIVO MESADA 14		
2016	PRESCRITA	
2017	\$	2.338.541
2018	\$	2.434.187
2019	\$	2.511.595
2020	\$	2.607.035
2021	\$	2.649.008
TOTAL	\$	12.540.366

CUARTO: DECLARAR que la pensión de jubilación reconocida al demandante RAUL TRUJILLO REYES por la UGPP es compartida con la pensión de vejez que tenga o llegare a ser reconocida por Colpensiones, quedando a cargo de la UGPP sólo el mayor valor, y la mesada adicional de junio, esto es la denominada mesada catorce por el valor completo de la mesada pensional, y así sucesivamente año a año, conforme lo indicado.

QUINTO: AUTORIZAR a la UGPP, a descontar el valor de cada mesada pensional pagada el aporte por salud con destino a la entidad de seguridad social en salud que

corresponda, de conformidad con lo previsto en el inciso 3 del artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la demandada y en favor de la parte demandante, incluyendo por concepto de agenciad en derecho la suma de \$500.000.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior esta decisión por ser adversa a los intereses de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-.

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el demandante tenía derecho al reconocimiento de la mesada adicional catorce desde el 01 de noviembre de 2008.

Indicó que, no existía controversia en que: i) el actor laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 19 de enero de 1976 hasta el 27 de junio de 1999, lo que equivalía a 23 años y 159 días; ii) que nació el 01 de noviembre de 1953, por lo que había alcanzado los 55 años de edad en la misma calenda del año 2008; y iii) que mediante Resolución 174 del 10 de febrero de 2009 se le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 01 de noviembre de 2008, en cuantía de \$1.627.936,07 equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios.

Precisó que, se adentraría al estudio del problema jurídico, para lo cual verificaría la causación y reconocimiento de la mesada adicional 14. Señaló que, esta fue regulada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 norma que citó, y que la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994 había hecho extensivo ese beneficio a los pensionados de todo orden en aplicación al principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la constitución política, sin importar la fecha en que se causa y otorga la prestación de ese derecho.

Dijo que, a través del Acto Legislativo 01 de 2005, se derogó ese beneficio para las personas que causaran su pensión a partir de la vigencia del mismo -29/07/2005-, quienes tenían derecho a recibir solo 13 mesadas pensionales al año, con excepción de aquellos que percibieran una pensión igual o inferior a 3 SMMLV y que esta se adquiriera antes del 31 de julio de 2011.

Refirió que, en este asunto conforme se desprendía de la Resolución 174 del 10 de febrero de 2009, al actor le había sido reconocido el derecho pensional a partir del 01 de noviembre de 2008, bajo los parámetros del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, en cuantía inicial de \$1.627.936,07; que al revisar dicha norma convencional se extraía que los requisitos para la causación del derecho pensional eran dos, 20 años de servicios y el retiro del servicio, con independencia de la edad pues esta era un requisito para el disfrute, así la prestación se causó desde el **27 de junio de 1999**, cuando el actor dejó de prestar servicios a su empleadora, después de haber laborado para esta más de 20 años.

Conforme lo anterior, concluyó que el derecho del actor a la mesada adicional catorce (14) no resultó afectado por el Acto Legislativo 01 de 2005, porque la causación de la pensión convencional a él reconocida fue el 27 de junio de 1999, es decir con anterioridad a la norma constitucional referida, por lo que al ser un derecho adquirido no había lugar a desconocerlo, por ende, condenaría a la UGPP a reconocer y pagar al demandante la mesada adicional catorce.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que la demandada debió reconocer ese beneficio desde el 01 de noviembre de 2008; que la reclamación administrativa era del 23 de octubre de 2019, petición con la cual interrumpió la prescripción conforme el artículo 489 del CST y 151 del CPTSS, por lo que la declararía probada frente a las mesadas causadas con anterioridad al 23 de octubre de 2016. Agregó que, la mesada adicional de junio debía pagarse debidamente indexada.

Finalmente, sostuvo que la pensión de jubilación reconocida en la Resolución 174 del 10 de febrero de 2009, debía ser compartida con la pensión de vejez que tenga o llegare a ser reconocida por Colpensiones, quedando a cargo de la UGPP sólo el mayor valor de la prestación, y **el valor completo de la mesada adicional de junio o mesada catorce.**

RECURSO DE APELACIÓN

La UGPP interpuso recurso de apelación argumentando que el derecho pensional del actor se causó a partir del 01 de noviembre de 2008, data a partir de la cual se le reconoció el derecho, pues fue allí cuando cumplió con los requisitos para ser beneficiario de la pensión convencional consagrada en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, puntualmente la edad, ya que había nacido el 01 de noviembre de 1953 por lo que alcanzó los 55 años de edad en esa misma calenda del 2008.

Indicó que, conforme el Acto Legislativo 01 de 2005, quienes causaran su derecho pensional a partir de su entrada en vigencia, no podrían recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, excepto aquellas personas que percibieran una pensión igual o inferior a tres (3) SMMLV, y esta se cause antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

Insiste en que, el actor no tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada catorce, porque su derecho pensional se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y la cuantía de la mesada pensional reconocida en 2008 era superior a 3 SMMLV.

Solicitó se revoque el fallo proferido y se le exonere del pago en costas procesales.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la UGPP, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión que al señor Raúl Trujillo Reyes mediante Resolución 174 del 10 de febrero de 2009, expedida por el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se le reconoció pensión de jubilación convencional conforme el artículo 41 de la CCT 1998-1999, a partir del 01 de noviembre de 2008, en cuantía de \$1.627.936,07 equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios y por 13 mensualidades, esto por haber laborado para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 19/01/1976 y el 27/06/1999, es decir, 23 años y 159 días.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el actor tiene derecho a que se le pague la mesada adicional de junio o si por el contrario esta no lo cobija.

DE LA MESADA ADICIONAL DE JUNIO O MESADA CATORCE EN PENSIONES DE ORIGEN CONVENCIONAL

Advierte la Sala que la mesada adicional de junio o mesada catorce es de creación legal, así por ejemplo, esta se estableció en el artículo 142 de Ley 100 de 1993, que puntualmente señaló:

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. *<Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

~~*Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.*~~

PARÁGRAFO. *Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.*

Los apartes tachados fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-409-1994, al considerar que esa exclusión quebrantó la prohibición supralegal de crear situaciones discriminatorias al interior de los mismos

grupos de jubilados «otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988». Por tanto, la mesada adicional de junio que se instituyó para beneficiar a un grupo selecto se extendió a todos los pensionados sin excepción alguna.

Sumado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que las mesadas adicionales sí son procedentes en pensiones de carácter extralegal; así por ejemplo, en sentencia CSJ SL 20 mar. 2013, rad. 54265, reiterada en sentencia CSJ SL5551-2021, se indicó:

*Para la Sala, la hermenéutica que realizó el Juzgador fue desacertada, **pues los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 no establecen restricción para ser beneficiario de las mesadas denominadas 13 y 14 (junio y diciembre), siendo, indiferente la naturaleza jurídica de la pensión (legal o extralegal)**, a menos de que se trate de una prestación consolidada con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, caso en el cual era necesario remitirse a su contenido. (subraya y negrilla fuera del texto original)*

Incluso esta Corporación, en sentencia de 3 de agosto de 2010, radicado 38295, al referirse a la mesada adicional para una pensión convencional señaló:

“Así las cosas, si la fecha en que se consolidó la pensión de jubilación convencional fue el 1º de octubre de 2005, forzoso resulta concluir que el derecho se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 01 del 22 de julio 2005, toda vez que el mismo empezó a regir, el 25 de ese mismo mes y año, fecha en la cual se publicó en el diario oficial número 45.980.

“En las anteriores condiciones, no le asiste el derecho al demandante a percibir la mesada catorce que reclama en el presente proceso, pues la misma fue eliminada respecto de las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, que fue lo aconteció en el presente caso.

“Adicionalmente, el demandante no se encuentra dentro del régimen de excepción a que alude el parágrafo transitorio 6º...”.

Por lo visto, es claro que no debe existir diferencia alguna en relación con la naturaleza jurídica de la pensión reconocida, para efectos del beneficio del pensionado a recibir las mesadas adicionales; de ahí que como el cargo está orientado por la vía directa, no es tema de discusión que las pensiones otorgadas a los actores son de fecha anterior a la vigencia del Acto Legislativo mencionado, por tanto les asiste el derecho a percibir la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993”.

Contrario sensu, como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho incluso porque en el inciso 9º del artículo 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetaran todos los derechos adquiridos, de allí que el Tribunal se equivocara en su interpretación y por ello el cargo resulta fundado.

(...) por lo que se revocará parcialmente la sentencia del 24 de febrero de 2009, dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, para en su lugar condenar a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., a pagar a los demandantes la mesada llamada 14, dejada de cancelar a los demandantes a partir de junio de 2007, debidamente indexadas. Se confirmará en todo lo demás.

Acogiendo el anterior criterio, se tiene que en pensión convencionales como la aquí analizada si era procedente reconocer la mesada catorce.

Ahora, como quiera que lo que alega la UGPP es que esta prestación se reconoció a partir del 01 de noviembre de 2008, y por ello se vio afectada por el Acto Legislativo de 2005, el cual eliminó la mesada catorce para quienes causaran el derecho con posterioridad al 29 de julio de 2005, a excepción de aquellas personas que adquieren su status antes del 31 de julio de 2011, y perciban una mesada pensional igual o inferior a 3 SMMLV, requisitos que no cumplía el demandante, se hace necesario verificar la fecha en que el actor causó su derecho a la pensión reconocida en la Resolución 174 del 10 de febrero de 2009.

Recuérdese que, esta prestación se reconoció conforme el artículo 41 de la CCT 1998-1999, la cual regulaba la pensión de jubilación, y señalaba en su parágrafo primero, lo siguiente:

PARAGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

Como se puede advertir el texto convencional, es claro en el sentido de indicar que si un trabajador laboró por más de 20 años al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y se retiraba o era retirado del servicio, tiene derecho a la pensión de jubilación al llegar a los 55 años de edad si era hombre. Por lo tanto, los requisitos de estructuración de la prestación son dos: i) haber prestado servicios por más de 20 años, y ii) haberse retirado o haber sido retirado del servicio.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL526-2018, al estudiar el mismo artículo 41 de la CCT 1998-1999, indicó:

(...) la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

(...)

No ocurre lo mismo, entiende la Corte cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto, no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de exigibilidad goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

En consecuencia, la pensión se causó el **27 de junio de 1999**, fecha en que el demandante se retiró del servicio, después de haber prestado sus servicios por más de 23 años a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, quedándole pendiente únicamente el cumplimiento de los 55 años de edad, el cual es un requisito única y exclusivamente de disfrute de la prestación.

En lo que se refiere al inciso 8º y párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, que establecieron que a partir de la entrada en vigor de esa norma las pensiones que se causen solo tendría derecho a 13 mesadas, excepto para aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán 14 mesadas pensionales al año.

Sobre el particular, advierte esta Sala que dicha norma de rango constitucional no afectó el derecho del actor, en la medida que la pensión de jubilación convencional que ahora se estudia se causó desde el **27 de junio de 1999**; por ende, para la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, el 29 de julio de 2005, este era un derecho adquirido y debía respetarse conforme el inciso 4 de esa misma preceptiva.

Entonces, pese a que el derecho se reconoció al actor a partir del 01 de noviembre de 2008, fecha en que cumplió los 55 años de edad, este se había adquirido desde el 27 de junio de 1999; por lo tanto, las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, no podían afectar o desconocer su derecho.

De otro lado, frente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada se tiene que la reclamación administrativa se radicó ante la UGPP el 23 de octubre de 2019, y esta demanda se radicó el 28 de septiembre de 2020, por lo que el término trienal prescriptivo al que aluden los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, operó para las mesadas adicionales causadas con antelación al 23 de octubre de 2016.

Por lo anterior, la liquidación de esta prestación quedará así:

PERIODO		INCREMENTOS	MESADAS UGPP	TOTAL MESADA 14
DESDE	HASTA			
1/11/2008	31/12/2008		\$ 1.627.936,07	prescripto
1/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 1.752.798,77	prescripto
1/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 1.787.854,74	prescripto
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 1.844.529,74	prescripto
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 1.913.330,70	prescripto
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 1.960.015,97	prescripto
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 1.998.040,28	prescripto
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 2.071.168,55	prescripto
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 2.211.386,66	prescripto
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 2.338.541,39	\$ 2.338.541,39
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 2.434.187,74	\$ 2.434.187,74
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 2.511.594,91	\$ 2.511.594,91
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.607.035,51	\$ 2.607.035,51
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.649.008,78	\$ 2.649.008,78
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 2.797.883,08	\$ 2.797.883,08
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 3.164.965,34	\$ 3.164.965,34
TOTAL MESADA ADICIONAL DE JUNIO DEL AÑO 2017 A 2023			\$	18.503.216,75

Tal y como se evidencia la liquidación realizada en primera instancia es correcta, solo que en esta oportunidad se liquidó el retroactivo hasta la mesada catorce de junio de 2023, y a eso se debe que el retroactivo hubiese incrementado.

En consecuencia, se confirmará la decisión recurrida, modificando el numeral TERCERO del resuelve única y exclusivamente en el valor del retroactivo causado a partir de junio de 2017 hasta junio de 2023, que asciende a la suma de \$18.503.216,75, esto sin perjuicio del que se continúe causando hasta su inclusión en nómina.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a la UGPP en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, en consecuencia, se confirmará la decisión en este asunto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la UGPP como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

TERCERO: CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$18.503.216,75, por concepto de retroactivo causado por las mesadas adicionales de junio – mesada 14, desde el 23 de octubre de 2016 hasta la mesada adicional de junio del año 2023, debidamente indexadas, sin perjuicio de las que se sigan causando hasta la fecha del pago efectivo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, por las razones anteriormente expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105024202000310-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NORBERTO PULECIO RAMOS
DEMANDANDO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP

En Bogotá D. C. a los Veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor Norberto Pulecio Ramos se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la mesada 14 o mesada adicional de junio causadas desde el 17 de junio de 2008 en adelante, a la indexación sobre cada una hasta su inclusión en nómina, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 5 archivo 01, carpeta 1ª instancia, exp. físico), señaló que laboró por más de 20 años para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero; que el contrato finalizó el 27 de junio de 1999, data para la

cual no había cumplido 55 años de edad, ya que, llegó a esta el 17 de junio de 2008; que mediante Resolución 06442 del 06 de agosto de 2008 se le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 17 de junio de igual año, en cuantía de \$1.579.024,78 equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios; y que agotó la reclamación administrativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La UGPP, contestó la demanda (f.º 75-82 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos los aceptó todos. Argumentó que la mesada 14 o mesada adicional de junio, solo se reconocía a quienes habían adquirido el status pensional antes del 29 de julio de 2005, o aquellas personas que con posterioridad a esta fecha, adquieren su status antes del 31 de julio de 2011, y perciban una mesada pensional igual o inferior a 3 SMMLV; que el actor no se encontraba en ninguno de los dos escenarios.

En su defensa propuso como excepciones de fondo, las de cobro de lo no debido, prescripción, sobre la indexación, sobre la condena en costas y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de marzo de 2022 (archivo 13-14 carpeta 1ª instancia, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que al señor Norberto pulecio ramos le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional catorce (14) a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP a reconocer y pagar de manera indexada las mesadas adicionales catorce (14), a favor del demandante señor Norberto Pulecio Ramos causadas a partir de junio de 2017 y hasta junio de 2021, suma que asciende a la fecha de la presente sentencia al monto de \$12.163.588, así como también las que en lo sucesivo se causen, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada y no probadas las demás.

CUARTO: COSTAS en la instancia a cargo de la parte demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP. Líquidense por secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$500.000.

QUINTO: CONSULTAR esta providencia en favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP en caso de no ser apelada oportunamente.

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el demandante tenía derecho al reconocimiento de la mesada adicional catorce desde el año 2008. Señaló que para ello estudiaría el cumplimiento de los requisitos para dicha prestación de cara a las disposiciones legales que rigen la materia, particularmente lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Indicó que, no existía controversia en que, al actor mediante Resolución 06442 del 06 de agosto de 2008 emitida por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero se le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 17 de junio de igual año, en cuantía de \$1.579.024,78 equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios.

Sostuvo que, se adentraría al estudio del problema jurídico, para lo cual verificaría la causación y reconocimiento de la mesada adicional 14; que esta fue regulada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 norma que citó; que la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994, había hecho extensivo ese beneficio a los pensionados de todo orden en aplicación al principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la constitución política, sin importar la fecha en que se causa y otorga la prestación de ese derecho.

Señaló que, a través del Acto Legislativo 01 de 2005, se derogó ese beneficio para las personas que causaran su pensión a partir de la vigencia del mismo, quienes tenían derecho a recibir solo 13 mesadas pensionales al año, con excepción de aquellos

que percibieran una pensión igual o inferior a 3 SMMLV y que esta se adquiriera antes del 31 de julio de 2011, citó la sentencia CSJ SL 2054-2019.

Refirió que, en este asunto conforme se desprendía de la Resolución 06442 del 06 de agosto de 2008, al actor le había sido reconocido el derecho pensional a partir del 17 de junio de 2008 bajo los parámetros del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, en cuantía inicial de \$1.579.024,78; que al revisar dicha norma convencional se extraía que los requisitos para la causación del derecho pensional eran dos, 20 años de servicios y el retiro del servicio, con independencia de la edad pues esta era un requisito para el disfrute, así la prestación se causó desde el **27 de junio de 1999** cuando el actor dejó de prestar servicios a su empleadora, después de haber laborado para esta más de 20 años.

Conforme lo anterior, concluyó que el derecho del actor a la mesada adicional catorce (14) no resultó afectado por el Acto Legislativo 01 de 2005, porque la causación de la pensión convencional a él reconocida fue el 27 de junio de 1999, es decir con anterioridad a la norma constitucional referida, por lo que al ser un derecho adquirido no había lugar a desconocerlo, por ende, condenaría a la UGPP a reconocer y pagar al demandante la mesada adicional catorce.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que la demandada debió reconocer ese beneficio desde el 17 de junio de 2008; que la reclamación administrativa era del 11 de octubre de 2019, petición con la cual interrumpió la prescripción conforme el artículo 489 del CST y 151 del CPTSS, por lo que la declararía probada frente a las mesadas causadas con anterioridad al 11 de octubre de 2016.

Finalmente, expuso que la mesada adicional de junio debía pagarse debidamente indexada.

RECURSO DE APELACIÓN

La UGPP interpuso recurso de apelación argumentando que el derecho pensional del actor se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que el reconocimiento de la mesada 14 estaba sujeto a lo preceptuado en dicha norma, por lo cual esta solo aplicaba si el demandante tenía una mesada pensional inferior a 3 SMMLV, lo que no se cumplía porque su prestación se reconoció en 3.4 SMMLV.

Indicó que, la UGPP no tenía obligación legal ni extralegal pendiente de reconocer al demandante, por lo que no había lugar a que se emitiera condena en su contra.

Frente a la condena en costas, expresó que debía evaluarse el actuar de la parte vencida, y que en ese caso no se evidenciaba actuación de temeridad o mala fe por parte de la entidad y la defensa, por lo que no se debía imponer condena en costas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la UGPP, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta en lo no apelado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión que al señor Norberto Pulecio mediante Resolución 06442 del 06 de agosto de 2008, expedida por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero se le reconoció pensión de jubilación convencional conforme el artículo 41 de la CCT 1998-1999, a partir del 17 de junio de igual año, en cuantía de \$1.579.024,78 y por 13 mensualidades, esto por haber laborado para esa entidad entre el 01/04/1979 y el 27/06/1999, es decir, más de 20 años de servicios.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el actor tiene derecho a que se le pague la mesada adicional de junio o si por el contrario esta no lo cobija.

DE LA MESADA ADICIONAL DE JUNIO O MESADA CATORCE EN PENSIONES DE ORIGEN CONVENCIONAL

Advierte la Sala que la mesada adicional de junio o mesada catorce es de creación legal, así por ejemplo, esta se estableció en el artículo 142 de Ley 100 de 1993, que puntualmente señaló:

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.

<Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

Los apartes tachados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-409-1994, al considerar que esa exclusión quebrantó la prohibición supralegal de crear situaciones discriminatorias al interior de los mismos grupos de jubilados «*otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988*». Por tanto, la mesada adicional de junio que se instituyó para beneficiar a un grupo selecto se extendió a todos los pensionados sin excepción alguna.

Sumado a lo anterior la Corte Suprema de Justicia consideró que las mesadas adicionales sí eran procedentes en pensiones de carácter extralegal, así por ejemplo en sentencia CSJ SL 20 mar. 2013, rad. 54265, reiterada en sentencia CSJ SL5551-2021, se indicó:

*Para la Sala, la hermenéutica que realizó el Juzgador fue desacertada, **pues los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 no establecen restricción para ser beneficiario de las mesadas denominadas 13 y 14 (junio y diciembre), siendo, indiferente la naturaleza jurídica de la pensión (legal o extralegal)**, a menos de que se trate de una prestación consolidada con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, caso en el cual era necesario remitirse a su contenido. (subraya y negrilla fuera del texto original)*

Incluso esta Corporación, en sentencia de 3 de agosto de 2010, radicado 38295, al referirse a la mesada adicional para una pensión convencional señaló:

“Así las cosas, si la fecha en que se consolidó la pensión de jubilación convencional fue el 1º de octubre de 2005, forzoso resulta concluir que el derecho se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 01 del 22 de julio 2005, toda vez que el mismo empezó a regir, el 25 de ese mismo mes y año, fecha en la cual se publicó en el diario oficial número 45.980.

“En las anteriores condiciones, no le asiste el derecho al demandante a percibir la mesada catorce que reclama en el presente proceso, pues la misma fue eliminada respecto de las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, que fue lo aconteció en el presente caso.

“Adicionalmente, el demandante no se encuentra dentro del régimen de excepción a que alude el parágrafo transitorio 6º...”.

Por lo visto, es claro que no debe existir diferencia alguna en relación con la naturaleza jurídica de la pensión reconocida, para efectos del beneficio del pensionado a recibir las mesadas adicionales; de ahí que como el cargo está orientado por la vía directa, no es tema de discusión que las pensiones otorgadas a los actores son de fecha anterior a la vigencia del Acto Legislativo mencionado, por tanto les asiste el derecho a percibir la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993”.

Contrario sensu, como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho incluso porque en el inciso 9º del artículo 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetaran todos los derechos adquiridos, de allí que el Tribunal se equivocara en su interpretación y por ello el cargo resulta fundado.

(...) por lo que se revocará parcialmente la sentencia del 24 de febrero de 2009, dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, para en su lugar condenar a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., a pagar a los demandantes la mesada llamada 14, dejada de cancelar a los demandantes a partir de junio de 2007, debidamente indexadas. Se confirmará en todo lo demás.

Acogiendo el anterior criterio, se tiene que en pensión convencionales como la aquí analizada si era procedente reconocer la mesada catorce.

Ahora, como quiera que lo que alega la UGPP es que esta prestación se reconoció a partir del 17 de junio de 2008, y por ello se vio afectada por el Acto Legislativo de 2005, el cual eliminó la mesada catorce para quienes causaran el derecho con posterioridad al 29 de julio de 2005, con excepción de aquellas personas que adquirieran su status antes del 31 de julio de 2011, y perciban una mesada pensional igual o inferior a 3 SMMLV, requisitos que no cumplía el demandante, se hace necesario verificar la fecha en que el actor causó su derecho a la pensión reconocida en la Resolución 06442 del 06 de agosto de 2008.

Recuérdese que esta prestación se reconoció conforme el artículo 41 de la CCT 1998-1999, la cual regulaba la pensión de jubilación, y señalaba en su parágrafo primero, lo siguiente:

PARAGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

Como se puede advertir el texto convencional, es claro en el sentido que, si un trabajador laboró por más de 20 años al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y se retiraba o era retirado del servicio, tiene derecho a la pensión de jubilación al llegar a los 55 años de edad si era hombre. Por tanto, los requisitos de estructuración de la prestación son dos: i) haber prestado servicios por más de 20 años, y ii) haberse retirado o haber sido retirado del servicio.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL526-2018, al estudiar el mismo artículo 41 de la CCT 1998-1999, indicó:

(...) la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

(...)

No ocurre lo mismo, entiende la Corte cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto, no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de exigibilidad goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

En consecuencia, la pensión se causó el **27 de junio de 1999**, fecha en que el demandante se retiró del servicio, después de haber prestado sus servicios por más de 20 años a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, quedándole pendiente únicamente el cumplimiento de los 55 años de edad, el cual es un requisito única y exclusivamente de disfrute de la prestación.

En lo que se refiere al inciso 8º y parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, que establecieron que a partir de la entrada en vigor de esa norma las pensiones que se causen solo tendría derecho a 13 mesadas, excepto para aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán 14 mesadas pensionales al año.

Sobre el particular, advierte esta Sala que, dicha norma de rango constitucional no afectó el derecho del actor, en la medida que la pensión de jubilación convencional que ahora se estudia se causó desde el 27 de junio de 1999; por ende, para la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, el 29 de julio de 2005, este era un derecho adquirido y debía respetarse conforme el inciso 4 de esa misma preceptiva.

Entonces, pese a que el derecho se reconoció al actor a partir del 17 de junio de 2008 fecha en que cumplió los 55 años de edad, este se había adquirido desde el 27 de junio de 1999 y, por ende, las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, no podían afectar o desconocer su derecho.

De otro lado, frente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada se tiene que la reclamación administrativa se radicó ante la UGPP el 29 de octubre de 2019, y esta demanda se radicó el 24 de septiembre de 2020, por ende, el término trienal prescriptivo al que aluden los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, operó para las mesadas adicionales causadas con antelación al 29 de octubre de 2016.

Por lo anterior, la liquidación de esta prestación quedara así:

Periodo		Incrementos	Mesada UGPP	Total Mesada 14
desde	hasta			
17/06/2008	31/12/2008		\$ 1,579,024.78	Prescripto
01/01/2009	31/12/2009	7.67%	\$1,700,135.98	Prescripto
01/01/2010	31/12/2010	2.00%	\$1,734,138.70	Prescripto
01/01/2011	31/12/2011	3.17%	\$1,789,110.90	Prescripto
01/01/2012	31/12/2012	3.73%	\$1,855,844.73	Prescripto
01/01/2013	31/12/2013	2.44%	\$1,901,127.34	Prescripto
01/01/2014	31/12/2014	1.94%	\$1,938,009.22	Prescripto
01/01/2015	31/12/2015	3.66%	\$2,008,940.35	Prescripto
01/01/2016	31/12/2016	6.77%	\$2,144,945.61	Prescripto
01/01/2017	31/12/2017	5.75%	\$2,268,279.99	\$ 2,268,279.99
01/01/2018	31/12/2018	4.09%	\$2,361,052.64	\$ 2,361,052.64
01/01/2019	31/12/2019	3.18%	\$2,436,134.11	\$ 2,436,134.11
01/01/2020	31/12/2020	3.80%	\$2,528,707.21	\$ 2,528,707.21
01/01/2021	31/12/2021	1.61%	\$2,569,419.40	\$ 2,569,419.40
01/01/2022	31/12/2022	5.62%	\$2,713,820.77	\$ 2,713,820.77
01/01/2023	30/06/2023	13.12%	\$3,069,874.05	\$ 3,069,874.05
Valor mesada adicional de junio del año 2017 a 2023				17,947,288.2

Tal como se evidencia la liquidación realizada en primera instancia es correcta, solo que en esta oportunidad se liquidó el retroactivo hasta el mes de junio de 2023, y a eso se debe que el retroactivo hubiese incrementado.

En consecuencia, se confirmará la decisión recurrida, modificando el numeral SEGUNDO del resuelve única y exclusivamente en el valor del retroactivo causado a partir de junio de 2017 hasta junio de 2023, que asciende a la suma de \$17.947.288,2.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a la UGPP en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, en consecuencia, se confirmará la decisión en este asunto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la UGPP como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

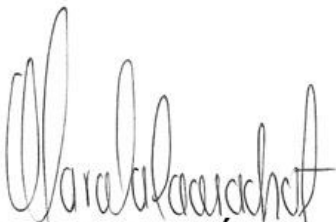
SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a reconocer y pagar de manera indexada las mesadas adicionales catorce (14), a favor del demandante señor Norberto Pulecio Ramos causadas a partir de junio de 2017 y hasta junio de 2023, suma que asciende a la fecha de la presente sentencia al monto de \$17.947.288,2, así como también las que en lo sucesivo se causen, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

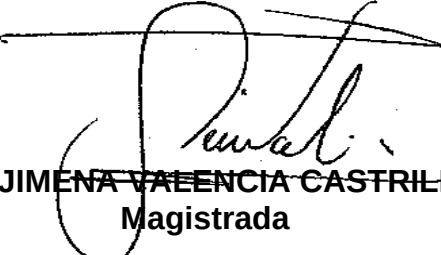
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502620200038801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ROSA AURELIA RADA MORA
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Rosa Aurelia Rada Mora**, se declare que tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide la pensión de invalidez sobre un IBL de \$2.519.417,28 y una tasa de remplazo del 72%, desde el 18 de marzo de 2015, se le reconozca y pague la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración, esto es, desde el 18 de marzo de 2015, previo descuento de incapacidades que le reconocieron, en consecuencia, se condene a la entidad demandada a pagarle las mesadas pensionales adeudadas desde la fecha de estructuración, al pago de intereses moratorios que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a que las sumas adeudadas sean debidamente indexadas, al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como pretensiones subsidiarias, solicita se declare que tiene derecho a que Colpensiones le reliquide la pensión de invalidez sobre un IBL de \$2.519.417,28 y una tasa de remplazo del 67,5% desde el 18 de marzo de 2015; en consecuencia, se le reconozcan y pague la pensión de invalidez desde el 18 de marzo de 2015, hasta el 9 de febrero de 2019, previo descuento de las incapacidades que le reconocieron; se le

paguen las sumas de dinero que se le generen por concepto de reliquidación de la pensión de invalidez, desde el 18 de marzo de 2015, hasta que sea incluida en nómina de pensionados, al pago de intereses moratorios, la indexación, costas procesales y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f°6 y 7, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°1 a 2, carpeta 1 instancia, archivo 01, exp. digital), señaló en síntesis, que durante su vida laboral fue afiliada a Colpensiones donde cotizó para los riesgos de I.V.M un total de 1.245 semanas; que mediante dictamen No. DML 3311268 del 16 de noviembre de 2018, Colpensiones determinó que presentaba una pérdida de capacidad laboral del 52,55% de origen común y con fecha de estructuración 17 de abril de 2018.

Relató que, estando dentro del término legal objetó el dictamen por estar en desacuerdo con la fecha de estructuración; que mediante dictamen No. 39716620-57 69 del 16 de agosto de 2019, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca determinó que la invalidez se había estructurado el 18 de marzo de 2015; que mediante oficio del 7 de septiembre de 2019, Medimás EPS certificó que se le habían generado y cancelado las siguientes incapacidades médicas:

NUMERO DE INCAPACIDAD	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	DIAS AUTORIZADOS	ESTADO DE INCAPACIDAD
1343451	19/11/2018	23/11/2018	5	PAGADA
1343415	24/11/2018	23/12/2018	30	PAGADA
1634295	04/02/2019	09/02/2019	6	PAGADA
TOTAL			43 días	

Refirió que, mediante oficio del 27 de septiembre de 2019, Cafesalud EPS en liquidación certificó y canceló las siguientes incapacidades:

NUMERO DE INCAPACIDAD	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	DIAS AUTORIZADOS	ESTADO DE INCAPACIDAD
480688	30/03/2009	06/04/2009	8	PAGADA
1553122	08/11/2011	09/11/2011	2	NO SE EVIDENCIA SOPORTE
2627909	15/03/2015	16/04/2015	30	PAGADA
2663949	14/04/2015	16/04/2015	3	PAGADA
TOTAL			43 días	

Acotó que, el 29 de octubre de 2019, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; que mediante resolución SUB 23518 del 28 de enero de 2020, le fue reconocida la pensión a partir del 1 de febrero de 2020, en cuantía de

\$2.115.529, realizando el cálculo sobre un IBL de \$2.489.910 y aplicando una tasa de remplazo del 67,50%; que el día 5 de febrero de 2020, interpuso recurso de apelación; que mediante resolución DPE 4011 del 10 de marzo de 2020, Colpensiones modificó la resolución de reconocimiento y ordenó que la pensión de invalidez fuera reconocida a partir del 10 de febrero de 2019, en cuantía inicial de \$2.038.082, para el año 2019 y \$2.115.529, para el año 2020, realizando el cálculo sobre un IBL de \$2.489.910, en donde se aplicó una tasa de remplazo del 67,50%.

Refirió que, el 14 de octubre de 2020, radicó revocatoria directa de la resolución DPE 4011 del 10 de marzo de 2020; que mediante resolución SUB 223492 del 22 de octubre de 2020, Colpensiones no accedió a la solicitud de revocatoria; que el IBL correctamente liquidado asciende a la suma de \$2.519.417.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07, carpeta 1 instancia, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, manifestó ser cierto los dictámenes emitidos por la entidad y por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y los actos administrativos expedido por Colpensiones en relación con el reconocimiento pensional; respecto de los demás hechos señaló no constarle y no ser ciertos algunos de ellos.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto del 9 de septiembre de 2021, se ordenó remitir el presente proceso al Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA21-11766 de 2021, quien a través de sentencia del 26 de noviembre de 2021 (archivo 021, carpeta 1 instancia, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora ROSA AURELIA RADA MORA, identificada con C.C. 39.716.620 tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración, esto es desde el 18 de marzo de 2015, según se expuso.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la señora ROSA AURELIA RADA MORA identificada con C.C. 39.716.620, la pensión de invalidez a partir del 18 de marzo de 2015, con una mesada inicial igual a \$1.680.660, con sus respectivos ajustes legales y mesada adicional.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la señora ROSA AURELIA RADA MORA identificada con C.C. 39.716.620, el retroactivo causado desde el 18 de marzo de 2015, hasta el 09 de febrero de 2019, el cual asciende a la suma de \$93.799.440., del cual

se deberán descontar los valores que recibió la aquí demandante por incapacidad, y también ese retroactivo también deberá ser indexado al momento de su pago.

Adicionalmente se autoriza a COLPENSIONES a realizar los descuentos legales por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud DEL RETROACTIVO PENSIONAL ya mencionado.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las COLPENSIONES, y a favor de la demandante. Se fija la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho a cargo de la mencionada entidad.

Fundamentó su decisión, indicando que la discusión radicaba en la fecha a partir de la cual debía reconocerse la prestación, toda vez que la parte activa afirmaba que debía ser desde la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, desde el 18/03/2015, pero la convocada a juicio refería que teniendo en cuenta que la señora Rosa había presentado incapacidades posteriores a dicha data, se debía reconocer después de la última incapacidad.

Arguyó que, de conformidad con la sentencia SL 1562-2019, de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se tenía que mientras se recibiera subsidio por incapacidad temporal no había lugar a recibir las prestaciones derivadas de la invalidez, concluyéndose que la pensión de invalidez debía cancelarse desde la estructuración, en tanto su causación y pagos eran inescindibles por explícito mandato legal, ya que los aportes al sistema no implicaban necesariamente la existencia de la vinculación laboral, ni de la prestación de los servicios personales, en todo caso nada impedía que una persona inválida recibiera pensión del ISS al tiempo que salarios de la empleadora.

Indicó que, revisado el material probatorio se tenía que la demandante registraba las siguientes pagos de incapacidades posteriores a la fecha de estructuración, así: del 15/03/2015 al 13/04/2015, del 14/04/2015 al 16/04/2015, del 19/11/2018 al 23/11/2018, del 24/11/2018 al 23/12/2018 y del 04/02/2019 al 09/02/2019, luego, era claro que debía reconocerse la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración, esto es, desde el 18/03/2015 y descontar de dicho pago los montos recibidos por incapacidad.

Precisó que, en lo referente al segundo problema jurídico, consistente en la reliquidación de IBL y de la tasa de reemplazo, de acuerdo a lo dispuesto en la sentencia SL 3699-2021, se tenía que a fin de calcular el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez por regla general no era posible tener en cuenta los aportes cotizados con posterioridad a la fecha de su estructuración, a menos de que padeciera de alguna enfermedad de tipo crónico congénito o degenerativo; que en el presente caso no había

quedó demostrado que la demandante padeciera alguna enfermedad de tipo crónico, congénito o degenerativo; por lo tanto, no era posible tener en cuenta las semanas cotizadas de forma posterior al 18/03/2015, para proceder con la liquidación de la pensión de sobrevivientes.

Refirió que, al realizar las operaciones aritméticas a fin de determinar la cuantía de la pensión de sobrevivientes de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 40 de la Ley 100 de 1993, se había obteniendo una mesada inicial para el año 2015 de \$2.489.867, monto al que se le había aplicado una tasa de reemplazo del 67,5%, atendiendo el número de semanas cotizadas, arrojando una primera mesada pensional la suma de \$1.680.660, teniendo en cuenta que para la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante había acreditado un total de 1.250 semanas, lo cual arrojaba una tasa de reemplazo del 67,5%, más no del 72% como lo pretendía parte la activa, por lo que lo único que variará sería tener en cuenta las semanas cotización luego de la fecha de estructuración; sin embargo, no era posible tal solicitud, por ello ordenaba a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de la demandante desde el 18/03/2015, teniendo en cuenta una mesada inicial de \$1.680.660, el cual debía ser indexada al momento de su pago.

Agregó que, en relación con la excepción de prescripción, dijo que se declaraba no probada teniendo en cuenta que el dictamen final de calificación había sido emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 16/08/2019, notificado el 24/08/2019, la solicitud de reconocimiento del derecho pensional se había presentado el 29/10/2019, que había sido atendida a través de la resolución SUB 23518 del 28/01/2020, la que había sido objeto recurso, resuelto a través del acto DPE 4011 del 10/03/2020 y la demanda había sido radicada el 03/12/2020, por lo que no había transcurrido más de 3 años entre una y otra actuación.

Por último, acotó que en cuanto a los intereses moratorios no había lugar a su reconocimiento teniendo en cuenta que el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha establecido que no hay lugar a condenar a los mismos cuando la entidad ha actuado sujeta a la legislación que regula la materia y solamente en virtud de un conflicto entre beneficiarios en el caso de las pensiones de sobrevivientes o por aplicación del principio de la condición más beneficiosa u otras citaciones se ha conseguido la prestación; que en el presente asunto la entidad de seguridad social no había reconocido la prestación sujeta a lo establecido en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, que establece que es incompatible el subsidio por incapacidad con la mesada pensional, y solamente a través de un desarrollo jurisprudencial es que se le había dado otra interpretación, sumado a que las cotizaciones se habían efectuado hasta al año 2019, lo cual daba a entender que solamente había lugar al reconocimiento de la

prestación hasta febrero de 2019, por lo que cual consideraba que existían argumentos para que la entidad no hubiera reconocido el mencionado retroactivo pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación, en donde señaló que se encontraba inconforme con la absolución respecto de los intereses moratorios, toda vez que estaba acreditado que habían omitido su deber legal de haber reconocido las mesadas pensionales desde la fecha de estructuración. Por otro lado, en caso de que estos no prosperaran, se debió haber visto la obligación que tienen los fondos de pensiones de indexar mes a mes las mesadas pensionales reconocidas, no de una sola indexación sino mes a mes, toda vez que la indexación tiene su fundamento principalmente constitucional en cuanto prevé el riesgo de la depreciación monetaria y con ello la devaluación de las mesadas pensionales que son reconocidos a los afiliados del sistema de seguridad social y por ello es menester de las entidades que administran la seguridad social en Colombia indexar las mesadas pensionales, de lo contrario se estaría en presencia de la vulneración del derecho fundamental de la seguridad social y al principio de la eficiencia de la seguridad social.

Sostuvo que, en la sentencia C 111 – 2006, definió aquel principio que consiste en lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago de forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da el derecho la seguridad social, mediante este principio se pretende hacer efectivo el mandato constitucional de garantizar el derecho al pago oportuno y el ajuste periódico de las pensiones legales, en los términos previstos en el artículo 53 de la Constitución Política.

La **parte demandada**, también interpuso recurso de apelación indicando que la entidad obró de manera legal y de buena fe, toda vez que el artículo 10 del Decreto 758 de 1990, establece que la pensión de invalidez por riesgo común deberá pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha de facturación de este estado; frente a lo cual la vicepresidencia jurídica de la entidad señaló que las pensiones de invalidez debían responder desde la fecha de estructuración, excepto cuando con posterioridad a esa fecha el afiliado no tuviera un subsidio por incapacidad, lo cual había ocurrido en el presente caso.

Enfatizó que, a través de la resolución DPE 4011 del 10 de marzo de 2020, en la que se modificó la resolución SUB 2358, que reconoció la pensión de invalidez se reconoció el pago a partir del 10/02/2019, teniendo en cuenta el disfrute del subsidio

cancelado y se recibió un retroactivo por un total de \$23.089.168, lo cual Colpensiones ya cumplió. Solicitó también no ser condenada al pago de costas procesales.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si existe incompatibilidad entre el pago de las mesadas pensionales y el subsidio por incapacidad temporal; por consiguiente, si hay lugar a que se reconozca o no la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de la enfermedad; **ii)** solo de ser procedente el pago de las mesadas, se analizará si es viable el pago de intereses moratorios o indexación de las mesadas mes a mes; y **iii)** si debe condenarse en costas a la entidad demandada.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Rosa Aurelia Rada Mora cotizó para Colpensiones entre el 10 de agosto de 1987, hasta el 31 de diciembre de 2019, un total de 1.425,29 semanas de cotización (f°24, archivo 1, carpeta 1 instancia, expediente digital); **ii)** que Colpensiones expidió dictamen de pérdida de capacidad laboral el 16 de noviembre de 2018, en donde se determinó una pérdida de capacidad laboral de 52,55%, con fecha de estructuración 17 de abril de 2018 (f° 37 a 39, archivo 1, carpeta 1 instancia, expediente digital); **iii)** que la Junta Regional de Calificación de Invalidez profirió un nuevo dictamen el 16 de agosto de 2019, en donde se modificó la fecha de estructuración a partir del 18 de marzo de 2015, (f° 42 a 46, archivo 1, carpeta 1 instancia, expediente digital); **iv)** que mediante resolución SUB 23518 del 28 de enero de 2020, Colpensiones reconoció a favor de la demandante la pensión de invalidez a partir del 1 de febrero de 2020, con una mesada pensional en la suma de \$2.115.529, en donde se tuvo en cuenta un IBL de \$2.489.910 y una tasa de remplazo del 67,50% (f° 57 a 63, archivo 1, carpeta 1 instancia, expediente digital); **v)** que mediante resolución DPE 4011 del 10 de marzo de 2011, modificó la resolución de reconociendo la prestación a partir del 10 de febrero de 2019, día siguiente a la última incapacidad reportada, teniéndose como mesada pensional la suma de \$2.038.082 y un retroactivo de \$23.089.988 (f° 70 a 80, archivo 1, carpeta 1 instancia, expediente digital); **vi)** que mediante resolución SUB 223492 del 22 de octubre de 2020, se negó la solicitud de revocatoria directa y reliquidación de la pensión de invalidez solicitada por la señora Rosa Rada (f° 87 a 93, archivo 1, carpeta 1 instancia, expediente digital); y **vii)** que la

señora Rosa Aurelia Rada presentó las siguientes incapacidades: del 15/03/2015 al 13/04/2015, del 14/04/2015 al 16/04/2015, del 19/11/2018 al 23/11/2018, del 24/11/2018 al 23/12/2018 y del 04/02/2019 al 09/02/2019 (archivo GEN-ANX-CI-2020_1590394-2020025111224, carpeta exp. Administrativo, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

i) De la incompatibilidad entre el pago de las mesadas pensionales de la pensión de invalidez y el subsidio por incapacidad temporal

Para dirimir la controversia la Juez de primera instancia se apoyó en lo dispuesto en la sentencia CSJ SL1562-2019, en donde la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señaló que el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando ha existido aportes al sistema general de pensiones con posterioridad a la data de estructuración, debía pagarse en forma retroactiva desde la fecha en que se produjera el estado de invalidez, lo cual en efecto era el criterio que anteriormente tenía definido dicha Corporación, de manera que conforme a ello, en principio podría pensarse que el a quo no se equivocó al reconocer a favor de la demandante la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de la enfermedad y descontar del retroactivo pensional los periodos del subsidio por incapacidad temporal.

No obstante lo anterior, se observa que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para octubre del mismo año en que se profirió la decisión de primera instancia (20/10/2021), cambio su postura sobre el tema a través de sentencia CSJ SL5170-2021, señalando lo siguiente:

Así las cosas, **frente al tema del reconocimiento de la pensión de invalidez estima la Sala que el Tribunal no incurrió en ningún yerro en la intelección que asignó a los preceptos normativos enunciados cuando existen subsidios por incapacidad temporal con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, al entender que las mesadas se comienzan a pagar, de forma retroactiva, desde la data de la estructuración, pero siempre que con posterioridad a ella no se hubieren reconocido subsidios por incapacidad, continuos o discontinuos, evento en el cual se pagará, pero a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad.** (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En efecto, la parte final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 establece que la pensión de invalidez se comenzará a pagar, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez. De igual manera, el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, vigente para la época en que se le reconocieron incapacidades al recurrente, concierne a la incompatibilidad entre el pago de las mesadas pensionales y subsidios por incapacidad temporal. Armonizando lo anterior, el correcto entendimiento de los textos propone el reconocimiento de la prestación a partir de la extinción de la última incapacidad temporal, aun cuando el estado de la invalidez se estructure en una fecha anterior, dado el carácter de incompatible que acompaña a estas dos prestaciones.

Por lo tanto, no resulta equivocada la exegesis del sentenciador que lo llevó a negar el retroactivo pensional para disponer el pago de las mesadas pensionales a partir de la cancelación de la última incapacidad, con fundamento en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, que estableció:

FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA

CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez (Subrayado fuera del texto).

Es claro entonces que, mientras el afiliado se encuentre recibiendo el subsidio por incapacidad temporal no puede percibir prestaciones derivadas de la invalidez, como son las mesadas pensionales, cuyo pago procede una vez la entidad previsional reconozca la pensión, momento a partir del cual ya no procede el pago de las incapacidades, porque la acción protectora es asumida por otra prestación, dado el nuevo hecho que la causa – la invalidez-, siendo la razón por la cual el sistema de salud no contempla prestaciones económicas para los pensionados --Artículos 28 del Decreto 806 de 1998 y 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016--.

Ahora bien, la definición de un estado de invalidez generalmente viene precedida de un proceso patológico incapacitante que sufre el trabajador. Desde la perspectiva de la acción protectora de la Seguridad Social ello significa que, como estadio previo a la invalidez, el trabajador deba atravesar por un período de incapacidad temporal donde precisa asistencia médica con posibilidad de recuperación – derivada de una enfermedad o de un accidente - lo que explica que el reconocimiento pensional deba hacerse, una vez se extingue la última incapacidad temporal, quedando prohibida la alternancia, concurrencia o subsistencia de estas dos prestaciones dentro de un mismo período, así se declare que el hecho invalidante existe desde una fecha anterior al período en que se pagó la incapacidad temporal.

Es que no puede perderse de vista que el riesgo cubierto con la incapacidad temporal y la pensión de invalidez no es la alteración de la salud, sino la incidencia de tal acontecimiento en la disminución del ingreso o ganancia, como repercusión de la afectación o pérdida de la capacidad laboral del trabajador; por ello, la dinámica de la protección produce una articulación compleja de cobertura donde el hecho causante sirve de límite para indicar el comienzo de una situación y la terminación de la anterior, como ocurre con la incapacidad temporal, la invalidez o la muerte que se producen como consecuencia del mismo accidente o de la enfermedad.

Así, en la incapacidad temporal el subsidio se paga a partir de la aparición del hecho causante, que lo es la enfermedad o lesión que le impide desempeñar la labor por un tiempo determinado, hasta que otro hecho causante introduce una nueva situación protegida en lugar de la anterior, como cuando se declara que las lesiones se convierten en definitivas, de tal manera que los efectos económicos de la pensión de invalidez, en los supuestos en los que su declaratoria esté precedida de una incapacidad temporal, se producen a partir de la extinción de la última incapacidad y, sino lo está, se producen a partir de la fecha de estructuración del estado de invalidez.

Ahora, téngase en cuenta que dentro del proceso incapacitante pueden existir períodos cortos e intermitentes de recuperación o mejoría de la salud del trabajador, durante los cuales la acción protectora de la seguridad social cesa para dar paso a las obligaciones remunerativas a cargo del empleador o a los ingresos que perciba el trabajador independiente, períodos en los cuales no se activa la protección de la seguridad social y, en consecuencia, no se pagan las dichas prestaciones.

Lo anterior pone en evidencia la complejidad de la articulación en la secuencia de la situación protegida, en el sentido de que la misma contingencia puede producir diversas situaciones que deben ser atendidas --incapacidad temporal, la invalidez y la muerte--, cada una de las cuales inicia con un hecho causante. El paso de la invalidez a la muerte se presenta con claridad, pero no sucede lo mismo con la secuencia entre la incapacidad temporal y la invalidez.

En estos casos no hay una línea muy definida entre el tránsito de la incapacidad temporal y la invalidez, razón por la cual el eje central de delimitación está en el momento en que se califica el estado de invalidez, quedando a partir de allí extinguida la incapacidad temporal, pero limitándose la retroactividad de la nueva prestación al momento en que se efectuó el último pago de la prestación que la antecede, dado el carácter secuencial de la

acción protectora de la seguridad social, donde los efectos económicos de las prestaciones no siempre coinciden con el hecho causante en sentido material, pues la previsión legal es muy clara en relacionar la fecha inicial de la prestación por invalidez con la fecha de finalización formal de la incapacidad temporal.

En el marco de las incompatibilidades de las prestaciones que aquí ocupan la atención, la legislación anterior a la Ley 100 de 1993 también consagraba el mismo criterio tanto para los trabajadores particulares como para los servidores públicos, como se desprende del artículo 10° del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al señalar que, «Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio»; y que, por su parte, el artículo 64° numeral 3° del Decreto 1848 de 1968 consagró que «la pensión de invalidez se debe desde que cese el subsidio monetario por incapacidad para trabajar y su pago se comenzará a hacer inmediatamente después del señalamiento de la incapacidad».

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar su doctrina, en el sentido de señalar que cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad, postura con la cual queda rectificad y delineada su posición con relación a criterios anteriores que le hubieren sido contrarios (SL1562-2019).
(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Con el anterior criterio, quedó establecido que se encuentra prohibida la alternancia, concurrencia o subsistencia de la pensión de invalidez y la incapacidad temporal dentro de un mismo periodo, por cuanto el riesgo cubierto con la incapacidad temporal y la pensión de invalidez no es la alteración de la salud, sino la incidencia de tal acontecimiento en la disminución del ingreso o ganancia, como repercusión de la afectación o pérdida de la capacidad laboral del trabajador.

Dicho criterio doctrinal, fue reiterado por dicha Corporación mediante la sentencia CSJ SL4299-2022, donde nuevamente analizó el tema, precisando:

Ahora, en lo que concierne a la incompatibilidad entre el pago de mesadas pensionales y subsidios por incapacidad temporal, manifestó Colpensiones, que en los términos del artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año, el disfrute de la prestación, solo tiene lugar a partir del momento en que se deje de pagar dicho beneficio, por cuanto la norma indica que: “DISFRUTE DE LA PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN. La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio.”

Por tal motivo afirmó, que el pago de la prestación solo procedía a partir del 13 de marzo de 2016, es decir, al día siguiente en que cesó el pago de la incapacidad temporal por La Nueva EPS, según se acreditó con las certificaciones expedidas por dicha entidad, y que reposan a folios 47 a 49 del expediente digital.

Lo cual, en principio, ciertamente se ajusta al lineamiento que esta Sala fijó a partir de la providencia CJS SL5170-2022, en la que se precisó que: “cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad, postura con la cual queda rectificad y delineada su posición con

relación a criterios anteriores que le hubieren sido contrarios (SL1562-2019)".
(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Aunado a lo anterior, dicha Corporación, precisó que dicha línea interpretativa tenía una excepción, así:

Sin embargo, en el presente asunto, considera esta Corporación necesario aclarar, que dicha línea interpretativa de las citadas normas, tiene excepción, por cuanto, a diferencia del presupuesto material en que se sustenta aquella, en el presente asunto no se constata que existió un proceso incapacitante temporal intermitente del señor Orjuela Melo desde la fecha en que se fijó técnicamente la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, en porcentaje superior al 50%, que lo calificara como invalido, sino, tal como se desprende de las certificaciones expedidas por La Nueva EPS, que únicamente se concedieron incapacidades por enfermedad temporal y se canceló el auxilio correspondiente, a partir del 20 de agosto de 2015 hasta el 1° de noviembre de 2015, y del 14 de noviembre de 2015 al 12 de marzo de 2016. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Además, en el referido lapso, esto es, del 21 de junio de 2012 al 19 de agosto de 2015, tampoco se verifica que la acción protectora de la seguridad social hubiese amparado al actor, o este hubiese recibido ingresos como trabajador dependiente o independiente, por cuanto tal como se verifica del historial laboral expedido por Colpensiones, y se desprende del certificado de incapacidades emanado de la Nueva EPS, este dejó de cotizar al sistema pensional a partir de febrero de 2010, y el auxilio recibido del sistema de salud, lo fue por sus exclusivas cotizaciones al mismo, ya que, para entonces, no se encontraba vinculado y cotizando al sistema pensional. Razón por la cual, procede concluir válidamente que se le adeudan las mesadas pensionales causadas entre el 21 de junio de 2012 y el 19 de agosto de 2015, y del 2 al 13 de noviembre de 2015. (Subrayado fuera del texto original).

En efecto, durante ese interregno, en ningún momento se cruzaron los subsistemas de salud y pensiones, en tanto se reitera, el actor no estuvo cotizando a este último sistema, esto es, el pensional, no siendo predicable la incompatibilidad que se predica en el sub iudice. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

La anterior afirmación encuentra respaldo en las certificaciones expedidas por La Nueva EPS, que fueran aportadas al proceso, y que, ciertamente le dan la razón al recurrente, pues de cara a lo establecido por el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, y lo señalado por el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, resulta evidente que al demandante le asiste el derecho al disfrute de la pensión, a partir de la fecha de estructuración del estatus de invalidez, 21 de junio de 2012, pues el legislador no estableció en las preceptivas referidas, explícita o tácitamente, condición alguna diferente al estado de invalidez, para el reconocimiento del derecho pensional desde el mencionado momento.

Por lo tanto, la condición de invalidez, no puede entenderse extinguida o suspendida por el hecho de que el afiliado hubiese percibido posterior a la fecha de estructuración de dicho estado, pagos por concepto de incapacidades temporales previos a la calificación o determinación por el organismo médico competente, de la pérdida de capacidad laboral superior al 50% y la fecha de estructuración, sino que, conforme lo consagra el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, ante la incompatibilidad de percibir doble beneficio por la referida contingencia, se habilita al fondo pensional para excluir del pago del retroactivo que le asiste al asegurado por concepto de mesadas pensionales, el valor del auxilio cubierto por la respectiva autoridad obligada a su reconocimiento.

Así las cosas, se tiene que al verificarse que, este estuvo afiliado y cotizando al sistema general de pensiones como trabajador dependiente de la empresa Compañía Colombiana de Medidores Tavira S.A., solo hasta el mes de enero de 2010, y que se acredita que, fruto de su vinculación exclusiva al sistema de salud, únicamente percibió auxilio por incapacidad temporal entre el 20 de agosto y el 1° de noviembre de 2015, y del 14 de noviembre de 2015 al 12 de marzo de 2016, sin que se demostrara que el señor Orjuela Melo, percibiera salario o beneficios por incapacidad temporal entre el 21 de junio de 2012 y el 19 de agosto de 2015, y entre el 2 y el 14 de noviembre de igual año; resulta claro para la Corte que, Colpensiones, se encuentra obligada a

reconocer y pagar el retroactivo pensional causado en dicho periodo. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, al haberse variado el criterio que anteriormente tenía la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no procede en este asunto la pretensión de la parte actora en relación al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de estructuración, quedando el último acto administrativo expedido por Colpensiones ajustado a derecho.

De otra parte, conforme a la situación fáctica evidenciada en este asunto, tampoco se dan los presupuestos para que excepcionalmente proceda el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales desde de la fecha de estructuración, pues verificada la historia laboral se advierte que la señora Rosa Aurelia Rada siguió cotizando como independiente al sistema pensional con posterioridad al 18 de marzo de 2015, tal y como se desprende del siguiente pantallazo:

39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/01/2015	31/08/2015	\$1.000.000	34,29	0,00	0,00	34,29
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/09/2015	31/12/2015	\$1.200.000	17,14	0,00	0,00	17,14
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/01/2016	31/07/2016	\$1.000.000	30,00	0,00	0,00	30,00
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/08/2016	31/08/2016	\$1.000.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/09/2016	30/09/2016	\$1.000.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/10/2016	31/10/2016	\$1.000.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/11/2016	30/11/2016	\$1.000.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/12/2016	28/02/2017	\$1.000.000	12,86	0,00	0,00	12,86
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/03/2017	31/03/2017	\$1.000.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/04/2017	30/04/2017	\$1.000.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/05/2017	30/06/2017	\$1.000.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/10/2018	31/10/2018	\$391.000	2,14	0,00	0,00	2,14
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/11/2018	31/12/2018	\$781.242	8,57	0,00	0,00	8,57
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/01/2019	31/01/2019	\$828.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39716620	RADA MORA ROSA AUREL	01/02/2019	31/12/2019	\$828.116	47,14	0,00	0,00	47,14
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			
					1,425,29			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO (INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):			
					0,00			

De conformidad con lo anterior, ninguna razón le asiste a la demandante en el pago del retroactivo pensional; por lo tanto, habrá de revocarse la decisión de primera instancia y, en su lugar, se absolverá a la accionada de las pretensiones incoadas.

Lo anterior, hace innecesario el estudio de los restantes problemas jurídicos planteados al inicio, por sustracción de materia.

COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

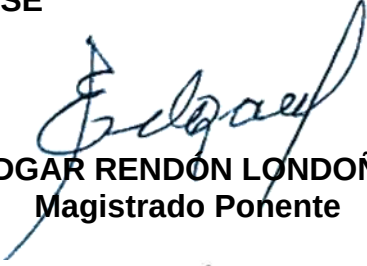
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, se absolverá a la accionada de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente