REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIELA FRANCO DE SÁNCHEZ CONTRA COLPENSIONES Rad. 2020 00400 01 Juz 15.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARIELA FRANCO DE SÁNCHEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 117 del archivo denominado *01DemandaAnexos* del expediente digital.

- Pensión de Sobrevivientes por el fallecimiento de German Sánchez Plazas.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Costas y agencias en derecho.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos se describen a fls. 117 a 119 del archivo denominado *01DemandaAnexos* del expediente digital.

Convivio de forma continua con German Sánchez Plazas desde el 20 de diciembre de 1970 fecha en que contrajeron matrimonio católico hasta su fallecimiento acaecido el 27 de marzo de 2020. El ISS mediante la Resolución No. 20523 del 2010 le había reconocido la pensión de vejez al causante a partir del 1° de noviembre de 2009 y en cuantía inicial de $1.331.541. Solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la demandada la cual fue negada mediante la SUB 119299 del 1º de junio de 2020, con el argumento de que no había acreditado la convivencia con el causante en los 5 años anteriores al fallecimiento, contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación los cuales fueron resueltos de forma negativa confirmando la decisión inicial. A pesar de lo resuelto por la demandada hay varias personas que rindieron declaraciones extra juicio manifestando que le consta tal convivencia, sumado al hecho de que el causante en el año 2018 había solicitado el incremento de su pensión por cónyuge a cargo, reclamación en la cual manifestó que convivía con la

demandante y a la cual adjunto varias declaraciones extrajuicio de personas que consta tal convivencia y además siempre fue beneficiaria en salud del causante.

Actuación Procesal

Mediante auto del 2 de julio de 2021 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada **COLPENSIONES**, quien contestó como aparece a folios 1 a 7 del archivo denominado *09EscritoContestación* del expediente digital.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de German Sánchez Plazas, a partir del 27 de marzo de 2020, así como al pago de intereses moratorios a partir del 21 de junio de 2020, autorizando que del retroactivo respectivo se descuente los aportes a salud. Llegó a esta determinación luego de establecer que si bien no hay certeza que la demandante convivio con el causante en los 5 años anteriores al fallecimiento se demostró que convivieron entre la fecha de celebración del matrimonio en el año 1970 y el año 2015, lo cual es suficiente para sustituirle la pensión que en vida recibía el causante pues conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al estar vigente el vínculo matrimonial para el momento del fallecimiento bastaba con demostrar cinco años de convivencia en cualquier época.

Recurso de Apelación

La apoderada de **la demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia ya que conforme la jurisprudencia para que una persona sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes debe existir lazos de unión y ayuda mutua para el momento del fallecimiento y demostrar que convivio con el causante 5 años con anterioridad al tal suceso lo cual no se demostró en el presente asunto, ya que según la investigación administrativa que efectuó la entidad demandada se habían separado de cuerpos desde el año 2007.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 07AlegatosDte.pdf del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a determinar si la demandante le asiste el derecho a recibir la sustitución pensional por el fallecimiento de German Sánchez Plazas. Se conocerá igualmente el grado jurisdiccional de consulta respecto de los puntos en los que fue condenada Colpensiones y que no fueron apelados.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución SUB 119299 del 1° de junio de 2020 (fls. 18 a 21 del archivo denominado *01DemandaAnexos* del expediente digital), donde se afirma que la demandante solicitó el 21 de abril de esa misma anualidad el reconocimiento de la sustitución pensional, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de pensionado del causante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante German Sánchez Plazas por cuanto mediante Resolución No. 046789 del 5 de octubre de 2009 el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de la misma anualidad y en cuantía inicial de $1.331.541 (archivo denominado *00221467000000009515483004901A* obrante dentro de la carpeta denominada *11AnexoCorreo20210810ExpAdministrativoCC-9515483* del expediente digital).

Pensión de Sobrevivientes

Debe la Sala precisar que por la fecha del fallecimiento del causante (27/03/2020), las normas que gobernaban la sustitución pensional eran las contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003[1], norma que en su artículo 47 consagra que requisitos debe acreditar quien pretenda recibir la pensión de sobrevivientes que dejo causada un pensionado[2]. El cónyuge y/o compañera (o) permanente deberá acreditar que*; "estuvo*

[1] ***"ARTÍCULO 46. Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003.*** *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,"

[2] ***ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES****.*
Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

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",

A lo que se agrega que contrario a lo alegado por la apoderada de la demandada según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el cónyuge supérstite separado de hecho tiene derecho a sustituir su pensión, siempre y cuando acredite que la convivencia perduro por más de cinco años, sin importar la época en que se presentó. Para lo cual se puede consultar la sentencia SL1869-2020 del 10 de junio de 2020 con Radicación No 64.846 cuyo magistrado ponente fue el Dr. Jorge Luis Quiroz Aleman[3].

Al respecto lo primero que se debe resaltar por parte de La Sala, es que no se controvierte que Mariela Franco de Sánchez contrajo matrimonio con el causante el día 20 de diciembre de 1970 (fl. 7 del archivo denominado *01DemandaAnexos* del expediente digital) vinculo que para el momento del fallecimiento se encontraba vigente. Así mismo tampoco se discute que el demandante convivio de manera permanente e ininterrumpida con German Sánchez Plazas entre la fecha en que contrajeron matrimonio y por lo menos hasta el año 2007, cuando según investigación administrativa efectuada por la Colpensiones se separaron de hecho, pues así lo reconoció la misma demandada en la resolución SUB 119299 del 1° de junio de 2020 en la cual negó la pensión de sobrevivientes a la demandante (fls. 18 a 21 del archivo denominado *01DemandaAnexos* del expediente digital), de lo cual se infiere sin mayor elucubración que la demandante le asiste el derecho a que le sea sustituida la pensión que en vida recibía su cónyuge, pues al margen de la controversia de la convivencia durante los 5 años con anterioridad a su fallecimiento, es claro que los 37 años que no se controvierten son suficientes para acreditar su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes aquí pretendida, pues se reitera para ser merecedora de ese derecho bastaba con demostrar una convivencia de cinco años, sin importar la época en que se presentó.

Prestación que como bien lo concluyó el Juez A quo deberá reconocerse en el mismo monto de la pensión de vejez que venía recibiendo German Sánchez Plazas y a partir de su fallecimiento acaecido el 27 de marzo de 2020. Lo cual conllevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

(…)
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;'.

[3] "*Y ello es así porque, si bien la Corte en la interpretación del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ha entendido que tanto la cónyuge como la compañera permanente deben cumplir con el requisito de convivencia hasta la muerte y por un lapso no inferior a 5 años continuos con anterioridad al fallecimiento del pensionado, en una interpretación armónica con el inciso 3º del literal b) ibídem, cuando se trata del evento del cónyuge separado de hecho, como es aquí el caso, ha precisado que la convivencia de los 5 años puede verificarse en cualquier tiempo, teniendo en cuenta que el legislador cuando se refiere a la posibilidad del cónyuge de acceder al beneficio prestacional periódico cuando medie «separación de hecho», naturalmente presupone que no hay vida en común de la pareja de casados al momento de la muerte.*

En efecto, según jurisprudencia de esta Sala, el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo".

Descuento aportes a salud

Se debe señalar, que Colpensiones al dar cumplimiento a esta sentencia debe hacer el descuento por concepto de aportes a salud, puesto que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de efectuarlos, aun sobre los retroactivos reconocidos judicialmente, ya que si bien estas sumas se pagan tiempo después del periodo en que se causaron, es obligación de todo pensionado aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo y además porque de no hacerlo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de Seguridad Social consagrados en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad[4].

Ante lo cual resulta proporcional que Colpensiones descuente los aportes a salud sobre el retroactivo que le corresponde a la demandante, como bien lo determinó la Juez A quo, lo cual conllevara a confirmar la sentencia consultada en este aspecto.

Intereses Moratorios

Referente a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993[5], encuentra la Sala que ante la mora en el pago de las mesadas pensiónales, se impone su pago. No obstante, previo a la imposición de tal condena es posible analizar los hechos que rodearon la tardanza, en aras de verificar si se encuentra justificación, postura que se acompasa con pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que se encuentra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2013 con radicación 43602, Magistrado Ponente Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz[6].

Al respecto se tiene que la negativa de Colpensiones frente a la solicitud del derecho aquí pretendido se basó en una indebida interpretación de la jurisprudencia, de lo cual no existe ninguna justificación pues los criterios jurisprudenciales aquí citados han sido reiterados

---

[4] Este raciocinio ha sido adoctrinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la SL776-2013 con Radicación No. 54.520 del 6 de noviembre de 2013, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Rigoberto Echeverry Bueno "*.....Es lógico pensar que debe el demandante aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo, de tal forma que, a pesar de que no hubo prestación del servicio de salud por cuanto en estricto sentido no estaba aún afiliado, mal puede ignorar el sentenciador la carga que a aquél le impone la ley de soportar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a su condición de pensionado.*
Ciertamente, de no efectuarse los descuentos del retroactivo pensional para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no sólo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad, sino también los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994.
Adicionalmente se advierte que al no efectuarse el descuento de los aportes para salud, podrían verse comprometidos los derechos del demandante de acceder a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas, conforme lo dispone el artículo de la Ley 164 de la Ley 100 de 1993".

[5] "***ARTICULO. 141.-Intereses de mora***. *A partir del 1° 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 efectúe el pago".*

[6] "*La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora 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 no les compete y les es imposible predecir.*
Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras"

desde hace ya bastantes años por parte de la Corte Suprema de Justicia y por tanto son de obligatorio cumplimiento. Por consiguiente como quiera que es claro que Mariela Franco de Sánchez es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejo causada su cónyuge German Sánchez Plazas, prestación que solicitó el 21 de abril de 2020, considera La Sala que la entidad demandada tenía plazo hasta el 21 de junio de esa misma anualidad para reconocer la prestación, tal como lo indica el artículo 1º del de la Ley 717 de 2001[7], por lo que la condena a los intereses es procedente, por cada una de las mesadas causadas y no pagadas desde el 27 de marzo de 2020 y hasta que se le incluya en nómina de pensionados, como bien lo estimo el Juez A quo y conllevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

Excepción de Prescripción

Frente a la excepción de prescripción, concluye la Sala de manera diáfana, que la exigibilidad de la pensión se produjo el 27 de marzo de 2020 fecha del fallecimiento de German Sánchez Plazas. Y como quiera que la demandante solicitó el 21 de abril de 2020 el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (fls. 18 a 21 del archivo denominado *01DemandaAnexos* del expediente digital) y la demanda se presentó el 28 de octubre de 2020 (archivo denominado *03ActaReparto12409* del expediente digital), es claro que no transcurrió el termino trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente parte demandada. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos ($1.000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

7 " ***Artículo 1º.*** *El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho"*

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente parte demandada. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos ($1.000.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ AIDA CALDERÓN MORERA CONTRA JAIME ENRIQUE ARAGON ROZO Rad. 2018 00342 01 Juz 18.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUZ AIDA CALDERÓN MORERA demandó a **JAIME ENRIQUE ARAGON ROZO** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 5 del expediente.

- Se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido
- Prestaciones Sociales y vacaciones.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- Sanción por no consignación de las cesantías.
- Costas y agencias en derecho.
- Uso de facultades Ultra y Extra Petita.

Los hechos se describen a fls. 2 a 3 del expediente.

Fue contratada el 24 de mayo de 2016 mediante contrato de trabajo verbal para prestar servicios empleada de servicio doméstico, en un horario de lunes a sábado. Devengaba como salario la suma de $869.453. Fue despedida por el empleador sin justa causa. Durante la vigencia del contrato no fue afiliada al sistema general de seguridad social, ni tampoco le fueron pagadas prestaciones sociales y vacaciones. Citó al demandado ante el Ministerio del Trabajo, pero no asistió sin excusa alguna.

Actuación Procesal

Mediante auto del 16 de julio de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación al demandado, al cual se le notificó mediante Curador Ad Litem, quien contestó como aparece a folios 30 a 35 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso absolver a la demandada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que la parte demandante no demostró la existencia del contrato de trabajo ya que con las pruebas recaudadas no se demuestran sus elementos, así como tampoco los extremos de la relación laboral y quien realmente actuó como el empleador de la demandante.

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso a las pretensiones de la demandante y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes no presentaron alegatos.

CONSIDERACIONES

Existencia de la Relación Laboral

Así las cosas, el problema jurídico materia del debate consiste en determinar si entre partes existió una relación laboral, sus extremos temporales y la procedencia de las pretensiones negadas. Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *"aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*.

El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio.

Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*. Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

Acorde al sustento normativo, corresponde a la Sala examinar el material probatorio allegado al proceso y así determinar si se logró establecer la relación laboral. Dentro de las pruebas practicadas se encuentra el testimonio de Maria Ortiz Estupiñan, quien manifestó que conoció a la actora en el año 2017 porque en ese año llego prestar servicios a la misma casa donde ella lo hacía, si bien no pudo manifestar con certeza que días y en que horario trabajaba, indicó que solo laboró 8 meses en ese lugar, mientras que la demandante laboró del 2016 al 2019. Luz Aida laboraba de lunes a viernes como empleada doméstica en un horario de 7:00 AM a 4:00 PM y el sábado media día pues ella la reemplazaba el otro medio día los sábados, el salario era de $725.000 y fue incrementado a $750.000, no le consta que le hayan pagado prestaciones y vacaciones a la demandante, pero cree que solo se le afilió un mes a seguridad social. No estuvo presente cuando fue contratada Luz ni tampoco si la contrato el demandado o la señora Patricia Aragón que era su hija, algunas cosas se las comentó la demandante. El demandando siempre fue quien les pago y quien les daba órdenes, pero la hija de él también lo hacía y en alguna oportunidad le llamo la atención a Luz.

Igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante donde afirmó que comenzó a prestar sus servicios para el demandado el 24 de mayo de 2016 y se retiró el 3 de febrero sin indicar de que año, en una casa que quedaba ubicada en Bosques de Pino del cual no sabe la dirección, cuidaba a la señora Clara Inés Pinilla quien era la esposa del demandado y hacia los oficios del hogar. Laboraba de lunes a viernes de 7:00 AM a 5:00 PM y el sábado medio día y le pagaban en efectivo el salario mínimo, la señora que cuidaba murió el 21 de octubre de 2018 y ella presto servicios durante dos meses más, pero estos no le fueron remunerados. Se retiró el 3 de febrero, pero le fueron cancelados salarios hasta diciembre. Nunca fue afiliada a seguridad social pues siempre estuvo en el Sisben, tenía como compañera a señora Maria Ortiz. En la casa también vivía la hija de señora Clara quien tenía 50 años y a la cual también le prestaba servicios. Nunca le pagaron prestaciones.

<u>Valoración Conjunta De Las Pruebas</u>

De conformidad con lo anotado y valoradas las pruebas en su conjunto, encuentra la Sala que si bien se puede concluir que la demandante presto servicios en algún lapso para el señor Jaime Enrique Aragón Rozo, como bien lo concluyo la juez A quo, no se demuestran los extremos temporales de la relación laboral y menos que sean coincidentes con los señalados en la demanda (24 de mayo de 2016 al 3 de febrero de 2018), pues nótese que la única testigo que rindió su versión; la señora Maria Ortiz Estupiñan indicó que la demandante laboró entre los años 2016 al 2019 sin especificar fechas concretas, sumado al hecho de que ella solo puede dar fe de los servicios que prestó la actora a partir del año 2017 y por tan solo 8 meses, pues fue el lapso que laboró la testigo para el demandado y lo demás lo conoció porque se le comento la demandante.

Indeterminación de los extremos que se agudiza con lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte pues indica que laboró hasta dos meses después de que falleció la señora Clara Inés Pinilla a la cual cuidada, la cual según su dicho falleció el 21 de octubre de 2018, pero de forma contradictoria señala en la demanda y en tal diligencia que laboró hasta el 3 de febrero de 2018, incertidumbre de los extremos del vínculo laboral que incide necesariamente en la determinación del límite temporal que permita cuantificar las prestaciones que se reclaman.

Igualmente, de las pruebas recaudadas tampoco se puede concluir con certeza a favor de quien la demandante presto sus servicios, pues según lo indicó la testigo y fue ratificado por la misma demandante, en la casa donde laboraba también vivía la señora Patricia Aragón quien también le daba órdenes.

Así las cosas como quiera que era la parte actora quien tenía la carga de probar los hechos alegados en la demanda ya que según el artículo 167 del C.G.P; "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*", o por los menos la prestación personal del servicio a favor del demandado para que se aplicara a su favor la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T, lo cual no hizo con los pocos medios probatorios que se recaudaron, no es posible acceder a las pretensiones reclamadas. Así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencias entre las que se puede consultar la SL4027-2017 del 8 de marzo de 2017 con Radicación No. 45344 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1]. Asi las cosas La Sala queda huérfana de razones para estudiar la procedencia de las prestaciones pretendidas, pues todas se derivan de le existencia de un contrato que no se demostró.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

[1] "*En efecto, cabe recordar, que el principio protector de la primacía de la realidad, consistente en darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica, más que a la forma que resulte del documento contractual o cualquier otro que hayan suscrito o expedido las partes, lleva necesariamente a sostener que son aquellas particularidades que se extraen de la realidad las que se deben tener en cuenta y no otras a fin de determinar el convencimiento diáfano del juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural y que se reclaman en una acción judicial, que configuren un contrato de trabajo.*
De ahí que, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada. Sin embargo, no será necesaria la acreditación de la citada subordinación, con la producción de la respectiva prueba, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal consagrada en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo que reza: «Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario, es decir, que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual de índole laboral.
Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado quien presta el servicio, que se traduce en un traslado de la carga probatoria. Ello tiene fundamento en el carácter tuitivo o protector de las normas del derecho al trabajo, que le otorgan a quien alega su condición de trabajador, una ventaja probatoria consistente en probar la simple prestación del servicio a una persona natural o jurídica, para que se presuma esa relación contractual laboral."

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS ALFONSO SUAREZ CORTES CONTRA COLPENSIONES Rad. 2020 00194 01 Juz 20.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUIS ALFONSO SUAREZ CORTES demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3 del archivo denominado *01Demanda* del expediente digital.

- Indemnización Sustitutiva de la pensión de vejez.
- Indexación.
- Intereses moratorios.
- Uso de facultades Ultra y Extra Petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 1 a 3 del archivo denominado *01Demanda* del expediente digital.

Mediante la Resolución No. SPE 1440 del 7 noviembre del 2018 el FONCEP le reconoció la pensión sanción en cumplimiento de las sentencias proferidas el 18 de julio de 2017 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por este Tribunal el 12 de julio de 2018. Tal prestación está a cargo únicamente del Foncep y para su reconocimiento solo se tuvo en cuenta el tiempo de servicio prestado por el demandante para la extinta EDIS, no obstante, también laboró en el sector privado cotizando al ISS hoy Colpensiones un total de 703 semanas las cuales no fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión. El 24 de febrero de 2020 solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez ante Colpensiones la cual le fue negada mediante la Resolución SUB 08621 del 1° de abril de esa misma anualidad, decisión contra la cual interpuso el recurso de reposición el cual fue resuelto de forma negativa confirmando la decisión inicial.

Actuación Procesal

Mediante auto del 18 de junio de 2021 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada COLPENSIONES, quien contestó como aparece en el archivo denominado *07ContestacionColpensiones* del expediente digital.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso condenar a la demandada al reconocimiento y pago a favor del demandante de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma inicial de $21.467.711,03 ordenando su pago indexado. Llegó a tal conclusión luego de determinar que resulta compatible la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión sanción que actualmente recibe el demandante pues para su reconocimiento solo se tuvo en cuenta los tiempos servidos para la EDIS y no las semanas cotizadas al ISS, ante lo cual concluyó que estas prestaciones tienen distinta financiación y son pagadas por entidades diferentes y como quiera que reúne los requisitos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 procede su reconocimiento debidamente indexado.

Recurso de Apelación

La apoderada de la **demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia ya que contrario a lo considerado por el juez la pensión sanción no es compatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez solicitada pues el artículo 128 de la Constitución Política prohíbe recibir más de una asignación proveniente del tesoro público y por tanto no resulta posible entregar los aportes efectuados por el actor para un fin distinto que no sea el reconocimiento de la pensión y que en todo caso los aportes solicitados fueron utilizados para financiar la pensión que actualmente recibe el actor.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 08AlegatosDda.pdf del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a determinar si resulta compatible la pensión sanción que actualmente recibe el demandante

con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que pretende y por tanto si es procedente su reconocimiento. Del mismo modo se conocerá en el grado jurisdiccional de consulta los puntos en los que fue condenada Colpensiones y que no fueron apelados.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución SUB 86201 del 1° de abril del 2020 obrante a fls. 20 a 24 del archivo denominado *01Demanda* del expediente digital, donde se reseña que el 20 de febrero de 2020 el actor solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante por cuanto el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – Foncep mediante la Resolución No. SPE GPD No. 0001440 del 7 de noviembre de 2018 le reconoció la pensión sanción a partir del 18 de junio de 2016 en cuantía inicial de $1.249.635, en cumplimiento de las sentencias proferidas por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 29 de septiembre de 2017 modificada por este Tribunal en sentencia del 12 de julio de 2018, por haber laborado desde el 1° de octubre de 1980 y 31 de agosto de 1994 con la extinta EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PUBLICOS –EDIS, pensión que se reconoció en virtud del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 (archivo denominado *GRP-AAD-RP-2020_2511155-20200224103024* obrante dentro de la carpeta denominada *016ExpedienteAdministrativo* del expediente digital).

Compartibilidad entre la pensión sanción otorgada por el Foncep y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que reconoce Colpensiones

Como el principal fundamento de Colpensiones para negar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue que esta prestación es incompatible con la pensión de jubilación reconocida por el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – Foncep porque estaría devengando dos asignaciones del tesoro público y por expresa disposición del artículo 6º del Decreto 1730 del 2001.

Frente al asunto debe resaltar La Sala que, contrario a lo afirmado por la demandada, la prestación que pretende el demandante si es compatible con la pensión que ya disfruta y por consiguiente podría, en caso de acreditar el cumplimiento de sus requisitos, recibir las dos a la vez, esto en razón de que se trata de dos prestaciones que tienen origen y conceptos diferentes, pues la pensión que reconoció el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – Foncep en cumplimiento de las sentencias proferidas por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 29 de septiembre de 2017 modificada por este Tribunal en sentencia del 12 de julio de 2018 se hizo en virtud de los servicios prestados entre el 1° de

octubre de 1980 y 31 de agosto de 1994 a la extinta EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PUBLICOS –EDIS, con los cuales cumplió los requisitos establecidos en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, mientras que la indemnización sustitutiva que ahora se pretende se deriva de las cotizaciones que hizo a Colpensiones mientras laboró para Servinco Ltda entre el 8 de julio y el 8 de septiembre de 1980 y los que hizo como independiente en régimen subsidiado de pensiones desde el 1º de diciembre de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2018, es decir son cotizaciones distintas de aquellas por las cuales se ordenó el reconocimiento de la pensión sanción por parte del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 29 de septiembre de 2017 modificada por este Tribunal en sentencia del 12 de julio de 2018 y por lo tanto estas prestaciones tienen una fuente de financiación es distinta, sumado al hecho de que mientras estuvo prestando servicios para EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PUBLICOS –EDIS esta empresa no efectuó aportes al sistema general de pensiones y por tanto no es posible que con el tiempo comparta el pago de la pensión sanción con Colpensiones bajo la figura de compartibilidad pensional.

Sin que tampoco sea valedero el argumento de que la incompatibilidad se deriva de la prohibición constitucional establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, consistente en que nadie puede recibir más de una asignación del tesoro público, ya que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que pretende ahora el demandante, no proviene exclusivamente del erario, toda vez que los fondos que administra Colpensiones están integrados por aportes privados de trabajadores y empleadores, sumado a que la pensión que recibe actualmente el actor se causó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993[1].

El criterio anterior fue reiterado en múltiples sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema entre las que se pueden consultar la del 07 de septiembre de 2010 con Radicación No. 35.761 con ponencia del Dr. Camilo Tarquino Gallego[2], cuya sentencia de instancia se profirió en la SL 849-2014 del 29 de enero de 2014 con ponencia del Dr. Gustavo Hernando López Algarra, argumentos reiterados en la SL 452-2013 de fecha 17 de julio de 2013 con Radicación N.° 36.936 cuyo ponente fue el Dr. Rigoberto Echeverry Bueno[3].

---

[1] Para los servidores públicos del Distrito Capital, el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entró e regir el 30 de junio de 1995, según el Decreto 348 de 1995.

[2] "*En efecto, se trata de dos pensiones que tienen origen y conceptos diferentes, en tanto la de jubilación otorgada por normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, se deriva por los servicios prestados a una entidad oficial (Departamento de Antioquia), y la de vejez que se pretende del Instituto de Seguros Sociales, según el Acuerdo 049 de 1990, corresponde a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, supuestos que conducen a la viabilidad jurídica de su compatibilidad.*
Tampoco podría derivarse la incompatibilidad por la prohibición constitucional de que nadie puede recibir más de una asignación del tesoro público, por cuanto, como insistentemente lo ha precisado la Corte frente a casos similares, la pensión de vejez que reconoció el Instituto de Seguros Sociales no provino del erario público, toda vez que los fondos que administraba estaban integrados por aportes privados de trabajadores y empleadores"

[3] "*En efecto, aunque esta Sala de la Corte ha sido especialmente enfática en sostener que, en principio, dentro de la estructura y principios del Sistema Integral de Seguridad Social no resulta posible que una persona perciba más de una pensión, por cuanto existe una tendencia a lograr unidad y universalidad en el aseguramiento de los riesgos, lo cierto es que tal regla ha sido aplicada en situaciones en las que la incompatibilidad está prevista expresamente en la Ley o en aquellas en las cuales resulta razonable definirlo, porque, por ejemplo, las dos prestaciones se fundamentan en un mismo tiempo de servicio. (Ver en tal sentido la sentencia del 23 de junio de 2006, Rad. 27489).*
En ese orden de ideas, en hipótesis como la que aquí se analiza, en donde la pensión de vejez es reconocida con base en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, como el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y por tiempos de servicio privado, a la vez que la pensión de jubilación se fundamenta en la Ley 33 de 1985, por tiempos de servicio al Estado, diferentes a los de la pensión de vejez, la Sala ha concluido que las dos prestaciones resultan compatibles"

Indemnización Sustitutiva de la pensión de vejez

Claro lo anterior encuentra la Sala el demandante solicita que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993[4], prestación que hoy forma parte del Sistema General de Pensiones y su reconocimiento está condicionado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1) Estar afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida,
2) Cumplir la edad establecida en el artículo 33 de la citada Ley 100,
3) No reunir la densidad de semanas mínimas requeridas para ser pensionado y
4) Estar en imposibilidad de seguir cotizando y presentar una declaración en tal sentido.

Requisitos que cumple el demandante ya que no se controvierte que el actor se encuentra afiliado al ISS hoy Colpensiones desde el 8 de julio de 1980, que cotizó en esta entidad tan solo 703.29 semanas hasta el 30 de noviembre de 2018 (fls. 20 a 26 del archivo denominado *07ContestacionColpensiones* del expediente digital) y que al nacer el 18 de junio de 1956 (archivo denominado GEN-DDI-AF-2018_10335497-20180823080845 obrante dentro de la carpeta denominada *016ExpedienteAdministrativo* del expediente digital) en la actualidad cuenta con más de 67 años de edad, así como es claro que en la reclamación administrativa manifestó expresamente la imposibilidad de seguir cotizando (archivo denominado GRP-FSI-AF-2020_2511155-20200224103024 obrante dentro de la carpeta denominada *016ExpedienteAdministrativo* del expediente digital), lo cual conllevara a confirmar la sentencia consultada en este aspecto.

Liquidación de la prestación y aportes cotizados con Régimen Subsidiado

Claro lo anterior es claro que, cumplidas las exigencias mencionadas, la persona tendrá derecho a recibir en sustitución una indemnización de acuerdo el artículo 37 precitado, cuyo monto será equivalente a *"un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado"*.

Así las cosas, es preciso indicar que verificada la historia laboral del actor se encuentra que las semanas que fueron contabilizadas a partir del 1° de diciembre de 2001 y hasta el 30 de noviembre de 2018 fueran hechas por el actor con régimen subsidiado, por lo tanto, se debe tener en cuenta el artículo 27 del Decreto 3771 de 2007 compilado en el artículo 2.2.14.1.27 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 que consagra lo siguiente:

[4] ***"ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.*** *Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado"*

> ***"ARTÍCULO 27. DEVOLUCIÓN DEL SUBSIDIO.*** *La entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional deberá controlar y hacer exigible la devolución de los subsidios, a las entidades administradoras de pensiones, cuando se presente alguno de los siguientes eventos:*
>
> *1. Cuando el afiliado que haya recibido subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional, exceda de los sesenta y cinco (65) años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, excepto en los casos en que continúe cotizando hasta obtener la misma.*
>
> *2. Cuando se reconozcan indemnizaciones sustitutivas de la pensión de vejez o la devolución de aportes.*
>
> *3. Cuando el afiliado pierda su condición de beneficiario por la causal de pérdida del derecho al subsidio definida en el literal e) del artículo 24 del presente decreto.*
>
> *La entidad administradora de pensiones tendrá dos (2) meses, contados a partir de la fecha en que se presente alguno de los eventos señalados, para efectuar la devolución de los aportes subsidiados con los rendimientos financieros correspondientes al período de mora o de permanencia como beneficiario del subsidio del Fondo, los cuales deben ser entregados al Administrador Fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, con destino a la subcuenta de solidaridad, si a ello hubiere lugar"*

Norma de la cual se concluye que al no haber reunido el demandante los requisitos para obtener la pensión de vejez y haber solicitado ante la demandada el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es claro que perdió el derecho a recibir los subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional ya estos tienen como única finalidad que sus beneficiarios puedan acceder a una pensión y no este tipo de indemnizaciones, por lo tanto al tener Colpensiones la obligación de devolverlos al Administrador Fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional se hace evidente que tampoco puede tenerlos en cuenta para liquidar la citada indemnización sustitutiva de pensión de vejez solicitada.

No obstante, esta Sala en aras de verificar la liquidación de la indemnización sustitutiva efectuada por el Juzgado, teniendo en cuenta los anteriores lineamientos a través del Grupo Liquidador de la Rama Judicial procedió a efectuar el cálculo respectivo, teniendo como referencia el último reporte emitido por COLPENSIONES actualizado a 8 de julio de 2021, en el cual se verifican cotizaciones desde el diciembre de 2001 hasta el agosto de 2018 con aportes subsidiados, lo cual permite concluir que la entidad administradora del régimen subsidiado por disposición legal durante ese periodo realizó aportes a favor del actor sobre un 75% del total de la cotización, los cuales no pueden ser tenidos en cuenta ya que tienen ser devueltos a la Administrador Fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional y por tanto por tal período solo es posible incluir la proporción de los aportes efectuados por el demandante correspondiente a 25% de las cotizaciones.

Para lo cual se dividió la liquidación en dos; la primera teniendo en cuenta el periodo en el cual no cotizó con el régimen subsidiado esto es; 9 semanas que laboró para Servinco Ltda entre el 8 de julio y el 8 de septiembre de 1980 liquidación que arrojo un valor de **$60.081**[5],

[5] Conforme liquidación efectuada por el Grupo liquidador del C.S.J.

igualmente se hizo una liquidación adicional por los periodos cotizados de forma interrumpida entre 1° de diciembre de 2001 y entre el 30 de agosto de 2018 en el cual la demandante cotizó con el régimen subsidiado, las cuales ascienden a un total de 694,29 semanas, pero en este periodo y por esos aportes solo se puede tener en cuenta el 25% de los aportes efectuados, los cuales corresponden a los que efectuó directamente el demandante, ya que recordemos el 75% restante debe ser devuelto al Fondo de Solidaridad Pensional, lo que arrojo un valor de **$3.866.287**, que deberá sumarse a los **$60.081** ya liquidado**,** arrojando un total por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de **$3.926.368,** lo cual evidentemente resulta inferior a lo liquidado por el Juez de primera instancia ($21.467.711,03) y conllevara a modificar la sentencia en este sentido.

Indexación

Por otro lado, como quiera que no procede la condena por concepto de intereses moratorios pues estos solo proceden por la mora en reconocimiento de mesadas pensionales y ante la evidente pérdida de poder adquisitivo de ese dinero, resulta proporcional la condena por indexación, lo cual llevara a confirmar la sentencia en este aspecto. Para lo cual se debe tener como fecha inicial el 24 de febrero de 2020 en que el demandante solicito la indemnización sustitutiva y como fecha final la de su pago.

Excepción de Prescripción

Finalmente es preciso indicar que no es procedente declarar probada la excepción de prescripción, ya que esta prestación se considera imprescriptible. Así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se puede consultar la sentencia SL4559-2019 del 23 de octubre de 2019 con radicado No. 74456[6] cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Bajo los anteriores razonamientos se modificará la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Fíjense la suma de Trescientos Mil de pesos ($300.000) como agencias en derecho.

---

[6] "*En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.*

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.
(…)
Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009. (Subraya la Sala)."

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - MODIFICAR el ordinal primero (1º) de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 16 de noviembre de 2021, el cual quedara así*: "**PRIMERO.- CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor de **LUIS ALFONSO SUAREZ CORTES,** en cuantía de **$3.926.368** suma que deberá ser pagada debidamente indexada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído."*

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás, la providencia apelada y consultada.

TERCERO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Fíjense la suma de Trescientos Mil de pesos ($300.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANDRÉS FELIPE LÓPEZ MAYORGA CONTRA ICOEM COLOMBIA S.A.S. Rad. 2020 00416 01 Juz 20.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ANDRÉS FELIPE LÓPEZ MAYORGA demandó a **ICOEM COLOMBIA S.A.S.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 6 del archivo denominado 01DemandaAnexos del expediente.

- Ineficacia de la terminación del contrato de trabajo.
- Reintegro al mismo cargo.
- Salarios y prestaciones sociales dejados de devengar.

Los hechos se describen a fls. 2 a 5 del archivo denominado 01DemandaAnexos del expediente.

Presto sus servicios para la demandada entre el 23 de enero y el 8 de abril de 2020 cuando la empresa decidió finalizarle el contrato de manera unilateral y sin justa causa. El contrato suscrito fue término indefinido y en virtud del cual ocupó el cargo de Coordinador de Licitaciones, devengando la suma de $3.500.000 mensuales. La terminación del contrato se dio a pesar de que el 30 de marzo de 2020 había informado a la empresa demandada la condición de padre cabeza de hogar por tener bajo su custodia a su hija de 13 años de edad y que el 6 de abril de esa misma anualidad informó el estado de embarazo de su esposa. Durante el tiempo que prestó sus servicios no fue presentada en su contra queja o llamado de atención. El día 28 de marzo de 2020 la empresa demandada le envió oficio en el cual en virtud de la pandemia generada por el Covid 19 lo instaban a aceptar y firmar Otro si en el cual le reducían el horario de trabajo y el salario al 50%, al cual dio respuesta el día 30 de marzo manifestando que no estaba de acuerdo, en razón de que el nuevo salario no le alcanzaría para cubrir los gastos familiares ya que era padre cabeza de hogar para lo

cual aportó la constancia de custodia de su menor hija, lo cual fue contestado por la empresa en comunicación del 2 de abril, insistiendo nuevamente en la suscripción del Otro Sí.

Actuación Procesal

Mediante auto del 28 de mayo de 2021 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada **ICOEM COLOMBIA S.A.S.**, quien contestó como aparece a folios 3 a 12 del archivo denominado *05ContestacionDemanda* del expediente digital.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso absolver a la demandada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que el demandante no cumplió con los requisitos para ser beneficiario de una estabilidad laboral reforzada que se ha dispuesto para los padres cabeza de familia, ya que si bien acredita que tenía bajo su custodia y cuidado a una hija menor, también lo es que contrajo matrimonio con Milagros Raquel Tovar Ávila el 9 de enero de 2016 por lo tanto no se puede considerar que es padre cabeza de familia, sumado a que en la conciliación por medio de la cual se acordó la custodia de su hija, se pactó que la manutención seria compartida con la madre y tampoco acreditó ante el empleador que era el único sostenimiento de su hogar. Así mismo consideró que tampoco es beneficiario del fuero por estar su esposa en estado de embarazo ya que si bien le manifestó a su empleador el día 6 de abril de 2020 que ella estaba en ese estado, no allegó ninguna prueba de tal condición ante su empleador y que ella dependía económicamente del demandante y así mismo no lo demostró en el proceso, pues conforme la certificación de la EPS Aliasalud se probó que para el 7 de abril de 2020 solamente se registraba como su beneficiaria a su hija y no a su esposa, a la cual afilió tan solo hasta ese día según lo confesó en el interrogatorio de parte, la cual en todo caso surtía efecto a partir del 1° de mayo de esa misma anualidad.

Recurso de Apelación

El apoderado **del demandante** interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia ya que de acuerdo con la sentencia C-005 de 2017 de la Corte Constitucional el demandante contaba con 30 días para allegar la prueba del estado de embarazo de su esposa contados a partir del 6 de abril de 2020 fecha en él comunicó a la empresa tal condición, así mismo se desconoció el contenido de la Ley 2141 de 2021 que contempla ese mismo plazo para allegar esa prueba ante el empleador.

Igualmente se debe tener en cuenta que conforme el certificado allegado junto con la demanda se demostró que la esposa de la demandante era su beneficiaria en salud para el momento del despido.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 06AlegatosDte.pdf del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S*.,* así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a determinar sí resulta ineficaz la terminación del contrato celebrado entre la partes porque la esposa del demandante estaba en estado de embarazo para ese momento, sin que haya lugar a estudiar si el actor gozaba del fuero de estabilidad laboral por ostentar la condición de padre cabeza de hogar, pues tal circunstancia no fue objeto de inconformidad en el recurso de apelación.

Relación Laboral del Demandante

No se controvierte que entre las partes existió un contrato de trabajo pactado a término indefinido, el cual inicio el 23 de enero de 2020 y finalizó el 8 de abril del año 2020. Así se ratifica con la copia del contrato (fls. 12 a 17 del archivo denominado 01DemandaAnexos del expediente) y la liquidación de prestaciones sociales (fl. 54 del archivo denominado 01DemandaAnexos del expediente).

Estabilidad laboral reforzada por extensión del fuero de maternidad y aplicación de la Ley 2141 de 2021

Al respecto debe indicar esta Sala que el fuero invocado por el actor, no es más que una extensión de la protección legal de que goza toda mujer embarazada o lactante y de la garantía de que el Estado le brinde asistencia y protección durante ese periodo, la cual se encuentra establecida en el artículo 43 de la Constitución Política y el caso específico se traduce en la prohibición de que el compañero (a) permanente y/o cónyuge de la mujer que se encuentre en ese periodo y que este inmerso en una relación de trabajo, sea despedido durante etapa mencionada o que según el caso se exija un permiso para la terminación del vínculo contractual.

Fuero que tuvo su origen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en especial la sentencia C-005 de 2017[1] donde al estudiar la constitucionalidad de los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo Protección, estableció su exequibilidad condicionada *"en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)".* Jurisprudencia de la cual se concluye que para ser beneficiario del tal fuero el trabajador (a) deberá acreditar los siguientes requisitos:

- Que el cónyuge o compañera permanente gestante o lactante del trabajador (a) se encuentra desempleada o sin desempeñar alguna alternativa laboral.

- Que la mujer gestante o lactante este afiliada como beneficiaria en el sistema de seguridad social del cónyuge o compañero(a) permanente trabajador (a).

Así las cosas, se procederá con la verificación de estos requisitos, cuyo cumplimiento se constatará para el 8 de abril del año 2020 fecha en que le fue terminado el contrato

---

[1] *"La falta de justificación de la exclusión de los (o las) trabajadores(as) cuyas cónyuges, compañeras o pareja, sin vínculo laboral, se encuentren en período de gestación o lactancia, de la protección laboral contenida en los preceptos examinados, conduce a la vulneración del principio de igualdad. En efecto, tal como se demostró, la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante, se encuentra en una situación análoga a la de esta, comoquiera que existen condiciones relevantes que son comunes en una y otra situación. Tanto la mujer gestante o lactante trabajadora, como la pareja trabajadora que le provee soporte emocional y material, enfrentan una situación familiar muy particular, que impone demandas similares, como es el advenimiento de un nuevo miembro del grupo familiar. Como se indicó, se trata de situaciones equiparables en las que resultan igualmente relevantes las finalidades constitucionales que se reconocen a la protección laboral reforzada, como son la especial asistencia y protección que el Estado debe a la maternidad, la protección de la unidad familiar y la salvaguarda del interés superior del niño o niña que está por nacer, o que acaba de nacer. La equiparación de las dos situaciones análogas, es una exigencia del principio de igualdad, comoquiera que además de satisfacer estos fines constitucionales, materializa el derecho a la igualdad de los miembros de la pareja en materia de derechos, obligaciones y responsabilidades paterno-materno filiales, respecto de los hijos, a la vez que promueve oportunidades para avanzar en la conciliación del trabajo con la vida familiar, pretensión vinculada al desarrollo de la igualdad.*

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.

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).
(…)
En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declarará la exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, ***en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).***

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." (Subrayado fuera de texto)*

al actor por parte de la empresa demandada, encontrando la Sala al respecto; que si bien obra una comunicación informal enviada por el actor a su exempleador el día 6 de abril de 2020 en la cual informa que uno de los motivos para no aceptar la disminución salarial propuesta por esa empresa es que su esposa se encuentra en embarazo (fl. 32 del archivo denominado 01DemandaAnexos del expediente), lo cierto es que no se observa que junto a tal correo y previo a la fecha de terminación del contrato (08/04/2020) el actor haya enviado al empleador siquiera una prueba sumaria de que su esposa MILAGRO RAQUEL TOVAR ÁVILA estuviera desempleada y que como consecuencia dependía económicamente del actor, así mismo tampoco acreditó que estuviera afiliada como su beneficiaria en salud. Condición de desempleo de la cónyuge y/o dependencia económica que valga la pena indicar tampoco se demostró dentro del debate probatorio, pues no se allego ningún testimonio o declaración extraproceso que ratifique esa circunstancia.

Ante lo cual se debe resaltar que si bien obra una certificación expedida por la EPS Aliansalud donde consta que la señora MILAGRO RAQUEL TOVAR ÁVILA es beneficiaria en salud del actor, la misma tiene fecha de expedición del 20 de junio de 2020 (fl. 41 del archivo denominado 01DemandaAnexos del expediente) por lo tanto es claro, que de la misma no tenía conocimiento Icoem Colombia S.A.S. para el momento en que decidió dar por terminado el contrato al actor, así como tampoco se demostró que le puso de presente el certificado expedido por el Portal Web *Mi Seguridad Social* en el cual se verifica que el demandante registro el día 7 de abril de 2020 como su beneficiaria en salud a su cónyuge (fl. 42 del archivo denominado 01DemandaAnexos del expediente). Documentales que de haber sido puestas en conocimiento a la empresa demandada previo a que tomara la determinación de finalizarle el contrato al actor conllevarían que declarar la ineficacia de tal finiquito, lo cual no se acredito en el presente asunto.

Finalmente es preciso indicar que contrario a lo alegado por el apoderado del demandante no es posible aplicar al presente asunto lo reglamentado en la Ley 2141 de 2021, pues de hacerlo se estaría yendo en contra del principio de irretroactividad de la ley laboral ya que fue expedida con posterioridad a la ocurrencia de los hechos aquí invocados y en todo caso se debe reiterar que el principal motivo para negar las pretensiones no lo es la falta de acreditación del estado de embarazo de la esposa del demandante para el momento de la terminación del contrato, sino el incumplimiento de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-005 de 2017, los cuales como ya se indicó no se acreditaron ante el empleador previo a la terminación del contrato.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos ($1.000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos ($1.000.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AURA STELLA FONSECA GUTIÉRREZ CONTRA COLPENSIONES Rad. 2020 00441 01 Juz 33.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

AURA STELLA FONSECA GUTIÉRREZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 6 y 7 del archivo denominado *03Demanda* del expediente digital.

- Retroactivo pensional desde el 1° de enero y hasta el 30 de septiembre de 2019.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 7 y 8 del archivo denominado *03Demanda* del expediente digital.

Nació el 27 de mayo de 1960 por lo tanto cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2017. Se afilió al ISS desde el 9 de febrero de 1990 y cotizó hasta el 31 de diciembre de 2018, teniendo como último empleador a la Embajada de Venezuela. El día 12 de julio de 2019 solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de vejez, al cual accedió mediante Resolución SUB 254963 del 16 de septiembre de 2019 en cuantía inicial de $1.170.817, no obstante, tal reconocimiento se hizo a partir del 1° de octubre de 2019 argumentando que el ultimo empleador no reportó la novedad de retiro, desconociendo que con dejar de cotizar y la solicitud de la pensión exteriorizó su voluntad de desafiliarse del sistema. Interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación en contra de esa decisión los cuales se resolvieron de forma negativa confirmando la decisión inicial.

Actuación Procesal

Mediante auto del 12 de enero de 2021 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada COLPENSIONES, quien contestó como aparece a folios 3 a 18 del archivo denominado *10ContestacionColpensiones* del expediente digital.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2019, cuyo retroactivo hasta el 30 de septiembre de 2019 asciende a la suma de $10.537.353 ordenando su pago debidamente indexado, del cual autorizó el descuento de aportes a salud. Llegó a esta determinación luego de establecer que al haber efectuado cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 2018 y solicitado el reconocimiento pensional en el mes de julio de 2019 es posible concluir que hay una voluntad de retiro pues se presenta una desvinculación tácita del sistema de pensiones.

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso a Colpensiones y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 05AlegatosDte.pdf y 07AlegatosColp.pdf del expediente.

CONSIDERACIONES

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución SUB 305553 del 6 de noviembre de 2019 obrante a fls. 29 a 35 del archivo denominado *04Anexos* del expediente digital, donde se reseña que la actora presento recurso de reposición contra la resolución mediante la cual se le reconoció la pensión de vejez, en el cual solicitó el retroactivo causado desde el 1° de enero de 2019, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado de la Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la demandante por cuanto mediante la Resolución SUB 254963 del 18 de septiembre de 2019 Colpensiones le reconoció a la actora la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2019, en cuantía inicial de $1.170.817 con base en la Ley 797 de 2003 y para liquidarla tuvo en cuenta 1.414 semanas de

cotizaciones efectuadas entre el 09 de febrero de 1990 y el 31 de diciembre de 2018 (fls. 17 a 22 del archivo denominado *04Anexos* del expediente digital).

Retroactivo pensional

Frente al disfrute de la pensión es importante tener en cuenta el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990[1], el cual establece que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio y como consecuencia del régimen general de pensiones.

Debido a que la norma citada no específica una solemnidad para acreditar el retiro o la desafiliación, considera la Sala que se debe analizar la conducta tanto del afiliado como del empleador en aras de determinar cuál fue su voluntad. Al respecto, la actora radicó solicitud de reconocimiento pensional ante la demandada el día 12 de julio de 2019 (fl. 17 del archivo denominado *04Anexos* del expediente digital), del mismo modo según lo ya indicado es claro que laboró con su ultimo empleador "EMBAJADA DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA" hasta el 31 de diciembre de 2018, así mismo cumplió los 57 años de edad el 27 de mayo de 2017 (fl. 1 del archivo denominado *04Anexos* del expediente digital), circunstancias con las cuales se concluye que al ya no estar cotizando y solicitar la pensión, dio a conocer a la demandada su intención de no seguir afiliada al sistema. Con estos elementos contaba la demandada para el momento en que expidió la Resolución SUB 305553 del 6 de noviembre de 2019. Raciocinio que ha sido adoctrinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la SL5603-2016 del 6 de abril de 2016 con Radicación No 47.236[2].

---

[1] **ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ**. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo." (Subrayado fuera del texto)

[2] "*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.*

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.
(…)
También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, 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.
(…)
Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

Ante lo cual se concluye que la demandada debió efectuar el reconocimiento pensional a partir del 01 de enero de 2019 y no desde el 1° de octubre de esa misma anualidad como erróneamente lo hizo, por lo que resulta procedente el reconocimiento y pago del retroactivo causado en este periodo, lo cual conllevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

Liquidación del retroactivo

No existe controversia frente al monto de la mesada inicial, la cual la demandada reconoció para el año 2019 en la suma de $1.170.817, según se desprende de la Resolución SUB 305553 del 6 de noviembre de 2019 (fls. 17 a 22 del archivo denominado *04Anexos* del expediente digital), por lo tanto, el actor tiene derecho a un pago de 9 mesadas completas, equivalentes a **$10.537.353** suma igual a la liquidada en primera instancia[3], por lo que confirmara la sentencia en cuanto a esta condena.

Indexación

Por otro lado, frente a la indexación a la cual condenó el Juez; si bien es incompatible con la pretensión de intereses moratorios, como se negaron estos últimos resulta proporcional mantener esta condena ante la evidente pérdida de poder adquisitivo del retroactivo al cual se está condenando. Así las cosas, se deberán indexar desde la fecha de causación hasta cuando se produzca su pago, con base en el IPC certificado por el DANE, para lo cual se deberá aplicar la formula señalada por la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral mediante sentencia del 13 de diciembre de 2007, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López[4].

Descuento aportes a salud

Se debe señalar, que Colpensiones al dar cumplimiento a esta sentencia debe hacer el descuento por concepto de aportes a salud, puesto que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de efectuarlos, aun sobre los retroactivos reconocidos judicialmente, ya que si bien estas sumas se pagan tiempo después del periodo en que se causaron, es obligación de todo pensionado aportar para efectos de la financiación del

---

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido"

[3] $1.170.817 x 9: $10.537.353

[4] *"Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:*

$$VA = VH \times \frac{IPC\ Final}{IPC\ Inicial}$$

De donde:
VA = IBL o valor actualizado
VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.
IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.
IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas..."

sistema contributivo y además porque de no hacerlo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de Seguridad Social consagrados en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad[5].

Ante lo cual resulta proporcional que Colpensiones descuente los aportes a salud sobre el retroactivo que le corresponde a la demandante, como bien lo determinó la Juez A quo, lo cual conllevara a confirmar la sentencia consultada en este aspecto.

Excepción de Prescripción

Frente a la excepción de prescripción concluye la Sala que la exigibilidad del retroactivo se produjo el 19 de septiembre de 2019 (fl. 23 del archivo denominado *04Anexos* del expediente digital) fecha en que se le notificó a la actora la Resolución Resolución SUB 305553 del 6 de noviembre de 2019 mediante la cual se le reconoció la pensión de vejez y como quiera que se presentó la demanda el 19 de noviembre de esa misma anualidad (archivo denominado *02ActaReparto* del expediente digital), es evidente que no alcanzó a transcurrir el termino trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. y no estarían prescritos las mesadas pensionales.

Condena en Costas a Colpensiones

Frente a la condena impuesta por concepto de costas, es de indicar que son una consecuencia de la oposición a las pretensiones, por lo tanto, resulta correcta y proporcional esa condena.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

[5] Este raciocinio ha sido adoctrinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la SL776-2013 con Radicación No. 54.520 del 6 de noviembre de 2013, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Rigoberto Echeverry Bueno "*…..Es lógico pensar que debe el demandante aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo, de tal forma que, a pesar de que no hubo prestación del servicio de salud por cuanto en estricto sentido no estaba aún afiliado, mal puede ignorar el sentenciador la carga que a aquél le impone la ley de soportar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a su condición de pensionado.*
Ciertamente, de no efectuarse los descuentos del retroactivo pensional para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no sólo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad, sino también los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994.
Adicionalmente se advierte que al no efectuarse el descuento de los aportes para salud, podrían verse comprometidos los derechos del demandante de acceder a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas, conforme lo dispone el artículo de la Ley 164 de la Ley 100 de 1993".

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado