

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 MARLENY BURITICA ARIZA CONTRA AGENCIA DE ADUANAS KN COLOMBIA S.A.S NIVEL 2 Rad. 2019 00432 01 Juz 08.

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

MARLENY BURITICA ARIZA demandó a **AGENCIA DE ADUANAS KN COLOMBIA S.A.S NIVEL 2** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3 del expediente.

- Indemnización por despido sin justa causa.
- Costas del proceso.

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

Presto sus servicios para la demandada en virtud de un contrato a término indefinido entre el 3 de septiembre de 2001 y el 1º de julio de 2016 cuando la empresa decidió finalizarle el contrato aduciendo como justa causa el reconocimiento de la pensión de vejez, no obstante, el mismo lo había hecho Colpensiones desde enero de 2014 cuando la incluyó en nómina, lo cual fue de conocimiento de la demandada. Se presentó un despido sin justa causa ya que la empresa dejó transcurrir más de 2 años desde que conoció del reconocimiento pensional para dar por terminado el contrato de trabajo, sin que suscribiera algún Otro si al contrato de trabajo, además no le entregó un preaviso. Citó a la empresa demandada a audiencia de conciliación

ante el Ministerio del Trabajo la cual fracaso por no asistirle animo conciliatorio a la empresa.

Actuación Procesal

Mediante auto del 5 de julio de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada **AGENCIA DE ADUANAS KN COLOMBIA S.A.S NIVEL 2**, quien contestó como aparece a folios 38 a 42 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 no existió un despido sin justa causa, ya que la empresa podía invocar en cualquier momento como justificación para el terminar el contrato el reconocimiento pensional hecho por Colpensiones a favor de la demandante, sin que signifique que se extinga la causal por el transcurso del tiempo o porque no se alegó apenas tuvo conocimiento el empleador de su inclusión en nómina, para lo cual citó como fundamento la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

El apoderado **del demandante** interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia ya que la juez A quo desconoció que la empresa no comunicó en forma oportuna la decisión de finalizarle contrato, de conformidad con el artículo 62 del C.S.T. ante lo cual el contrato se prorrogó en los mismos términos que se venía ejecutando y así lo considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica en el 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 procede la indemnización por despido sin justa causa pretendida por la parte actora en razón a que no se cumplió con el preaviso establecido en artículo 62 del C.S.T.

Relación Laboral del Demandante

No se controvierte que entre las partes existió un contrato de trabajo pactado a término indefinido, el cual inicio el 3 de septiembre de 2001 y finalizó el 1° de julio del año 2016. Así se ratifica con certificación laboral expedida por la demandada (fl. 46 del expediente) y la liquidación de prestaciones sociales (fl. 49 del expediente).

Terminación del contrato de trabajo

Por aceptado se tiene que el contrato de trabajo fue terminado en forma unilateral por parte del empleador, mediante decisión notificada a la actora el día 30 junio de 2016 (fl. 17), en la que se alega como fundamento el hecho de que Marleny Buritica Ariza se encuentra pensionada, lo cual en efecto es reconocido por la misma parte actora en la demanda, en la cual indica que fue incluida en nómina desde el mes de enero de 2014, lo cual se ratifica con la copia de la Resolución GNR 364381 del 20 de diciembre de 2013 mediante la cual Colpensiones le reconoció la pensión a partir del 1° de febrero de 2012 en cuantía inicial de \$1.792.716 decisión en la cual también se indicó que sería incluida en nómina en el mes de enero de 2014 (fl. 42 vto a 45).

Causal de terminación del contrato por justa causa que se encuentra consagrada en el numeral 14 del Literal A) del artículo 62 del C.S.T.¹ en concordancia con el

¹ **ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.** Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A). Por parte del empleador:

(...)

14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.

(...)

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el {empleador} deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003² y de la cual no se controvierte que el empleador la puede invocar en cualquier momento después de la inclusión en nómina, como bien lo concluyó la Juez A quo, pues así lo interpretado de forma reiterada en su jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para lo se puede consultar la sentencia SL3146-2020 del 26 de agosto de 2020 con Radicación No. 58.015 cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Omar Ángel Mejía Amador³.

Se debe aclarar que esta causal alegada por la empresa demandada para finalizarle el contrato de trabajo a la actora debe ir acompañada de una formalidad, esto es la consagrada en la parte final del literal A del artículo 62 del C.S.T. que consagra que *"En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días"*. Así lo ha considerado de forma reiterada en su jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para lo cual se puede consultar la sentencia SL3108-2019 del 31 de julio de 2019 con Radicación No. 78.842 cuya magistrada ponente fue la Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo⁴. Formalidad que claramente no fue satisfecha en el presente asunto pues recordemos

² Parágrafo 3º. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.

³ *"De lo anterior, se infiere que la causal sub-examine se configura cuando al trabajador se le reconoce la pensión de vejez o jubilación y, a su vez, es incluido en nómina para pago de su pensión, tal como se precisó igualmente en sentencia CC C-1037-2003; esto, con el propósito de que no exista solución de continuidad entre la desvinculación laboral y el momento en que se empieza a pagar la prestación periódica, garantizándose que el trabajador no deje de percibir el ingreso que le prodigue su subsistencia. De otro lado, **una vez se hayan satisfecho las condiciones aludidas, la norma otorga al empleador la posibilidad de usar la causal cuando lo estime conveniente y considere que su trabajador o servidor ha cumplido ya con su ciclo laboral en la empresa o entidad, es decir, no está sujeto a ninguna regla de inmediatez, quedando a su discrecionalidad ejercerla en cualquier momento.**" (Subrayado fuera de texto)*

⁴ **"1.- Del reconocimiento de la pensión de vejez como causal autónoma para la terminación del contrato de trabajo por justa causa**

Dentro de las justas causas de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador establecidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo que requieren de un preaviso no menor a 15 días, se encuentra la relativa al «reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa».

que el contrato le fue finalizado a la demandante a partir del el 1° de julio del año 2016 mediante misiva que le fue comunicada el 30 de junio de esa misma anualidad (fl. 17 del expediente) es decir se le informo con un día de anticipación.

Empero contrario a lo considerado por el apoderado de la demandante el incumplimiento de tal formalidad no torna el despido en injusto, puesto que como ya se advirtió irrefutablemente el reconocimiento pensional a favor de un trabajador y su respectiva inclusión en nómina, se constituye en una causa legal para dar por terminado el contrato, mientras que lo ocurrido en el presente fue que el empleador omitió dar el aviso conforme lo establecía la ley, lo cual califica a tal decisión como ilegal mas no en injusta, y si bien eventualmente es susceptible de indemnización, no corresponde al mismo valor que establece el artículo 64 del C.S.T. para los casos de un despido injusto, pues el perjuicio ocasionado al trabajador sería uno distinto al que se resarce con la tasación de esa norma. Así lo ha considerado de forma reiterada en su jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para lo cual se puede consultar la sentencia del 16 de mayo de 2001 con Radicación No. 14.777 cuyo magistrado ponente fue el Dr. Fernando Vásquez Botero, cuyas consideraciones fueron reiteradas en la sentencia SL169-2022 del 2 de febrero de 2022⁵.

⁵ "Sobre el particular se impone aclarar que, no obstante, al tenor de lo señalado también en la providencia CSJ SL3108-2019, en ese evento, el empleador tiene que comunicar la decisión de terminar el vínculo con un preaviso no menor a 15 días, dicha obligación no es la que estructura la justa causa y, por ende, su omisión no permitiría calificar el despido de injusto.

En efecto, la jurisprudencia ha anotado que es diferente i) la legalidad de la terminación unilateral del contrato y, ii) la justeza del despido, porque, lo primero, está relacionado con el cumplimiento de todas las formalidades previstas en la ley para llevar a cabo el finiquito, entre otras, la del preaviso.

Mientras que, lo segundo, se encuentra vinculado con la necesaria correspondencia entre la causal aducida por el empleador y las autorizadas por la norma para tomar la decisión unilateral de concluir el contrato de trabajo.

Por tanto, la omisión de aquella comunicación, cuando, como en el caso, existe la justa causa, no puede generar la indemnización del artículo 64 del CST, pues el perjuicio irrogado al trabajador sería uno distinto al que se resarce con la tasación de esa norma.

(...)

Bajo esos razonamientos, la Corte ha puntualizado, entre otras, en las decisiones CSJ SL, 19 feb. 2008, rad. 30819; CSJ SL, 11 ag. 2009, rad. 34847 y la CSJ SL, 14 nov. 2012, rad. 37823, que la falta de comunicación en tiempo de la terminación del contrato con justa causa, en relación con las circunstancias descritas en los numerales 9° a 15 del artículo 62 del CST, no conlleva, de la manera en que lo persigue la acusación, a la indemnización del artículo 64 del CST, sino a una que cubra el perjuicio causado con aquella falta, equivalente, por lo menos, a 15 días de trabajo.

Sobre esa precisión, se lee en la sentencia inicialmente citada, lo siguiente:

[...] son dos situaciones totalmente disímiles, una dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, y otra que configurada la causa legal el empleador omite dar el aviso de los 15 días que ordena para ciertas causales el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, donde en el primer evento el despido se torna en injusto y en cambio en el segundo el rompimiento con existencia de la justa causa sin efectuarse el preaviso se debe es calificar únicamente como ilegal, lógicamente en ambos casos se

Por lo tanto, si bien lo que procedería en el presente asunto es una indemnización por el despido ilegal, lo cierto es que tal indemnización no fue pretendida por la parte actora, ni en la demanda ni el recurso de apelación, sumado al hecho de que al no estar tarifada en los artículos 62 y/o 64 del C.S.T. su única forma de compensación sería por la vía de reconocimiento de perjuicios, los cuales no se demostraron en el presente asunto.

Fallecimiento de la demandante

Al respecto frente al memorial que allegó la empresa demandada donde informa que al parecer la demandante falleció, debe aclarar la Sala que como quiera que no se allegó el certificado de defunción no es posible resolver nada frente a ese asunto, no obstante se debe aclarar que al haber ocurrido ese hecho después de presentada la demanda era válido continuar el proceso con normalidad en virtud del artículo 68 del C.G.P. sin necesidad de recurrir a ningún trámite adicional.

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

COSTAS

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

DECISIÓN

indemniza pero bajo un tratamiento legal distinto, con el efecto propio de la igualdad, proporcionalidad y el equilibrio social que pregona la Carta Política.

Así las cosas, para la Sala la incidencia que tiene el no dar el aviso previsto en el artículo 7º del Decreto de marras 2351 de 1965 para la finalización del vínculo laboral, no es otra que el reconocimiento de los perjuicios que se demuestren por motivo de tal omisión, sin que en ningún caso puedan ser inferiores al valor de los 15 días de salarios

En suma, de haberse demostrado, en contra de lo considerado por el Tribunal, que no lo fue, que el empleador no comunicó a la impugnante el preaviso de terminación del contrato en tiempo, en todo caso, como lo dijo el colegiado, no procedería la indemnización por despido injusto que persigue la censura. "

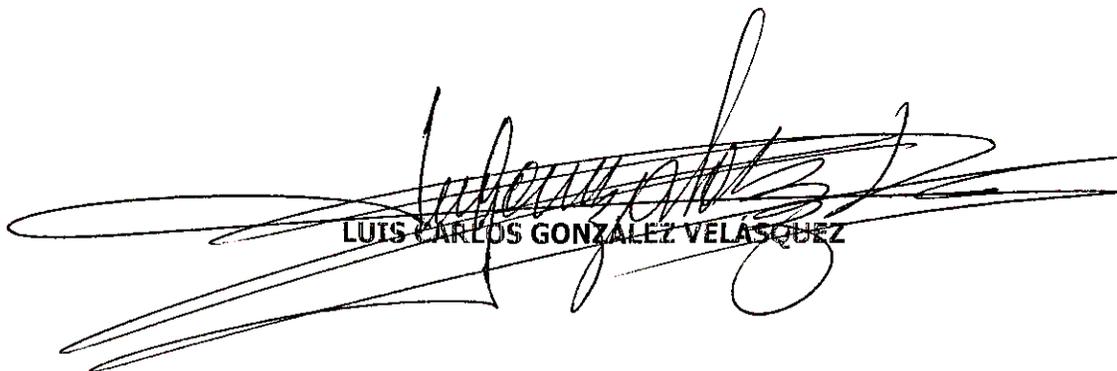
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Salva Voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARLENY BURITICA ARIZA CONTRA AGENCIA DE ADUANAS KN COLOMBIA S.A.S NIVEL 2 Rad. 2019 00432 01 Juz 08.

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De manera respetuosa, salvo voto en la decisión tomada por la Sala mayoritaria al resolver el recurso de apelación en el proceso de la referencia. Lo anterior, por cuanto si bien comparto que no resultaba procedente emitir condena al pago de la indemnización por despido sin justa causa, de que trata el artículo 64 del C.S.T., por las consideraciones expuesta en la providencia, estimo que sí resultaba procedente emitir condena al pago de la indemnización atinente a 15 días de salario, al no haber cumplido el empleador con el preaviso consagrado en el artículo 62 del CS.T.

Lo anterior, por cuanto en el supuesto fáctico de la demanda se estableció tal situación, y si bien no se especificó tal manera de indemnizar, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2083-2023, Radicación No. 96220 Del 23 de agosto de 2023, señaló:

“Esta Corte ha estimado que el juez está obligado a adecuar los hechos en la norma que más se ajuste y sea la aplicable al caso en concreto. Lo anterior porque a fin de impartir verdadera justicia material, le corresponde determinar los preceptos que gobiernan el caso en virtud del postulado iura novit curia, sin que ello en manera alguna signifique la transgresión del principio de congruencia (CSJ SL3563-2021, CSJ SL290-2020, CSJ SL632-2020, CSJ SL3209-2020, CSJ SL3649-2019 y CSJSL17741-2015).

“En tal dirección, el principio de congruencia no se limita a un simple ejercicio comparativo entre la demanda inaugural y la parte resolutive de una sentencia, pues es el resultado de un ejercicio complejo en el que al juez le compete aplicar la norma jurídica que rige el caso, conforme a los hechos demostrados, sin que las razones de derecho, invocadas por las partes, aten su decisión o limiten su competencia (CSJ SL1910-2019, reiterada en la CSJ SL2594-2021 y CSJ SL3561-2021).

Sin otro particular;

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 ALBA LEONOR VARÓN PAJOY CONTRA SODEXO S.A.S. Rad. 2019 00363 01 Juz 17.

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

ALBA LEONOR VARÓN PAJOY demandó a **SODEXO S.A.S.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 8 a 14 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

- Indemnización por despido sin justa causa.
- Indexación.
- Prestaciones Sociales y vacaciones impagas durante la vigencia de la relación laboral y las que se causen hasta 9 de noviembre de 2009.
- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- Aportes al Sistema General de Seguridad Social.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 4 a 8 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

Fue contratada por la empresa demandada para prestar servicios a su favor desde el 8 de noviembre de 2016 mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año para desempeñar el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, contrato que fue prorrogado de manera automática hasta el 9 de noviembre de 2018. El día 29 de noviembre del año 2018 la empresa demandada intento forzarla a firmar entre otros documentos, una carta en la cual le informaba la terminación del contrato a partir del 31 de diciembre de 2018. El 20 de diciembre de 2018 le fue entregado por la demandada liquidación de prestaciones sociales la cual no le reconocía ningún valor

a su favor, pues se le descontaba aportes a seguridad social y el valor de dos créditos con Fondexo y Fiducomercio, no obstante, en la misma no le liquidaba de manera completa las vacaciones, la prima de servicios y los salarios causados por los meses de noviembre y diciembre de 2018. Citó ante el Ministerio del Trabajo a la empresa demandada con el fin de celebrar audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por inasistencia de la demandada. En comunicación del 15 de enero de 2019 la empresa demandada negó el pago de acreencia alguna al considerar que se encontraba a paz y salvo por todo concepto.

Actuación Procesal

Mediante auto del 3 de julio de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada, **SODEXO S.A.S.** contestó como aparece a folios 47 a 68 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* 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 empresa demandada a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$7'485.097 por concepto de indemnización por terminación sin justa causa del contrato, lo cual ordenó pagar debidamente indexado. Llegó a tal decisión luego de establecer que las partes pactaron un contrato a término fijo inferior a un año con una duración de 352 días vigente entre 9 de noviembre de 2016 y 31 de octubre de 2017, el cual en una primera oportunidad se renovó automáticamente hasta el día 23 de octubre de 2018 y como quiera que no se informó de su no prorrogación con anticipación a su finalización, se prorrogó por otro periodo igual hasta el 16 de octubre de 2019, ante lo cual consideró que el preaviso entregado por la demandada el 29 de noviembre de 2018 era extemporáneo pues no se demostró como lo alegó la empresa demandada que se haya pactado la modificación del extremo final de la relación laboral.

Recurso de Apelación

La apoderada de la **demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia por cuanto si bien no se allegó el documento mediante el cual se modificaba el extremo final del contrato de trabajo, fue porque se traspapeló y que en todo caso la existencia de tal documento se demostró con lo manifestado por la representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte y el testigo Carlos Villaraga y así lo confesó la demandante en esa misma diligencia cuando

indicó que es de su conocimiento que el contrato finalizaba el 31 de diciembre de 2018.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica en el expediente digital.

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 procede la indemnización por despido sin justa causa pretendida por la parte actora.

Relación Laboral del Demandante

No se controvierte que entre las partes existió una relación laboral, la cual estuvo vigente entre el 9 de noviembre de 2016 y el 31 de diciembre de 2018. Así se ratifica con la certificación laboral expedida por la demandada y la liquidación de prestaciones sociales (fls. 35 y 36 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital).

Modalidad de contrato y vigencia

Tampoco se discute que el contrato suscrito inicialmente entre las partes correspondió a uno a término fijo inferior a un año, con vigencia entre el 9 de noviembre de 2016 y el 31 de octubre de 2017 pues así se corrobora con su copia obrante a folio 32 a 33 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital, el cual según la parte demandada fue modificado mediante la suscripción de una cláusula adicional suscrita el 31 de agosto de 2017, en la cual se pactaba como fecha de terminación del contrato el 31 de diciembre de 2018, ante lo cual considera que el aviso de finalización del vínculo notificado a la demandante el 29 de noviembre de 2018 se hizo de manera oportuna y no generó la prórroga automática del contrato.

Al respecto encuentra la Sala que contrario a lo manifestado por la apoderada de la empresa demandada y como bien lo consideró el Juez A quo, la demandada no demostró que en efecto suscribió de común acuerdo con Alba Leonor Varon Pajoy

una cláusula adicional u Otro si al contrato de trabajo en el cual se modificara su extremo final, ya que al proceso no se allegó tal documental ni se justificó de forma alguna la razón por la cual no se aportó. Omisión probatoria que no se subsana con lo manifestado en el interrogatorio de parte absuelto tanto por la demandante como la representante legal de la demandada, pues la demandante siempre fue tajante en negar que suscribió tal documento y por su parte la señora Rodríguez Pulido como representante legal si bien indicó que tal documento existía y que debía encontrarse dentro de la Hoja de Vida de la demandante, lo cierto es que no presenció su suscripción y en todo caso nunca se aportó dentro del debate probatorio. Así mismo tal falencia probatoria tampoco se subsanó con lo manifestado por el testigo Carlos Villaraga, pues si bien afirma que el contrato tuvo una modificación estableciendo como extremo final el 31 de diciembre de 2018, también indicó que la compañía no deja por escrito este tipo de modificación a los contratos, dejando aún más en duda la existencia de tal documental.

Por lo tanto, al no demostrarse de forma fehaciente la existencia de alguna modificación al contrato suscrito el 8 de noviembre de 2016, es claro que la empresa demandada debía honrar los extremos inicialmente pactados, los cuales se estipularon entre el 9 de noviembre de 2016 y el 31 de octubre de 2017, el cual claramente se prorrogó por el mismo lapso (352 días), esto es hasta el **23 de octubre de 2018** y como quiera que la empresa demandada le notificó a la trabajadora solo hasta el 29 de noviembre de 2018 que no prorrogaría el contrato, es la razón por la que tal preaviso fue extemporáneo, pues para evitar su prorrogación debió ser entregado antes del 23 de septiembre de 2018. Ante lo cual resulta correcto condenar a la demandada al pago de indemnización por despido sin justa, la cual según lo consagrado en el artículo 64 del C.S.T. consiste en el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato de trabajo, los cuales determinó el Juez en la suma de la suma de **\$7'485.097**, monto que al no haber sido objeto de controversia por ninguna de las partes no es susceptible de modificación.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la **confirmación** en todas sus partes de la sentencia apelada.

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

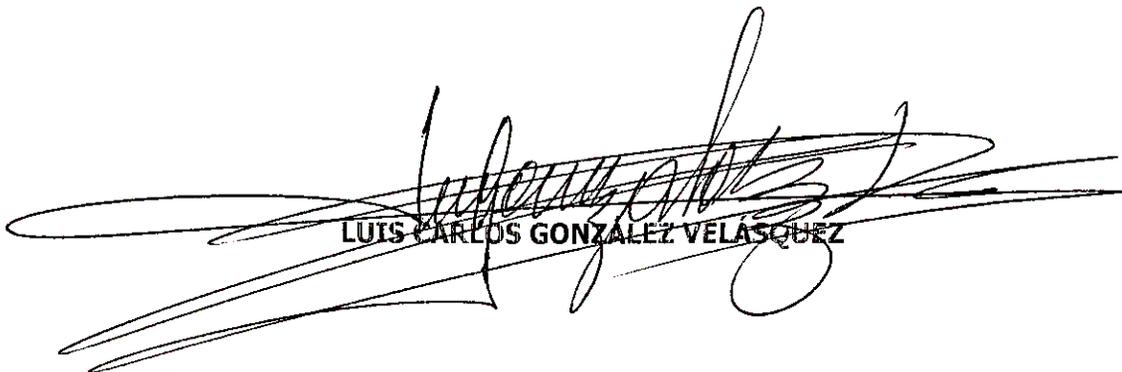
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de abril de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 OTILIA BAYONA CORTES CONTRA MARIA YAQUELINE MARÍN SÁNCHEZ Y ERIKA ALEJANDRA GODOY Rad. 2019 00467 01 Juz 23.

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

OTILIA BAYONA CORTES demandó a **MARIA YAQUELINE MARÍN SÁNCHEZ** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 52 y 53 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

- Se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido.
- Salarios adeudados.
- Horas extras y trabajo suplementario.
- Prestaciones Sociales y vacaciones.
- Sanción por no consignación de las cesantías.
- Subsidio de transporte.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- Aportes al Sistema General de Seguridad Social.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos se describen a fls. 51 y 52 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

Fue contratada por la señora Maria Yaqueline Marín Sánchez mediante contrato de trabajo verbal el 20 de junio de 2016, para prestar servicios como Administradora y Asesora Comercial de Ventas en el establecimiento de comercio denominado *Arte del Mueble* ubicado en la Carrera 79 No. 42C-36 Sur. Se pactó como remuneración

un básico de \$300.000 más un 4% por comisiones sobre las ventas, hasta cubrir un salario mínimo mensual vigente. Las labores que desempeñada las hacia atendiendo las instrucciones, horarios y funciones establecidas por la empleadora, dentro de las cuales se incluía la de abrir y cerrar las puertas del establecimiento, la cual iba desde las 9:00 AM a las 7:30 PM de lunes a sábado, con una hora de descanso y los domingos y feriados en horario de 10:00 AM a 5:00 PM. La relación contractual se mantuvo hasta el 14 de abril de 2018 cuando Maria Yaqueline Marín Sánchez decidió darla por terminada de manera unilateral. La empleadora le quedo adeudando salarios y prestaciones sociales causados durante la relación laboral. Citó a la empleadora a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, pero se declaró fracasada por la inasistencia de la demandada.

Actuación Procesal

Mediante auto del 3 de septiembre de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada **MARIA YAQUELINE MARÍN SÁNCHEZ**, quien contestó como aparece a folios 71 a 79 del archivo denominado 01ExpedienteEscaneado del expediente digital. Mediante providencia del 4 de marzo de 2020 se ordenó la vinculación de **ERIKA ALEJANDRA GODOY MARIN** como litisconsorte necesario por pasiva, quien fue notificada mediante Curador Ad Litem, al cual se le tuvo por no contestada la demanda (archivo denominado *04AutoFijaFecha* 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 DECLARAR que entre la demandante y **ERIKA ALEJANDRA GODOY MARIN**, existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 01 de febrero de 2016 y el 30 de septiembre de 2017. Como consecuencia la condenó a reconocer y pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos: \$1.325.559 por cesantías, \$134.056 por intereses sobre las cesantías, \$1.325.559 por prima de servicios, \$622.961 por vacaciones, \$1.525.260 por auxilio de transporte, \$24.590,57 diarios, a partir del 1º de octubre de 2017 y hasta el 30 de septiembre de 2019, e intereses moratorios a partir de esta fecha, hasta que se efectuó el pago de las prestaciones sociales, por concepto de indemnización moratoria. Así mismo ordeno el pago de aportes a pensión por todo el tiempo laborado, según calculo actuarial que realice el fondo de pensiones al se encuentra afiliada la demandante, teniendo como IBC el salario mínimo legal.

Llegó a tal decisión luego de establecer que con la prueba testimonial se demostró que la demandante presto sus servicios a favor de Erika Alejandra Godoy Marín, propietaria del establecimiento de comercio Arte Muebles, como vendedora de muebles que le llevaba para su venta y además era quien abría y cerraba ese local. La trabajadora fue contratada por la señora Maria Yaqueline Marín Sánchez, quien era la administradora. Las labores que desempeñó la demandante estaban encaminadas a cumplir objetivos empresariales del establecimiento de comercio en sus instalaciones, para lo cual utilizaba los elementos proporcionados por la propietaria, efectuando la venta de la mercancía conforme los valores preestablecidos, para lo cual seguía instrucciones de Maria Yaqueline y Erika Alejandra, sin que la demanda desvirtuara la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T. Extrajo los extremos de la relación laboral de lo confesado por la demandada Erika Alejandra Godoy. Consideró que procede la indemnización moratoria ya que no se demostró justificación alguna para que la demandada no pagara las prestaciones sociales.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandada Erika Alejandra Godoy Marín** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, por cuanto no se demostró una subordinación de su representada ante la demandante y según los interrogatorios de parte se deduce que lo que realmente existió fue una relación comercial, en virtud de la cual la demandante en forma autónoma, vendía muebles que le entregaba la demandada, pues no se pactó un contrato de trabajo ni un salario, sumado al hecho de que la demandante actuaba como dueña del establecimiento, pues realizaba reuniones sociales en el mismo y no siempre estaba presente, pues en ocasiones el hijo lo atendía. No procede la indemnización moratoria, pues las partes pactaron una relación comercial de la cual la demandada no le quedo adeudando ningún concepto ni tuvo la intención de sustraerse de alguna de sus obligaciones.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica en el 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 establecer si existió contrato de trabajo entre las partes y según el caso si resulta proporcional la condena que por concepto de indemnización moratoria se profirió en contra de Erika Alejandra Godoy Marín.

De la Relación Laboral

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 concurren 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 pretendida. Dentro de las pruebas practicadas se encuentran como relevantes los testimonios de Amanda Triana de Rodríguez; quien dijo conocer a la demandante porque son amigas y fueron compañeras de trabajo cuando laboraban en una

empresa de Textiles. No conoce a Erika Alejandra Godoy Marín y en ocasiones veía a Maria Yaqueline Marín Sánchez, porque de vez en cuando pasaba por el local de Otilia, donde la veía vendiendo todos los muebles que había en el almacén, el cual ella abría todos los días de 9:00 AM a 7:00 u 8:00 de la noche y ayudaba a cargar y descargar los camiones y le consta porque pasaba por el frente todos los días. El hijo de Otilia iba de vez en cuando. Cree que el local es de Yaqueline, no sabe cómo le pagaban o como se manejaban las ventas. Comenzó a trabajar en el mes de junio del año 2016 y por más o menos un año y medio. No se acuerda hasta que fecha laboró. El almacén en la actualidad le cambiaron el nombre pero sigue vendiendo muebles.

Pablo Enrique Albarracín Moreno manifestó que conoce a Erika Alejandra Godoy Marín porque le hacía trabajos de pintura electrostática, los cuales recibía Yaqueline y le llevaba algunas elementos y muebles para pintarlos. Los productos terminados se los llevaba al local que quedaba cerca de bomberos. Conoció a Otilia como amiga de Yaqueline y no la veía atendiendo el local. Las veía juntas en ese lugar, en ocasiones jugando juegos de mesa. No sabe los horarios y cree que abren todos los días después de las 10:00 de la mañana y hasta las 7 y 8 de la noche. En alguna ocasión Otilia le ofreció productos de belleza.

Por su parte Javier Andrés Cárdenas manifestó que conoce a Maria Yaqueline Marín Sánchez porque llevan un tiempo trabajando juntos y tuvieron una relación sentimental. Conoce a la demandante porque era amiga de Yaqueline y le colaboraba a Alejandra en el local de venta de muebles como vendedora, aunque no la veía todos los días en ese lugar. En ocasiones estaba el hijo atendiendo o no había nadie. El local lo abrían todos los días a las 9 o 10 de la mañana y se cerraba a las 7 o 7:30; generalmente lo abría Otilia pero en ocasiones él tuvo que ir a abrirlo o iba Alejandra. Otilia también vendía productos de belleza por revistas. Generalmente a los vendedores se les reconoce un básico más una comisión por ventas, pero no sabe a qué acuerdo llegó la demandante con las demandadas.

Finalmente Samuel Vega Gómez informó que conoce Yaqueline Marín Sánchez porque le colaboró un tiempo vendiendo productos de su propiedad, en un local propio que quedaba cerca de bomberos de Kennedy, el las vendía a cambio de una comisión que generalmente era de 4, 5 o 6%. No conoce a Alejandra, solo la veía de vez en cuando en un local que tiene cerca de bomberos. A la demandante la conoce porque le colaboraba a Alejandra de la misma manera que él le colaboraba ayudándole a vender muebles. El local lo podía abrir Otilia, Alejandra o Yaqueline y

en varias oportunidades él también lo hizo. Otilia no solo laboraba en el local pues tenía más cosas que hacer.

La demandada Maria Yaqueline Marín Sánchez rindió interrogatorio de parte; acepto que conoció a la demandante hace 10 años porque le ayudo con trabajo para su hija y luego le colaboró en un almacén que ella administra y cuya dueña es su hija Erika Alejandra Godoy Marín, sus tareas eran vender y atender el negocio. No se acuerda cuando comenzó a ayudarle pero cree que fue en marzo o abril, sin indicar el año y hasta que tuvo que cerrarlo en el mes de febrero del año siguiente. Le colaboró porque la hija de la demandante le rogó que le ayudara a su mamá, pero desde el principio ella le dijo que no podría contratarla con contrato de trabajo. Cuando la demandante atendía el local también llevaba a su hijo, el cual le ayudaba y también tenía una venta de plantas al frente de ese local. El acuerdo con la demandante era que cuando pudiera le colaborara atendiendo el local y se le pagaban unas comisiones por lo que vendiera, las cuales podían subir si tenía buenas ventas. En algunas ocasiones recibía más de un millón de pesos, pero antes de cerrar el local casi no causo ninguna comisión. A pesar de ser la administradora tenia facultad para contratar gente. Cuando acordaron que le colaboraría, no se pactó el pago de aportes a seguridad social, nadie le daba órdenes a la de la demandante, ni se le exigía un horario, si ella no iba no pasaba nada porque otra persona abría el local. La única instrucción que se le daba era el valor mínimo de la mercancía y partir de esa referencia ella podía hacer las ventas. Se le liquidaban las comisiones cada 15 o 30 días.

Del mismo modo la demandante rindió interrogatorio de parte en el cual manifestó que conoce a Maria Yaqueline Marín Sánchez porque trabajo con ella en dos oportunidades; la primera vez 4 años y la segunda desde el 20 de junio de 2016 por un año, en un local denominado Arte del Mueble ubicado en el barrio Kennedy, de propiedad de Yaqueline Marín y fue quien la contrató, le entrego las llaves, le dijo a qué horas tenía que abrir el local y era quien le pagaba y a quien le entregaba el dinero de las ventas. Tenía el cargo de Asesora Comercial, hacer los pedidos, atender los clientes, subir y bajar de los vehículos los pedidos, en jornada de domingo a sábado en un horario de 9:00 AM a 7:30 AM y domingos y festivos de 10:00 AM a 4 o 5 de la tarde. Descansaba un día cada 15 días, presto servicios hasta el 14 de abril de 2018 cuando la señora Yaqueline le dijo que no seguía, pero la razón fue porque ella la quería sacar. Le pagaba \$300.000 de básico más 4% de las comisiones por ventas. Nunca le pago prestaciones sociales ni la afilio a seguridad social, pero no le quedo adeudando salarios. Su hijo le colaboraba en el local y cuando no podía ir, iba y la reemplazaba, aunque fue en pocas ocasiones.

Con autorización de la señora Yaqueline, su hijo puso un puesto de venta de plantas al frente del local. Yaqueline le decía el precio base de los muebles y sobre ese valor podía subirlo para mejorar la comisión y así sus ingresos. Nunca tuvo que cerrar el almacén para hacer sus vueltas personales y si tenía que salir, Yaqueline le decía que le dijera a Samuel que estuviera pendiente del negocio. Samuel era el encargado del otro local también de propiedad de Yaqueline, el cual estaba ubicado al frente del local donde ella laboraba. Se afilió a seguridad social como independiente. Cuando llegaron a un acuerdo con la señora Yaqueline, ella le dijo que tenía que pagarle todo lo de ley y no como el primer contrato que tuvieron y por el cual tampoco le pago prestaciones sociales. Durante la vigencia del contrato no le reclamó a Yaqueline el pago de prestaciones sociales porque ella sabía que tenía que pagárselos.

Se recibió el interrogatorio de parte de la demandada Erika Alejandra Godoy Marín quien relato que conoció a la demandante como amiga de la familia, pero laboralmente no tuvieron ninguna relación. Tenía un local comercial y su mama le ayudaba a administrarlo. La demandante era asesora comercial, a quien se le colocaba una mercancía y se le decía el valor al cual llegaba y ella se encargaba de venderlo y se le pagaba comisión sobre lo que ella vendía y entre más costoso los vendiera más ella ganaba. La demandante hacia pedido de mercancía y su mama se la llevaba cada 15 días, nadie se daba cuenta si la demandante llegaba o no, el local a veces lo atendía su hijo o las amigas de ella. Cree que trabajo uno año y medio pero no se acuerda en qué fecha inicio. El local lo abría y lo cerraba a la hora que la demandante quería, si tenía que hacer diligencias, las podía hacer. En varias ocasiones encontró a su hijo Felipe atendiendo el local o que abría el local a las 10 u 11 de la mañana, pero no se le decía nada porque ella estaba en libertad de hacerlo pues nunca se le exigió algún horario. Los ingresos de la demandante eran de acuerdo a lo que ella vendía. Su mamá vinculo a la demandante como asesora comercial por hacerle un favor a su hija de la cual era amiga, pero le dejo claras las condiciones y que no podía contratarla formalmente. La demandante se afilio a seguridad social como independiente. El local comercial tenia mercancías valuadas entre 15 a 20 millones para la época de los hechos. Se le tenía confianza por la amistad de su madre con la hija de la demandante. Las ventas que hacia Otilia se reportaban y liquidaban cada 15 días o cada mes. El valor de la comisión dependía del valor de la venta y podía ser del 4, 5 o 6%.

Igualmente se recaudaron como pruebas documentales las copias de documentos denominados órdenes de compra, los cuales tiene el rotulo del almacén denominado *Arte Muebles* y la firma de la demandante, en estos se relacionan ventas de varios

muebles en diferentes fechas comprendidas entre el 1º de octubre y el 15 de diciembre de 2017 (fls. 14 a 47 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital).

Valoración Conjunta De Las Pruebas

Contrario a lo considerado por el Juez A quo y lo manifestado por la parte actora en la demanda, de las pruebas recaudadas y en especial la prueba testimonial, no se concluye con certeza la presencia de un contrato de trabajo entre la demandante y Erika Alejandra Godoy Marín, pues lo primero que encuentra la Sala es que no existe evidencia de la prestación de los servicios en los extremos, días y horarios señalados por la parte actora y en los cuales se basó la sentencia de primera instancia, ya que si bien se demostró que Maria Yaqueline Marín Sánchez, como administradora del local comercial Arte Muebles, había llegado a un acuerdo verbal con la demandante para que vendiera allí, muebles de propiedad de su hija Erika Alejandra Godoy Marín, para lo cual le entregaron llaves para que pudiera abrir y/o cerrarlo, lo cierto es que no hay una sola prueba de que la demandante en efecto prestara sus servicios de manera constante en un horario 9:00 AM a las 7:30 PM de lunes a sábado y los domingos y feriados de 10:00 AM a 5:00 PM., pues nótese que no se allegó planilla o relación de prestación de servicios que así lo demuestren, sumado al hecho de que la mayoría de testigos coincidieron en afirmar que la demandante no asistía al local todos los días y en las jornadas que lo hacía, no cumplía un horario fijo, sin que tal falencia se pueda subsanar con lo manifestado por la testigo Amanda Triana de Rodríguez, pues entro en contradicción cuando afirmó que visitaba a la demandante en el local solo de manera ocasional, pero que le constaba que ella lo abría y lo atendía todos los días. Tampoco se puede deducir de la copia de las órdenes de compra que al parecer hizo la demandante, pues solo corresponden a distintas fechas interrumpidas entre 1º de octubre y el 15 de diciembre de 2017.

Tampoco hay certeza de que la demandante estuviera subordinada a alguna de las demandadas, pues aunque tanto en la demanda como el interrogatorio de parte manifestó que tenía que abrir el local en ciertos días y en un horario específico, no hay ninguna prueba de la imposición de estos horarios por parte de las demandadas y menos aún que la sancionaran o llamaran la atención sino lo cumplía. Por el contrario, según lo confesó la demandante en el interrogatorio de parte y fue ratificado por los testigos, en algunas ocasiones enviaba y/o dejaba en su reemplazo a su hijo; autonomía en sus labores que también se refleja en el hecho de que abría y cerraba él local a la hora que quería.

Esta subordinación, contrario a lo considerado por el Juez A quo, no se puede presumir o concluir del hecho de que Otilia Bayona tenía que responderles a las demandadas por un valor mínimo de los muebles que vendía, ya que por el contrario, tal circunstancia lo que demuestra es que, independientemente de la informalidad el acuerdo que celebraron las partes, lo que en realidad ocurrió fue un vínculo comercial y no un contrato de trabajo.

Igualmente encuentra la Sala que no se demuestran los extremos temporales de la relación laboral y menos que sean coincidentes con los señalados en la demanda (20 de junio de 2016 al 14 de abril de 2018). Contrario lo considerado por el Juez A quo, estos extremos no se pueden deducir de lo confesado por las demandadas en el interrogatorio de parte, pues ninguna de ellas precisó los periodos en que prestó servicios la demandante; incertidumbre que incide necesariamente en la determinación del límite temporal que permita cuantificar las prestaciones que se reclaman.

De conformidad con lo anotado y valoradas las pruebas recaudadas, encuentra la Sala que estos elementos probatorios no son suficientes para declarar un contrato de trabajo. Por el contrario, se concluye que se desvirtuó la presunción del artículo 24 del C.S.T. en cuanto a que lo que existió entre las partes fue vínculo de carácter comercial, libre de subordinación y dependencia, ante lo cual la Sala se abstiene de estudiar los demás motivos de inconformidad, ya que se derivaban del contrato de trabajo que esta Sala no encontró probado.

Resultan suficientes los anteriores razonamientos para revocar la totalidad de la sentencia impugnada y como consecuencia absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS

Sin lugar a ella en esta instancia, las de primera se revocan y estarán a cargo de la parte demandante.

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: REVOCAR la sentencia proferida por Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 3 de febrero de 2022, para en su lugar **ABSOLVER** a

las demandadas **MARIA YAQUELINE MARÍN SÁNCHEZ y ERIKA ALEJANDRA GODOY** de todas las pretensiones formuladas en su contra por la demandante, de conformidad a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS. Sin lugar a ella en esta instancia, las de primera se revocan y estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 WILSON JOSUÉ HOYOS CATAÑO CONTRA TRANSPORTE ALIMENTADOR DE OCCIDENTE S.A. EN LIQUIDACIÓN – TAO S.A. Rad. 2018 00106 02 Juz 30.

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

WILSON JOSUÉ HOYOS CATAÑO demandó a **TRANSPORTE ALIMENTADOR DE OCCIDENTE S.A. EN LIQUIDACIÓN – TAO S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 156 y 157 del expediente.

- Ineficacia de la terminación del contrato de trabajo.
- Reintegro al mismo cargo o a uno de mejores condiciones.
- Salarios y prestaciones sociales dejados de devengar.
- Aportes al Sistema General de Seguridad Social.
- Indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- Indemnización por daños y perjuicios.
- Costas y agencias en derecho.
- Ultra y Extra Petita

Los hechos se describen a fls. 157 a 160 del expediente.

Ingreso a laborar para la empresa demandada el 04 de mayo de 2009 en el cargo de Operador de Bus Alimentador y devengando mensualmente la suma de \$1.065.000, no presentaba ninguna patología de columna para la fecha de ingreso. Desde el año 2010 empezó a presentar varios quebrantos de salud que a su vez le generaron incapacidades y por los cuales para el momento de presentación de la demanda recibía tratamiento. Fue diagnosticado con discopatía lumbar presentando cambios degenerativos. Por una lesión sufrida en el hombro izquierdo fue sometido a cirugía y continua en tratamiento. El 18 de noviembre de 2013 sufrió un accidente

de trabajo el cual le generó una ruptura de escafo semilunar por el cual en su momento fue incapacitado y continua en tratamiento. Presenta una ruptura de ligamentos escafolunar en la mano izquierda por la cual en su momento fue incapacitado y continua en tratamiento, además sufre problemas de hemorroides, tiroides y vértigo los cuales requieren atención médica y tratamiento. Instauro demanda en contra de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con el fin de modificar el origen de las patologías que columna que padece la cual le correspondió conocer al Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá. El 3 de abril de 2017 la demandada decidió no prorrogarle el contrato con el argumento de que se encontraba en liquidación, no obstante, esa empresa es parte del grupo empresarial EXPRESS DEL FUTURO S.A. y de una unidad de empresa que declaró el Ministerio del Trabajo mediante la Resolución No. 003303 del 8 de noviembre de 2016 junto con las empresas CONSORCIO EXPRESS S.A.S. y ESTE ES MIS BUS S.A.S. Con la decisión de desvinculación la demandada desconoció el fuero de estabilidad laboral reforzada del que goza. Si bien la empresa asegura haber solicitado autorización para su despido ante el Ministerio del Trabajo a tal trámite nunca fue vinculado y por tanto nunca pudo ejercer el derecho de defensa. Presentó acción de tutela en contra de la empresa demandada la cual le correspondió conocer al Juzgado 67 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá quien negó el amparo mediante sentencia del 8 de junio de 2017, no obstante, al ser impugnada fue revocada por el Juzgado 53 Penal de Circuito con Función de Conocimiento mediante sentencia del 1º de agosto de 2017 ordenando su reintegro.

Actuación Procesal

Mediante auto del 20 de abril de 2018 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada **TRANSPORTE ALIMENTADOR DE OCCIDENTE S.A. EN LIQUIDACIÓN – TAO S.A.**, quien contestó como aparece a folios 189 a 233 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 si bien se pudo determinar que el demandante sufría de varias patologías para el momento de la terminación del contrato de trabajo, lo cierto es que no reunía los requisitos necesarios para ser considerado poseedor de la condición de debilidad manifiesta según la jurisprudencia de la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues la pérdida de capacidad derivada de las mismas solo se determinó mediante dictamen efectuado en el año 2019 y en el cual se estableció que la pérdida de capacidad laboral del 17.10% se estructuró el 22 de julio de 2019 y por tanto mucho después de la terminación del contrato de trabajo que se dio el 03 de mayo de 2017. Agrega que en todo caso se demostró que el contrato de trabajo fue terminado por la expiración del plazo pactado en el contrato a término fijo, mediante el cual fue contratado el actor y por tanto no se trató de un acto discriminatorio hacia el demandante por su condición de salud.

Recurso de Apelación

La apoderada del **demandante** interpuso recurso de apelación alegando que contrario a lo considerado por la juez, su representado si se encontraba en un estado de debilidad manifiesta para el momento en que le fue terminado el contrato, pues a pesar de que para esa fecha no había sido calificado, es evidente que sufría de varias patologías y de las cuales era conocedora la empresa, pues eso motivo que solicitara ante el Ministerio del Trabajo autorización para despedirlo. El porcentaje de pérdida de capacidad laboral que sufre el demandante es de tal gravedad que le impide desarrollar las actividades como conductor y que por lo tanto es posible ordenar su reintegro ya que la empresa hace parte de una declaratoria de unidad de empresa con otras compañías. Agrega que jurisprudencia no exige que el trabajador este calificado para el momento de la terminación del contrato pues se deben estudiar las limitaciones que padece el trabajador aun si no están calificadas.

La apoderada **de la empresa demandada** interpuso recurso de apelación alegando que si bien se encuentra de acuerdo con las resultas del proceso, no lo está con la decisión de declarar no probada la excepción de pleito pendiente y que en caso de que se revoque la sentencia se debe estudiar esa excepción.

Consideraciones previas Recurso de Apelación demandada

Debe indicar la Sala que si bien el juzgado de primera instancia concedió el recurso de apelación a favor de la empresa demandada y el mismo fue admitido por esta Sala mediante providencia del 20 de abril de 2023, lo cierto es que analizado de nuevo el asunto sobreviene la improcedencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada y concedido por el A quo, por las razones que se pasan a exponer:

Sea lo primero indicar que como ya se advirtió el juez en sentencia dictada el día 6 de julio de 2021, negó las pretensiones del demandante y absolvió a la demandada. No obstante, en el acto de notificación de la sentencia la apoderada de Transporte Alimentador de Occidente S.A. en Liquidación – TAO S.A. interpuso recurso de apelación en contra de esa providencia a pesar de que no contaba con interés para recurrir, pues no le había sido desfavorable, por tanto, no estaba legitimada para atacarla de conformidad con el artículo 320 del C.G.P.¹ lo cual debió conducir a que no se concediera tal recurso por parte del Juez, de lo cual tampoco se percató el suscrito magistrado ponente cuando emitió el auto el 20 de abril de 2023.

Por lo tanto, como quiera que los autos ilegales no atan al juez ni a las partes, es del caso dejar sin valor ni efecto la providencia emitida por el magistrado ponente el 20 de abril de 2023 en cuanto admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Transporte Alimentador de Occidente S.A. en Liquidación – TAO S.A., no obstante como quiera que también se admitió la apelación interpuesta por la apoderada del demandante el cual si cuenta con interés para recurrir, su estudio se efectuara a continuación.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica en el 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 ineficaz la terminación del contrato celebrado entre la partes por la condición de salud del actor.

Relación Laboral del Demandante

¹ **ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

No se controvierte que entre el demandante y la empresa Transporte Alimentador de Occidente S.A. en Liquidación – TAO S.A. existió un contrato de trabajo a término fijo de seis meses que inicio el 04 de mayo de 2009 y el cual decidió finalizar la demandada de manera unilateral el 3 de mayo del año 2017, alegando la expiración del plazo pactado. Así se ratifica con la copia del contrato y carta de terminación del contrato (fls. 237 a 240 del expediente).

No obstante, debe aclarar la Sala que se tomara como fecha del finiquito de la relación laboral el 3 de mayo del año 2017 a pesar de que como consecuencia del fallo de tutela proferido por el Juzgado 53 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá el 1º de agosto de 2017 el demandante fue reintegrado a la empresa (fls. 283 a 290), pues si bien en tal decisión se tuteló transitoriamente sus derechos fundamentales, se hizo bajo el condicionamiento que dentro de los cuatro meses siguientes tenía que interponer la demanda laboral so pena de que cesaran los efectos del reintegro, incumplimiento de tal condición por parte del demandante que conllevo a que la empresa reiterara la decisión de finalizar el contrato, aplicando sus efectos de nuevo a partir del día 1º de marzo de 2018. Así se ratifica con la copia de la carta de terminación del contrato y la liquidación de prestaciones sociales (fls. 291 a 292 y 294 del expediente).

Estabilidad laboral reforzada y aplicación de la Ley 361 de 1997

Frente a la estabilidad laboral reforzada y aplicación de la Ley 361 de 1997, se debe indicar que la jurisprudencia laboral ha considerado que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato se traduce en una garantía especial que procede exclusivamente para las personas que presenten una “*minusvalía*” o “*limitación*”, superior a la moderada inclusive, con sujeción al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, más no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud². Sin embargo no se puede perder de vista, por una parte, que el mencionado artículo 7º del Decreto 2463 actualmente no se encuentra vigente, en virtud de la expedición del Decreto 1352 de 2013 y por lo mismo no podría hablarse de limitaciones en los grados allí previstos, por lo que en aquellos eventos en los que se encontraba vigente tal precepto, se debe aplicar el criterio de la jurisprudencia constitucional, según el cual esta protección especial procede para todos aquellos sujetos que presenten alguna afectación en su estado de salud, pero siempre y cuando aquel les impida,

² Sentencias de 27 ene. 2010 rad. 37514, de 30 ene. 2013 rad. 41867, SL14134, SL12110 y SL13657 de 2015 rads. 53083, 48484 y 56316, entre muchas otras más

de alguna manera, ejercer una actividad laboral en condiciones normales, es decir, sobre todos aquellos que presentan un grado de discapacidad, aunque no los coloque en situación de invalidez, o con una pérdida de capacidad laboral en los grados anteriormente referidos, **sino en un estado de debilidad manifiesta dada la afección física, sensorial o psíquica**³, interpretación que también ha sido asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se puede consultar la sentencia SL11411-2017, Radicación 67595 del 2 de agosto de 2017 con ponencia Dr. Rigoberto Echeverri Bueno⁴.

Quiere decir lo anterior que sin importar que exista previa calificación, debe aparecer acreditada la condición de debilidad manifiesta del trabajador para hacerse beneficiario de la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para lo cual se puede recurrir a cualquier medio probatorio que acredite esa condición.

Empero, tal fuero no es absoluto, ya que a pesar de que un trabajador acredite que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, esto no impide que el empleador de por terminado el contrato, si tal decisión se encuentra fundamentada en una justa causa debidamente acreditada, pues en ese caso evidentemente no se podrá presumir que la terminación del vínculo se dio como consecuencia de su estado de salud y como un acto discriminatorio, que es lo que realmente protege el artículo 26 Ibídem y por tanto el empleador no está obligado a acudir ante el Inspector del Trabajo para que se autorice el despido, pues se reitera, tal autoridad administrativa solo es competente para emitir tales permisos cuando las funciones que deba ejecutar el trabajador sean incompatibles e insuperables para ese cargo o en cualquier otro que exista dentro de la empresa empleadora. Criterio consolidado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para lo cual se puede

³ Sentencias T-307 de 2010, T-516 de 2011, T-302 de 2013, y T-420 de 2015

⁴ *“la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad. (Sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845)*

(...)

Así las cosas, no le asiste razón a la censura al sostener que para que el demandante pudiera ser objeto de especial protección a la estabilidad laboral, debía contar con un carné o certificación que lo identificara como minusválido o disminuido, pues tales documentos no tenían un carácter constitutivo de esa condición.

Igual situación se predica del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, pues, de acuerdo con lo adocinado por esta sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria. (Sentencia CSJ SL10538-2016)”

consultar la sentencia SL4632-2021 con Radicación No. 71386 del 06 de octubre de 2021, con ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA⁵.

En este asunto es claro para La Sala que si bien el actor, para el momento de la terminación del contrato (03/05/2017) padecía de varias patologías que conllevaron a que la Junta Regional de Calificación de Invalidez lo calificara con una pérdida de capacidad laboral del 17.10% con fecha de estructuración del 22 de julio de 2019 (fls. 479 a 484 del expediente) lo cual en principio lo podría ubicar en un estado de debilidad manifiesta, lo cierto es que, si el empleador prueba que finalizó el contrato por una causa objetiva, tal decisión estaría investida de legalidad, aspecto que va ser estudiado con posterioridad en la presente providencia.

Legalidad de la terminación del contrato

Al respecto la Sala debe verificar si al actor se le informó de la no prórroga de su contrato con la antelación que establece el artículo 46 del C.S.T. subrogado por el artículo 3º de la Ley 50 de 1990⁶, para lo cual nos remitimos a la misiva obrante a fl. 272 del expediente, en la que se encuentra el preaviso de no renovación de contrato y en la que se indica que el contrato que vence el 03 de mayo de 2017 no será prorrogado, carta que fue recibida por el actor el día 30 de marzo de esa anualidad; por tanto, como no se alegó ninguna inconformidad frente a la vigencia de la prórroga del citado contrato, concluye la Sala que la demandada informó de su intención de no prorrogar el contrato dentro de los 30 días anteriores como lo indica la norma antes citada, todo lo cual permite concluir que el empleador desvirtuó plenamente la presunción derivada de la aplicación del artículo 26 la Ley 361 de 1997 y demostró que la terminación del contrato no se dio en razón de su

⁵ “En ese orden, conforme al actual criterio de la Corte, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales”.

⁶ **ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO.** El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

PARAGRAFO. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea.

discapacidad sino por una causa objetiva esto es "*por expiración del plazo fijo pactado*" en el contrato de trabajo mediante el cual fue contratado el demandante, lo cual hace inviable la declaratoria de la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y todas las pretensiones derivadas de la misma.

De lo cual es pertinente indicar que desde que se celebró el contrato de trabajo se dejó claro cuál sería su duración. Por lo tanto, independientemente que tal contrato fue objeto de varias prorrogas, tal situación no desnaturaliza su duración, pues tales prorrogas se dieron en los plazos y en los términos establecidos en el artículo 46 Ibídem y nunca generaron una indeterminación que lo hiciera susceptible de convertirlo en contrato a término indefinido.

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

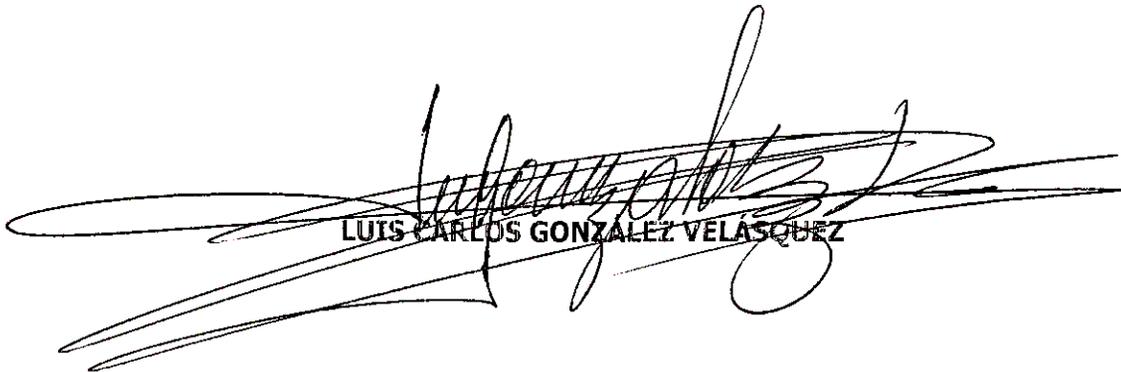
PRIMERO. - DECLÁRESE como **IMPROCEDENTE** la apelación interpuesta por la apoderada de Transporte Alimentador de Occidente S.A. en Liquidación – TAO S.A. en contra de la sentencia proferida el día 6 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - DEJAR SIN VALOR ni efecto parcialmente el auto de fecha 20 de abril de 2023, únicamente en cuanto la admisión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Transporte Alimentador de Occidente S.A. en Liquidación – TAO S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

CUARTO. - 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 VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 NIDYA CECILIA CORREA MESA CONTRA COLPENSIONES Rad. 2019 00257 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

NIDYA CECILIA CORREA MESA en nombre propio y en representación de su hijo menor **OSCAR FRANCISCO SERRATO CORREA** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 y 6 del expediente.

- Pensión de Sobrevivientes por el fallecimiento de Carlos Alirio Serrato Acero.
- Validar en la historia laboral del causante los periodos laborados entre el 1º de julio de 2015 y el 31 de agosto de 2016 con el empleador Delgado Ramírez Constructores o subsidiariamente dar aplicación a la condición más beneficiosa.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios o indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 3 a 5 del expediente.

Convivio en unión libre con Carlos Alirio Serrato Acero desde el 5 de enero de 1996 hasta su fallecimiento acaecido el 4 de agosto de 2016, fruto de esa unión nació el 6 de agosto de 2005 Oscar Francisco Serrato Correa. El señor Carlos Alirio Serrato Acero nació el 22 de abril de 1956, en vida efectuó cotizaciones tanto en el sector

público como el privado desde el 1º de noviembre de 1976 y hasta agosto de 2016, teniendo como último empleador a la empresa Delgado Ramírez Constructores la cual omitió afiliarlo en el periodo comprendido entre 1º de julio de 2015 y agosto de 2016, lo cual subsanó pagando con posterioridad los respectivos aportes. Solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la demandada la cual fue negada mediante la SUB 325475 del 17 de diciembre de 2018, con el argumento de que el causante no dejo causado el derecho y que había cotizado en toda su vida laboral 881 semanas, omitiendo el pago de la reserva actuarial del periodo comprendido entre el 1º de julio de 2015 y el 31 de agosto de 2016. El causante en todo caso había cotizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 más de 300 semanas con las cuales también acreditaría los requisitos para dejar causada la pensión de sobrevivientes de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

Actuación Procesal

Mediante auto del 4 de junio de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada **COLPENSIONES**, quien contestó como aparece a folios 126 a 136 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 condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante y su hijo Oscar Francisco Serrato Correa la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de Carlos Alirio Serrato Acero en proporción del 50% para cada uno, a partir del 4 de agosto de 2016 en cuantía de un salario mínimo legal y en 13 mesadas anuales. Así mismo profirió condena por concepto de intereses moratorios a partir del 21 de enero de 2017. Llegó a esta determinación luego de establecer resultan válidas las cotizaciones que la empresa Delgado Ramírez Constructores efectuó en el año 2017 a nombre del causante por los periodos comprendidos entre de julio de 2015 y agosto de 2016 correspondientes a 55,71 semanas, pues se demostró que en efecto presto servicios en ese periodo y en todo caso fueron recibidos por la demanda sin manifestar oposición, cotizaciones con las cuales cumple con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes. Así mismo consideró que la demandante demostró que convivió con el causante entre el 1996 y la fecha de fallecimiento. Frente a su hijo Oscar Francisco Serrato Correa consideró que procede el reconocimiento pensonal a su favor pues tenía 11 años para el momento del fallecimiento de su padre.

Recurso de Apelación

El apoderado de **la demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia ya que no se puede tener en cuenta los aportes pagados por la empresa Delgado Ramírez Constructores pues se hicieron con posterioridad a la muerte del causante y según la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema al no haberse afiliado oportunamente al trabajador y al efectuar el pago de los aportes con posterioridad a la ocurrencia de la muerte deberá el empleador asumir el pago de la prestación, ya que eventualmente estos aportes solo hubieran servido para el reconocimiento de una pensión de vejez y no la de sobrevivientes.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica en el 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 Carlos Alirio Serrato Acero dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes. 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 325475 del 17 de diciembre de 2018 (fls. 80 a 82 del expediente), donde se afirma que la demandante solicitó el 10 de octubre de esa misma anualidad el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Pensión de Sobrevivientes - Causación

Debe la Sala precisar que por la fecha del fallecimiento del causante (04/08/2016), las normas que gobernaban la sustitución pensional eran las contenidas en el artículo 46

de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que consagra lo siguientes requisitos para dejar causado el derecho;

"ARTÍCULO 46. Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)

- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento ...*

(...)

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley."

Presupuestos que no cumplió el causante, pues dentro del expediente se demostró que la última cotización válidamente efectuada corresponde a la realizada el día 2 de octubre de 2011 con el empleador DELGADO RAMÍREZ CONSTRUCTORES (fl. 90 vto), sin que resulte posible validar las cotizaciones pagadas el 22 de febrero de 2017 por la empresa DELGADO CONSTRUCTORES S.A.S. por los periodos comprendidos entre el 1º de julio del 2015 y 04 de agosto de 2016 y esto es así porque si bien en el presente asunto se allegaron varias certificaciones expedidas por esa empresa en las cuales reconoce que el causante Carlos Alirio Serrato Acero prestó servicios a su favor en ese mismo lapso (fl. 42 del expediente) tal pago no resulta valedero en aras de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, como se explicara a continuación.

Al respecto lo primero que encuentra la Sala es que tal vinculación con DELGADO CONSTRUCTORES S.A.S. (01/07/ 2015 y 04/08/2016) es distinta a la reportada en octubre de 2011, la cual según la historia laboral del causante duro únicamente dos días y por la cual se reportó debidamente la novedad de retiro (archivo denominado GRP-SCH-HL-2016_9388762-20160817113757 del expediente administrativo obrante en archivo magnético visible a folio 137 del expediente), por lo tanto esa nueva vinculación implicaba otra afiliación, la cual como fue reconocido por esa empresa nunca se efectuó de forma oportuna antes de su fallecimiento (fls. 49 a 52 del expediente).

Así mismo se encuentra que si bien la empresa DELGADO CONSTRUCTORES S.A.S. el 22 de febrero de 2017 efectuó el pago de los aportes a favor de Carlos Alirio Serrato Acero de los periodos laborados entre el 1º de julio del 2015 y 04 de agosto

de 2016 (fls. 46 y 53 a 80 del expediente), lo cierto es que al existir omisión de afiliación, la vía correcta para compensar tal omisión es mediante el pago de un cálculo actuarial debidamente autorizado y liquidado por el fondo de pensiones, pues solo con tal mecanismo se solventa en forma completa la descuido del empleador y no mediante el pago extemporáneo de aportes, como erróneamente lo hizo la empresa, calculo actuarial que valga la pena indicar a pesar de que la empresa empleadora lo solicitó en varias oportunidades, Colpensiones siempre se negó a liquidar y por lo tanto nunca se efectuó su pago (fls. 49 y 51 a 52 del expediente).

Finalmente otra razón que imposibilita dar validez a tales aportes, es que aun si su pago se hubiera realizado mediante un cálculo actuarial el mismo solo resulta valedero si se tramitó y/o pagó antes del fallecimiento del trabajador y por tanto previo a que se generara el riesgo que buscaba solventar tales aportes y esto es así porque entrándose de pensiones de sobrevivientes y/o invalidez estas tienen unas características particulares y diferentes a las pensiones de vejez, pues tienen una fecha cierta de causación, que va atada a la realización del riesgo que cubren, así mismo se erigen a partir de los principios de solidaridad, financiación y aseguramiento, diferentes a la pensión de vejez que dependen de la acumulación de una cantidad suficiente de capital o de aportes durante un tiempo preestablecido, por lo tanto las entidades de seguridad social que reconocen las pensiones de sobrevivientes y/o invalidez deben tener posibilidad de gestionar tales riesgos, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o con el trámite de convalidación de los tiempos servidos, siempre y cuando se haga con anterioridad a que se concrete el riesgo. Postura que ha sido ampliamente reiterada en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que se encuentra la sentencia SL4103-2017 de fecha 22 de marzo de 2017 con radicación No. 49.638 cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Rigoberto Echeverri Bueno¹ cuyos fundamentos fueron reiterados en la SL1740-2021 de fecha

¹ “En los dos casos, si el trabajador está debidamente afiliado, las administradoras de pensiones pueden prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para la financiación de las prestaciones, a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes (artículo 6 del Decreto 832 de 1996). Contrario sensu, si el trabajador no ha estado afiliado y no se tiene noticia de la prestación de sus servicios, ni se ha adelantado algún trámite de convalidación de tiempos, los riesgos se tornan imprevisibles para la aseguradora, imposibles de gestionar y, a la postre, de financiar, por no haberse podido conservar reservas o contratar seguros.

Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un mínimo de capital, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un aseguramiento del riesgo, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes.

Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad

28 de abril de 2021 con radicación No. 84.010 cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz.

Conforme lo anterior es claro que el presente asunto los aportes efectuados de manera extemporánea por la empresa DELGADO CONSTRUCTORES S.A.S. el 22 de febrero de 2017 no lograron subrogar en Colpensiones el pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de Carlos Alirio Serrato Acero y por el contrario lo que generaría es que estuviera a cargo del empleador el pago directo de esa prestación, no obstante, como tal empresa no fue vinculada al proceso no es posible proferir condena en su contra.

Así las cosas, al no prosperar las pretensiones principales procederá la Sala a estudiar las elevadas de manera subsidiaria, las cuales se basan en la procedencia de la pensión de sobrevivientes de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 en virtud de la aplicación más beneficiosa.

Aplicación de la condición más beneficiosa

Al respecto si se quisiera aplicar la condición más beneficiosa como también lo pretende la parte actora se tendría que estudiar bajo el gobierno del artículo 46 de la Ley 100 de 1993² sin modificación, la cual tampoco cumplió el causante, pues se

de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo.

Lo contrario equivaldría a imponer una carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social, que tendrían que asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes, por la convalidación de un tiempo mínimo e indeterminado de servicios y sin poder adoptar medidas para la gestión adecuada del riesgo, por la falta de afiliación. Así, por ejemplo, si se admitiera irrestrictamente que, ante la falta de afiliación, las administradoras de pensiones son las encargadas del pago de la pensión, se llegaría a la conclusión de que el Instituto de Seguros Sociales, como administradora del régimen de prima media, debe asumir el pago de una pensión respecto de la cual: i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través de título pensional no alcanzan para ello.

*Con arreglo a lo anterior, **para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte. Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causado el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios.***

Como corolario de lo dicho, si el empleador omiso en la afiliación no realiza el trámite de convalidación de tiempos servidos, antes de la causación del riesgo de muerte, debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, en aplicación de disposiciones como el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 y sentencias de esta Sala como la CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211. De esta orientación deben excluirse, eso sí, los casos en los que se ha realizado la afiliación del trabajador y la administradora de pensiones incumple las gestiones de cobro, que han recibido otro tratamiento en la jurisprudencia (Ver CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622, CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839, y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802). (Subrayado fuera de texto)

² “**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

reitera que no encontraba activo al momento de su muerte y no cotizó ninguna semana de manera válida dentro del año anterior a su fallecimiento, sin que sea posible estudiar el cumplimiento del Acuerdo 049 de 1990, pues en aplicación del citado principio solo es posible remitirse a la precepto antes de la norma vigente al momento del fallecimiento³.

Además, se deberá cumplir con los requisitos adicionales precisados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL4650-2017 del 25 de enero de 2017 con radicación 45.262 cuyos ponentes fueron el Dr. Fernando Castillo Cadena y Dr. Gerardo Botero Zuluaga y como el causante no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo (entre Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003 deberá cumplir los siguientes;

- "a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.***
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.***
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.***
- d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y***
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento."***

Exigencias que tampoco cumplió el causante pues no efectuó ninguna cotización entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002 y falleció con posterioridad al 29 de enero de 2006.

Todo lo cual hace innecesario estudiar si a la demandante y/o su hijo les asiste el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes, pues se reitera Carlos Alirio Serrato Acero en vida no dejó causado el derecho, por lo que no le resta otro camino a esta Sala que revocar la sentencia apelada y/o consultada, para en su lugar absolver a Colpensiones de todas las pretensiones elevadas en su contra.

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;
 - b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.
- PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley"

³ "Ello es así, porque el principio de la condición más beneficiosa opera con referencia a aquella o aquellas disposiciones, derogadas por una norma, cuando la exigencia de esta última es más gravosa que las disposiciones derogadas. En tal caso, el intérprete deberá aplicar la condición más beneficiosa contenida en la norma inmediatamente derogada. Es decir, no se trata de escrutar indefinidamente en el pasado hasta encontrar una condición que pueda ser cumplida por quien alega el mencionado principio que le beneficie"

COSTAS

Sin lugar a ella en esta instancia, las de primera se revocan y estarán a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

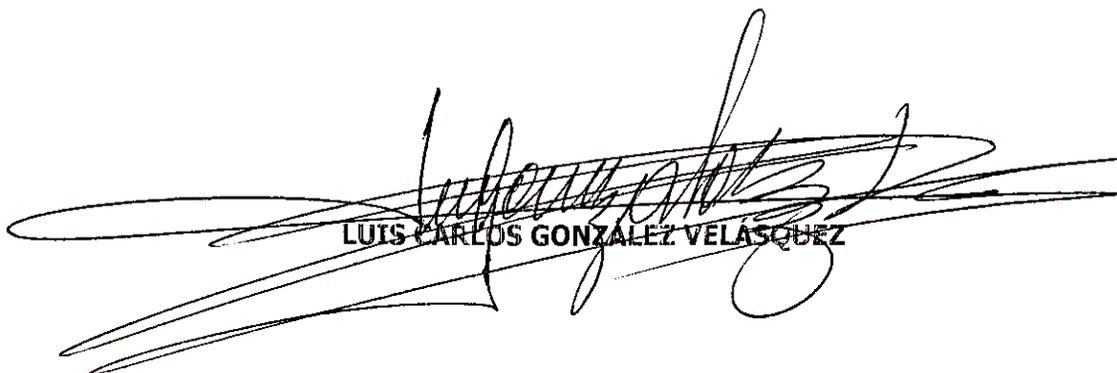
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 1º de febrero de 2022, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante, de conformidad a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS. Sin lugar a ella en esta instancia, las de primera se revocan y estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 MARTHA LUCIA LEÓN CAIPA CONTRA COLPENSIONES Rad. 2020 00409 01 Juz 38.

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

MARTHA LUCIA LEÓN CAIPA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 4 a 5 del archivo denominado *01Demanda* del expediente digital.

- Pensión de Sobrevivientes por el fallecimiento de Alfredo Enrique Domínguez Mercado.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios o indexación.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 1 a 4 del archivo denominado *01Demanda* del expediente digital.

Convivio de forma permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa con Alfredo Enrique Domínguez Mercado desde el 15 de octubre de 1989 hasta su fallecimiento acaecido el 25 de octubre de 2019, convivieron inicialmente por 15 años en la casa de los padres de la demandante la cual estaba ubicada en el barrio Santa Maria del Lago de la ciudad de Bogotá, hasta el año 2004 cuando adquirieron una casa en el barrio Bosa La Cabaña donde convivieron hasta su fallecimiento,

siempre dependió económicamente del causante y se encontraba afiliada como su beneficiaria en salud. Previo a la convivencia con la demandante Domínguez Mercado había tenido 5 hijos todos mayores de edad. El causante padecía de cáncer de colon y otras afecciones que lo llevaron a estar hospitalizado en varias ocasiones, siendo la última de estas el 16 de septiembre de 2019 cuando estuvo recluido en la Clínica Colombia y fue remitido a la Unidad de Cuidados Paliativos donde estuvo 10 días, luego de su salida una de las hijas se lo llevo a su casa y sin su consentimiento algunos de sus hermanos retiraron elementos personales del causante de la casa de la demandante, lo cual generó que no cohabitaran con posterioridad al 25 de septiembre de 2019, no obstante continuo la comunidad de vida de la pareja y siempre se mantuvieron los lazos afectivos, de apoyo y solidaridad entre ellos. El ISS mediante la Resolución No. 5653 del 28 de marzo de 2001 le había reconocido la pensión de vejez al causante a partir del 1º de abril de esa misma anualidad. Solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la demandada la cual fue negada mediante la SUB 350648 del 23 de diciembre de 2019, con el argumento de que no había acreditado la convivencia con el causante en los 5 años anteriores al fallecimiento, ya que algunos de los familiares del causante manifestaron que no habían convivido los dos últimos meses previo al fallecimiento.

Actuación Procesal

Mediante auto del 19 de marzo de 2021 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada **COLPENSIONES**, quien contestó como aparece en el archivo denominado *ContestaciónSobrevivientes* contenido dentro de la carpeta denominada *09ContestacionDemanda20210504* 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 Alfredo Enrique Domínguez Mercado, a partir del 25 de octubre de 2019, así como al pago de intereses moratorios a partir del 8 de enero de 2020, autorizando que del retroactivo respectivo se descuente los aportes a salud. Llegó a esta determinación luego de establecer que la demandante demostró que convivio con el causante por más de 29 años y hasta el momento del fallecimiento y bien no convivieron bajo el mismo techo en el último mes no se dio por voluntad del causante y en todo no se demostró que la pareja tenía la intención de separarse y por el contrario hasta antes de esa fecha eran claros los vínculos de unión y ayuda mutua entre la pareja.

Recurso de Apelación

La apoderada de **la demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia ya que conforme la investigación administrativa efectuada por esa entidad se logró determinar que la demandante demostrar no convivio con el causante durante los 5 años con anterioridad a su fallecimiento pues como lo reconoció la misma demandante ella no volvió a convivir con él después de que salió de la clínica en el año 2019.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica en el 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 Alfredo Enrique Domínguez Mercado. 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 350648 del 23 de diciembre de 2019 (fls. 8 a 12 del archivo denominado *03Anexos* del expediente digital), donde se afirma que la demandante solicitó el 8 de noviembre 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 Alfredo Enrique Domínguez Mercado por cuanto mediante Resolución No. 005653 del 28 de marzo de 2001 el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de abril de la misma anualidad y en cuantía inicial de \$286.000 (archivo denominado *GRP-HPE-EV-CC-*

3781582-2 obrante dentro de la carpeta denominada *ExpedienteCausante* contendida a su vez dentro de la carpeta denominada *10RespuestaRequerimientoJudicial20210504* del expediente digital).

Pensión de Sobrevivientes

Debe la Sala precisar que por la fecha del fallecimiento del causante (25/10/2019), las normas que gobernaban la sustitución pensional eran las contenidas en el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003¹, norma que en su artículo 47 consagra que requisitos debe acreditar quien pretenda recibir la pensión de sobrevivientes que dejó causada un afiliado². La cónyuge y/o compañera permanente 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"* a lo que se agrega que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si quien pretende recibir la pensión de sobrevivientes por la muerte de pensionado es una compañera permanente deberá acreditar una convivencia mínima de 5 años con anterioridad su fallecimiento³.

Al respecto lo primero que se debe resaltar por parte de La Sala, es que no se controvierte que Martha Lucia León Caipa convivio de manera permanente e ininterrumpida con Alfredo Enrique Domínguez Mercado desde hacía 15 años con anterioridad al fallecimiento y por lo menos hasta dos meses antes de su deceso, cuando según investigación administrativa efectuada por Colpensiones dejaron de convivir en el mismo hogar y el causante fue llevado a donde un familiar donde paso

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;

(...)

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 Sentencia SL SL2767-2022 del 27 de julio de 2022 con radicación No. 91930 MP. Dr. Gerardo Botero Zuluaga *"Conviene no olvidar, que a la luz de la disposición recién aludida, quien aspire a la pensión allí consagrada bajo la condición de compañera(o) permanente del pensionado que muere, debe demostrar la convivencia con este por un lapso no menor a 5 años continuos anteriores al deceso, tal como lo indicó el ad quem; por tanto, cualquier ejercicio en punto a verificar si la vida marital inició en 1991, como dice la censura, y se consignó en las declaraciones juramentadas; si perduró 16 años, como lo expresó el testigo David Olascoaga, o 18 años como lo aseguró la convocante del juicio en el interrogatorio, se tornaría inútil, como quiera que dicho requisito necesariamente debe verificarse en el periodo de 5 años inmediatamente anteriores a la muerte"*

sus últimos días (archivo denominado *GEN-REQ-IN-2019_15046202-20191125105439* obrante dentro de la carpeta denominada *ExpedienteCausante02* contendida a su vez dentro de la carpeta denominada *10RespuestaRequerimientoJudicial20210504* del expediente digital), pues así lo reconoció la misma demandada en la resolución Resolución SUB 350648 del 23 de diciembre de 2019 en la cual negó la pensión de sobrevivientes a la demandante (fls. 8 a 12 del archivo denominado *03Anexos* del expediente digital).

Frente a lo cual encuentra la Sala que según historia clínica del causante y la certificación expedida por la IPS "Presentes" donde estuvo hospitalizado desde el 16 al 25 de septiembre de 2019, es claro que en ese periodo la demandante estuvo acompañando Domínguez Mercado como cuidadora principal (fls. 13 a 27 del archivo denominado *03Anexos* del expediente digital) por lo tanto es claro que el único periodo en que pudieron estar separados fue el comprendido entre la fecha que salió del hospital y hasta su fallecimiento es decir un periodo de un mes, lapso que en consideración de esta Sala no sirve como indicativo de una separación definitiva, más cuando es claro que la relación existente entre esta pareja tenía vocación de permanencia, pues vivían en una casa propia la cual había sido adquirida por los dos, según se verifica en la escritura de compra venta del inmueble ubicado en Calle 59 No. 93C -46 Interior 1 Casa 27 suscrita el 1º de octubre de 2004 (fls. 32 a 53 del archivo denominado *03Anexos* del expediente digital) sumado al hecho de que la demandante obra como beneficiaria en salud del causante en la EPS Sanitas desde el 7 de noviembre de 2006 (fl. 29 del archivo denominado *03Anexos* del expediente digital), todo lo cual permite inferir que la demandante acreditó 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 previo al fallecimiento, la cual cumplió en exceso.

Prestación que como bien lo concluyó el Juez A quo deberá reconocerse en el mismo monto de la pensión de vejez que venía recibiendo Alfredo Enrique Domínguez Mercado y a partir de su fallecimiento acaecido el 25 de octubre de 2019. Lo cual conllevará a confirmar la sentencia en este aspecto.

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 solidaridad⁴.

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 1993⁵, encuentra la Sala que ante la mora en el pago de las mesadas pensionales, 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 Ruiz⁶.

Al respecto se tiene que la negativa de Colpensiones frente a la solicitud del derecho aquí pretendido se basó en la no acreditación de la convivencia de la demandante con el causante en los últimos 5 años antes del fallecimiento, la cual como ya se indicó fue acreditada con suficiencia. Por consiguiente como quiera que es claro que

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 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 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"*

Martha Lucia León Caipa es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su compañero permanente Alfredo Enrique Domínguez Mercado, prestación que solicitó el 8 de noviembre de 2019, considera La Sala que la entidad demandada tenía plazo hasta el 8 de enero de 2020 para reconocer la prestación, tal como lo indica el artículo 1º del de la Ley 717 de 2001⁷, por lo que la condena a los intereses es procedente, por cada una de las mesadas causadas y no pagadas desde el 25 de octubre de 2019 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 25 de octubre de 2019 fecha del fallecimiento de Domínguez Mercado. Y como quiera que la demandante solicitó el 8 de noviembre de 2019 el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (fls. 8 a 12 del archivo denominado *03Anexos* del expediente digital) y la demanda se presentó el 30 de octubre de 2020 (archivo denominado *05Secuencia12610* 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,

RESUELVE

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"

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de abril de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO