

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ STELLA SIERRA DE SUZ CONTRA COLPENSIONES Rad. 2019 00767 01 Juz 07.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUZ STELLA SIERRA DE SUZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 8 a 9 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital.

- Pensión de Sobrevivientes por el fallecimiento de Nayib Suz Suz conforme la condición más beneficiosa.
- Retroactivo.
- Intereses Moratorios.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 2 a 3 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital.

Convivio de forma continua con Nayib Suz Suz desde el 29 de junio de 1963 fecha en que contrajeron matrimonio hasta su fallecimiento acaecido el 1º de abril de 1995. Solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante el ISS la cual fue negada mediante la Resolución No. 05646 de 1995 con el argumento de que el causante no dejó causado el derecho conforme el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, no obstante, en la misma decisión le reconocieron la indemnización sustitutiva. En el año 2019 solicitó la corrección de la historia laboral del causante la cual a la fecha de presentación de la demanda no se había resuelto.

Actuación Procesal

Mediante auto del 5 de noviembre de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada COLPENSIONES, quien contestó como aparece a folios 36 a 47 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital.

Sentencia de Primera Instancia

Se debe aclarar que, si bien el Juzgado había puesto fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo proferida el 24 de febrero de 2021, al no ser audible el archivo correspondiente esta Sala ordenó la devolución del expediente para lo pertinente, lo cual conllevó a que el Juzgado reconstruyera la sentencia en audiencia celebrada el 30 de agosto de 2022, en la que condenó a la demandada al reconocimiento y pago a favor de la demandante de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de Nayib Suz Suz a partir del 1º de abril de 1995 en la suma inicial de \$253.530,24 en 14 mesadas al año, ordenando al pago de la suma de \$113.465.488,2 por concepto del retroactivo causado desde el 30 de octubre de 2016 hasta el 1º de agosto del 2022 debidamente indexadas al momento de su pago y autorizó que del mismo se descuente los aportes a salud y el valor de lo pagado a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes debidamente indexada. Estableciendo como mesada inicial para el 1º de septiembre del 2021 la suma de \$1.544.638,783. Así mismo condenó al pago de intereses moratorios desde el 30 de octubre de 2016 y hasta que se efectuó el pago del retroactivo. Llegó a tal conclusión luego de determinar que, si bien el causante no cumplió los requisitos para dejar causada la pensión de sobrevivientes conforme la Ley 100 de 1993 al ser beneficiario del régimen de transición y al haber efectuado 564 semanas de cotizaciones en toda su vida laboral, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 resulta posible aplicarle el Acuerdo 049 de 1990 en virtud de la condición más beneficiosa, normativa que cumple a plenitud. Señaló que prospera la excepción de prescripción pues la interrumpió tan solo con la presentación de la demanda que radicó al 30 de octubre de 2019. Consideró que proceden los intereses moratorios pues hubo mora en el reconocimiento pensional, los cuales proceden a partir de la fecha en que se declaró probada la prescripción.

Recurso de Apelación

La apoderada de **la demandante** interpuso recurso de apelación solicitando que se modifique la condena por concepto de intereses moratorios porque no son proporcionales con el valor del retroactivo. Así mismo considera que no se debe autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo, lo pagado a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes de forma indexada, pues resulta desproporcionado con todo el tiempo que tuvo que esperar para que se efectuara el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

La apoderada de la demandada **Colpensiones** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia por cuanto a la demandante ya se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes la cual es incompatible con la pensión que se le está reconociendo, así mismo es claro que el causante no cumplió los requisitos para dejar causada la pensión de sobrevivientes conforme la norma vigente para el momento de su

fallecimiento así como tampoco con los requisitos fijados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para ser beneficiario de la condición más beneficiosa pues no cumple con las semanas exigidas para su aplicación, ya que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 había cotizado tan solo 84,57 semanas.

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

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

CONSIDERACIONES

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

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución No. 005646 del 23 de octubre de 1995, donde consta que la demandante solicitó el reconocimiento de pensión de sobrevivientes el 3 de mayo de esa misma anualidad (fl. 15 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital), 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

Debe la Sala precisar que por la fecha del fallecimiento del causante (01/04/1995), las normas que gobernaban la sustitución pensional eran las contenidas en el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 sin modificación, que consagra lo siguientes requisitos para dejar causado el derecho;

"El artículo 46 de la ley 100 de 1993, (sin modificación) dice lo siguiente:

"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*
- 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. "

Presupuestos que no cumplió el causante, pues dentro del expediente se demostró que no estaba cotizando para el momento de su fallecimiento y que la última cotización la efectuó el 26 de octubre de 1992 (archivo denominado *GRP-SCH-HL-2019_14690233-20200107063909* contenido dentro de la carpeta denominada *14ExpedienteAdministrativoCausante* del expediente digital).

Ante lo cual es preciso estudiar si cumple los presupuestos para aplicarle el Acuerdo 049 de 1990 en virtud de la condición más beneficiosa como lo pretende la parte actora y lo aplicó el Juez A quo en sus consideraciones, de lo cual se debe indicar que como quiera que el causante falleció (01/04/1995) en vigencia de la Ley 100 de 1993 solo es posible retrotraernos una normativa en el tiempo, es decir solo podría acudir a lo reglamentado en el Acuerdo 049 de 1990, norma que según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resulta aplicable en virtud de este principio siempre y cuando su destinatario posea una situación jurídica concreta o expectativa legítima, que el caso de la referida norma no es más que cumpla con la densidad de semanas de cotización, dentro del plazo estrictamente exigido por la normatividad aplicable¹ y en casos como el propuesto haber cotizado 300 semanas antes del 1º de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Criterio reiterado en múltiples sentencias para lo cual se puede consultar la SL2843-2021 de fecha 23 de junio de 2021, con Radicación No. 88688 cuyo magistrado ponente fue el Dr. Fernando Castillo Cadena².

¹ **“ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN.** Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,

(...)

ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

(...)

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

² “Esta Corporación ha estimado que el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

a) Es una excepción al principio de la retrospectividad.

b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo.

c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.

d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva.

e) Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada.

f) Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

(...)

En pensiones de siniestro, como las de invalidez y sobrevivientes, no es fácil establecer qué es una situación jurídica concreta. Empero, se ha entendido por la Jurisprudencia que la situación es concreta si se cumple en estos casos con la densidad de semanas de cotización, dentro del plazo estrictamente exigido por la normatividad aplicable.

Así, por ejemplo, en el régimen de los seguros sociales obligatorios, la situación es concreta si el afiliado cotizó 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, dado que la norma exigía ese número de semanas de cotización en todo el tiempo.

Requisitos que cumple el causante, pues contrario a lo alegado por la apoderada de Colpensiones, según la historia laboral expedida por la demandada el 7 de enero de 2020 es claro que todas las semanas cotizadas las efectuó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya que había cotizado 564 semanas hasta el 26 de octubre de 1992 (archivo denominado *GRP-SCH-HL-2019_14690233-20200107063909* contenido dentro de la carpeta denominada *14ExpedienteAdministrativoCausante* del expediente digital) densidad de semanas que coincide con las contabilizadas en la Resolución No. 005646 del 23 de octubre de 1995 mediante la cual le fue negada la pensión de sobrevivientes a la demandante y en su lugar se le reconoció la indemnización sustitutiva de esa prestación (fl. 15 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital).

Así las cosas, al ser claro que el causante dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes conforme el Acuerdo 049 de 1990, es preciso resaltar que en el presente asunto no se controvierte la calidad de beneficiaria de la demandante y en todo caso se demostró con el registro civil de matrimonio que acredita que la Luz Stella Sierra De Suz tenía la condición de cónyuge del Nayib Suz Suz para el momento de su fallecimiento (fl. 13 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital) único requisito exigible para acreditar tal condición conforme el artículo 27 *Ibídem*³.

Ante lo cual se concluye que le asiste el derecho a la demandante a recibir la pensión de sobrevivientes que dejó causado su difunto esposo, que valga la pena indicar si bien resulta incompatible con la indemnización sustitutiva que recibió la demandante, contrario a lo señalado por la apoderada de Colpensiones tal hecho no la puede privar de su reconocimiento, pues es claro como ya se indicó que el causante reunía los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en los referidos términos y por tanto lo que procede

Con la vigencia de la Ley 100 de 1993, en parte puede existir una definición de situación concreta a estos efectos, dado que la norma precisa tal situación dependiendo de la cotización efectiva.

Caso concreto

Tal como se dijo arriba, el afiliado fallecido cotizó 317.71 semanas, entre el 1 de febrero de 1967 al 31 de octubre de 1978, por lo que, en los términos señalados, el citado dejó causada la pensión de sobrevivientes en virtud de la situación jurídica concreta, al haber cotizado 300 semanas en cualquier época antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, el Tribunal infringió directamente el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, al no dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, que en este caso resulta viable siguiendo la tesis plasmada en la jurisprudencia de la Sala, dado que se cumple un número superior a 300 semanas a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, lo que de contera admitía la posibilidad de aplicar el régimen inmediatamente anterior al cual ya se ha hecho referencia."

³ ARTÍCULO 27. BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, los siguientes derecho habientes:

1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

Se entiende que falta el cónyuge sobreviviente:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil y,
- d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.

2. Los hijos legítimos, naturales y adoptivos menores de 18 años, los inválidos de cualquier edad, los incapacitados por razón de sus estudios, siempre que dependan económicamente del asegurado y mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez y los estudiantes aprueben el respectivo período escolar y no cambien o inicien nueva carrera o profesión por razones distintas de salud. La invalidez será calificada por los médicos laborales del Instituto.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos, tienen derecho en forma vitalicia, los padres del asegurado, incluidos los adoptantes, que dependían económicamente del causante.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos con derecho o padres, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependían económicamente del asegurado y hasta cuando cese la invalidez.

como bien lo dispuso el juez A quo, es su compensación con el retroactivo que eventualmente le corresponda a la actora, del que valga pena indicar resulta razonable ordenar su compensación debidamente indexado pues si bien el derecho de la demandante se deprecia con el paso de los años, también lo hizo el dinero pagado por Colpensiones por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes pues estuvo en manos de la demandante durante muchos años lo cual implica también una pérdida de poder adquisitivo para la entidad pagadora. Postura que se acompaña con pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que se encuentra la sentencia SL11042-2014 de fecha 12 de agosto de 2014 con Radicación No. 56331 Magistrado Ponente Dr. Clara Cecilia Dueñas Quevedo⁴. Todo lo cual conllevará a confirmar la sentencia en este aspecto.

Liquidación de la pensión

Frente a los parámetros para liquidar la pensión debe precisar la Sala que las pensiones de sobrevivientes reconocidas en virtud del Acuerdo 049 de 1990 se liquidan recurriendo a los parámetros establecidos en la misma norma para pensión de invalidez⁵, esto es *“con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base”* con aumentos del 3% *“del mismo salario mensual de base por cada 50 semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas de cotización”*, liquidación que arroja como primera mesada pensional para el 1º de abril de 1995 la suma de **\$253.053,66**⁶, valor inferior al obtenido por el juez de primera instancia

⁴ “ Superado lo anterior, se impone recordar que conforme al criterio de esta Corporación, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, no impide la reclamación judicial de la pensión de vejez cuando el derecho pensional se había consolidado en fecha anterior a la solicitud pensional, habida cuenta que (i) la indemnización sustitutiva es una prestación subsidiaria o residual respecto de la pensión de vejez, es decir, solo procede el reconocimiento de aquella cuando la persona a pesar de tener la edad, no ha cumplido con el número mínimo de semanas y no tiene la posibilidad de seguir cotizando para el riesgo de vejez; (ii) cuando el trabajador cumple con los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, ya tiene un derecho adquirido; y (iii) el error de la administradora de pensiones que niega el derecho pensional a pesar de que el peticionario cumple con los requisitos mínimos, no puede generar beneficio alguno en su favor. Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 31 ene. 2012, rad. 36637, la Sala apuntó:

No sobra destacar que el hecho de que el Instituto demandado le hubiera reconocido y pagado equivocadamente a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no tiene incidencia alguna en frente de la constitución del derecho pensional con anterioridad a ese momento, dado que la pérdida de eficacia de las cotizaciones por vía del reconocimiento de esta clase de prerrogativas se produce siempre y cuando no se tenga el de la pensión, que es un derecho principal, pues, aparte de que éste ipso facto al cumplimiento de sus exigencias tendrá la connotación de derecho adquirido, lo cierto es que el error del administrador del sistema de riesgos no puede ser fuente de derecho alguno a su favor como para sustraerse al reconocimiento de la prestación y, obviamente, en modo alguno en desmedro del derecho pensional del cotizante o trabajador.”

⁵ I. PENSIONES DE INVALIDEZ.

1. Pensión de Invalidez Permanente Total:

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,
b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

3. Gran Invalidez:

a) Con una cuantía básica igual al cincuenta y cuatro por ciento (57%) del salario mensual de base y,
b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

⁶ Conforme liquidación efectuada por el Grupo liquidador del C.S.J.

(\$253.530,24) lo cual conllevará a modificar la sentencia en este aspecto, pensión la cual se deberá reconocer en 14 mesadas anuales ya que por su fecha de causación no se encuentra limitada por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Declaratoria de la excepción de prescripción

Frente a la excepción de prescripción, concluye la Sala de manera diáfana, que la exigibilidad de la pensión se produjo el 1º de abril de 1995 fecha del fallecimiento de Nayib Suz Suz. (fl. 11 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital) y si bien la demandante había solicitado la pensión de sobrevivientes el 3 de mayo de 1995 (fl. 15 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital) tan solo presentó la demanda el 30 de octubre de 2019 (fl. 32 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital), ante lo cual es claro que transcurrió el termino trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. y se encontrarían prescritas todas la mesadas causadas con anterioridad al 30 de octubre de 2016, fecha para la cual el valor de la mesada corresponde a la suma de **\$1.220.682,00**⁷ valor inferior al liquidado por el juez A quo (\$1.544.638,783), lo cual conllevará a modificar la sentencia en este aspecto.

Intereses Moratorios

Referente a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, previo a la imposición de tal condena es posible analizar los hechos que rodearon la tardanza⁸, 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 Ruiz⁹.

Al respecto se debe considerar que si bien para el momento la demandada expidió la Resolución No. 005646 del 23 de octubre de 1995 era justificado negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pues el causante no había dejado causada la pensión de sobrevivientes, es claro que para el momento de presentación de la demanda, no existía

⁷ Conforme liquidación efectuada por el Grupo liquidador del C.S.J.

⁸ **“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”.*

⁹ *“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”

justificación para negar la pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa conforme la jurisprudencia (acto que finalmente fue el que sirvió para interrumpir la prescripción), el cual viene consolidado desde el año 1997, así lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias¹⁰.

Por lo anterior la pensión se debió reconocer desde el 30 de octubre de 2016 (teniendo en cuenta las mesadas prescritas) y dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de la admisión de la demanda, pues recordemos que después de que le fue negado por primera vez el derecho no hay certeza de que la demandante hubiera reclamado de nuevo el derecho previo a la presentación de la demanda, notificación que se hizo el 2 de diciembre de 2019 conforme se verifica en el sistema de consulta de procesos. Por consiguiente Colpensiones tenía plazo hasta el 2 de abril de 2020 para reconocer la prestación, tal como lo indica el Inciso 3º del Parágrafo 1º del Art. 9º de la Ley 797 de 2003¹¹ y por tanto a partir de esa data proceden los intereses moratorios por las mesadas causadas y no pagadas, sanción que procederá hasta que se efectuó su pago, lo cual conllevará a modificar la sentencia en este aspecto, pues no le asiste razón ni a la parte demandante ni al Juez en los términos en que se profirió tal condena.

¹⁰ Sentencia SL680-2023 de fecha 12 de abril de 2023 con Radicación n.º 92315 Magistrado Ponente Dr. Jorge Prada Sánchez: "Además, cierto es que no se acreditaron los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para conceder la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, aflora palmario que, para el 2 de enero de 2002, cuando Protección S.A. negó la pensión de sobrevivientes a la demandante a través de la Resolución 2001-3577 (fls. 40 a 42), ya estaba consolidada una línea jurisprudencial pacífica y uniforme en torno a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, que resultó útil al Tribunal para reconocer la prestación a María Alba Ospina; por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 5 sep. 2001, rad. 15667, la Sala discurrió:

[...] el criterio jurisprudencial que se transcribe en el fallo recurrido y al que acudió el Tribunal para la solución de la controversia, expuesto en la sentencia del 13 de agosto de 1997, radicación No. 9758, para el caso de un afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida, es extensivo, como aquí ocurre, al afiliado al régimen de Ahorro individual con solidaridad.

Así se asevera porque tal criterio, además de tener sustento en el artículo 53 de la Constitución Nacional, también está fundado en los parágrafos f) y g) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, y el primeramente citado dispone: "Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio".

Por lo tanto, siendo claro que el parágrafo transcrito se refiere a los dos regímenes, es obvio también entender que las razones que expone la Corte para sostener que cumplidas las cotizaciones para el ISS que con anterioridad a la ley 100 de 1993 confieren el derecho a obtener la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida y con sujeción a lo previsto por los artículos 6º y 25 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 0758 del mismo año, son válidas y extensivas para otorgar igual derecho a un afiliado al régimen de Ahorro individual con solidaridad; máxime cuando se sabe que las cotizaciones que en este caso dan lugar al derecho a tal prestación social pasan al fondo respectivo representada en los llamados bonos pensionales, los que, al tenor del artículo 115 de la ley 100 de 1993, "constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones".

De modo, pues, que las regulaciones diferentes, que no desconoce la Sala tienen los dos regímenes que en pensiones componen el sistema general que en esa materia consagra la ley de seguridad social, no impide aplicar al del Ahorro individual con solidaridad el criterio jurisprudencial que hasta la fecha y desde sentencia del 7 de agosto de 1997 ha reiterado la Corte respecto a la pensión de sobrevivientes, en el sentido que para cuando a la fecha de entrada de vigencia la ley 100 de 1993 ya se había cotizado el mínimo de semanas que conferirían el derecho a tal prestación conforme a la normatividad que regía con anterioridad a aquélla, sus beneficiarios pueden reclamar su reconocimiento con fundamento en esa regulación.

En consecuencia, se acredita el error del juez de alzada al revocar la decisión de primer nivel que concedió los intereses moratorios. Dado que lo anterior comporta el quiebre de la decisión impugnada, se torna innecesario abordar los efectos de la notificación de la demanda para la constitución en mora del deudor, por haber salido avante la aspiración principal de la censura. "

¹¹ Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

Indexación

Al respecto se encuentra que el Juez además de conceder los intereses moratorios también accedió a ordenar el pago de las mesadas adeudadas debidamente indexadas, frente a lo cual debe indicar esta Sala que no es posible acceder a tales conceptos de manera simultánea pues son incompatibles, ya que en principio tienen la misma finalidad, esto es compensar al acreedor por la mora en el cumplimiento de una obligación, sumado a que la condena por intereses moratorios tiene incorporado un elemento inflacionario que busca reestablecer los efectos de la pérdida de poder adquisitivo del dinero, aspecto ampliamente definido por Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la SL5171-2021 de fecha 27 de octubre de 2021 con radicación No. 88450 cuyo ponente fue el Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz¹², ante lo cual se revocara la condena que por concepto de indexación profirió el A quo.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **modificarse** la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Sin costas en el recurso alzada ante su no causación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - MODIFICAR los ordinales primero (1º) al cuarto (4º) de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 24 de febrero de 2021 reconstruida en audiencia del 30 de agosto de 2022, los cuales quedaran integrados en dos numerales así: **"PRIMERO.- CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de LUZ STELLA SIERRA DE SUZ por muerte de su cónyuge Nayib Suz Suz, a partir del 30 de octubre del año 2016, en una cuantía inicial de \$1.220.682,00 mensuales, en catorce mesadas anuales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.**

¹² "En ese orden, como el demandante solicitó de manera principal los intereses moratorios y, en forma subsidiaria, la indexación, se accederá a la condena por concepto de los mentados réditos. Al efecto, conviene recordar, primero, que éstos tienen un carácter resarcitorio y no sancionatorio, de manera que su imposición no está sometida a un análisis de la conducta de la respectiva entidad de seguridad social o ente o sujeto pagador y a su posible apego a los postulados de la buena fe y, segundo, que dichos intereses son incompatibles con la indexación de mesadas pensionales insolutas, ya que los primeros involucran, en su contenido, un ingrediente revaloratorio, como con insistencia lo ha adoctrinado esta Corporación, entre muchas otras, en la sentencia SL9316-2016."

SEGUNDO. - CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** al reconocimiento y pago a favor de **LUZ STELLA SIERRA DE SUZ** de los intereses legales por las mesadas ordenadas en el numeral 1º de la presente sentencia a partir del 2 de abril de 2020 y hasta que se efectuó su pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.”

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO. - COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Sin costas en el recurso alzada ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS EDUARDO PEÑA RODRIGUEZ
CONTRA COLPENSIONES Rad. 2019 00475 01 Juz 13.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUIS EDUARDO PEÑA RODRIGUEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 34 a 35 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

- Pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo conforme el Decreto 1281 de 1994 o conforme el Decreto 2090 de 2003.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Costas y agencias en derecho.
- Facultades Ultra y Extra Petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 35 a 37 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

Nació el 4 de noviembre de 1963. Cotizó al ISS hoy Colpensiones 1.312 semanas de las cuales 1.092 fueron ejerciendo actividades de Alto Riesgo a favor de Cristalería Peldar para la cual laboró desde el 24 de mayo de 1985 y el 15 de diciembre de 2009, ante lo cual para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 había efectuado cotizaciones por más de 9 años. Ha solicitado el reconocimiento de la pensión especial de vejez en múltiples oportunidades lo cual fue siempre negado por la demandada. Según la historia ocupacional expedida por Cristalería Peldar mientras

desempeño el cargo de Ayudante General de Formación, Operador Maquinas Formación y Técnico de Formación estuvo expuesto a altas temperaturas.

Actuación Procesal

Mediante auto del 20 de agosto de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a las demandadas, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó como aparece a folios 91 a 99 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

Sentencia de Primera Instancia

Se debe aclarar que, si bien el Juzgado había puesto fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo proferida el 28 de febrero de 2020, al no ser audible la sentencia correspondiente esta Sala ordenó la devolución del expediente para lo pertinente, lo cual conllevó a que el Juzgado reconstruyera la sentencia en audiencia celebrada el 15 de julio de 2022, en la que condenó a la demandada al reconocimiento y pago a favor del demandante de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo a partir del 4 de noviembre de 2018 en la suma inicial de \$3.044.8973,93. Llegó a tal conclusión luego de determinar que con las certificaciones expedidas por Cristalería Peldar acredita 1.101 semanas de cotizaciones ejerciendo actividades de alto riesgo y 1.311.71 semanas en toda la vida laboral, con las cuales si bien no cumple con los requisitos para que le sea aplicado el Decreto 1281 de 1994 si acredita los requisitos establecidos en el Decreto 2090 de 2003, los que cumplió el 4 de noviembre de 2018 cuando alcanzó los 55 años de edad, liquidando la mesada inicial teniendo en cuenta los aportes de últimos 10 años con la cuales obtiene un IBL de \$4.684.429.12 al cual aplicó una tasa de reemplazo del 65%.

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

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 04AlegatosDte.pdf del expediente.

CONSIDERACIONES

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución DPE 4901 del 20 de junio de 2019, donde consta que la demandante solicitó el reconocimiento de pensión especial por actividad de alto riesgo (fls. 9 a 22 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital), por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Vínculo Laboral y exposición a riesgos

No se discute que el actor prestó sus servicios a Cristalería Peldar S.A, desde el 27 de septiembre de 1985 hasta el 15 de febrero de 2009, ejerciendo los cargos de *labores varias, ayudante general de formación, operador maquinas formación y técnico en formación*; así se corrobora con las documentales aportadas al proceso a folios 29 a 34 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

El empleador certifica que en los cargos desempeñados ejerció las siguientes funciones (fls. 23 a 28 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital):

CARGO	FUNCIONES
LABORES VARIAS	<i>"Responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales. Como su nombre lo indica, ejecuta labores varias que deben realizarse en cualesquiera de las dependencias de la planta; es un colaborador y ayudante de otras personas en toda clase de trabajos que le sean asignados."</i> Labor desempeñada con las manos.
AYUDANTE GENERAL DE FORMACIÓN	<i>"Ayudar al operador de máquinas en la correcta operación y funcionamiento de las máquinas formadoras, hacer escobillones y mantener abastecidos los carros de grasa para la lubricación de moldes y premoldes, derretir caucho para controlar grietas, ayudar en el cambio de agujas, moldes, premoldes, tubos, anillos y cambios de referencia en general, así como el cambio de equipo variable, lavar y soplar máquinas, colaborar en la sacada de casco de los sótanos, aprovisionar al Departamento</i>

		<i>de materiales y suministros". Labor desempeñada con las manos.</i>
OPERADOR MAQUINAS FORMACIÓN		<i>"Responsable por la correcta y eficiente operación de máquinas de formación, de tal manera que la producción satisfaga los estándares y especificaciones requeridos y manteniendo altos índices de eficiencia y calidad." Labor desempeñada con las manos.</i>
TECNICO FORMACIÓN	DE	<i>"bajo la dirección del Supervisor de Turno de Formación, es responsable por la supervisión directa de un determinado número de máquinas en un turno de producción en el Departamento de Formación, asiste al supervisor en el entrenamiento de nuevos trabajadores en las funciones especializadas del área, supervisa la producción de las máquinas de formación y responde por el mantenimiento de los estándares de producción en cuanto a cantidad, calidad y eficiencia de operación, inspecciona las operaciones de formación para observar y descubrir problemas de la operación, colabora en los cambios de referencia". Labor desempeñada con las manos.</i>

Igualmente obra comunicación de fecha 17 diciembre de 2015 suscrita por Cristalería Peldar y dirigida al demandante donde le indica que, según los estudios efectuados por Sura, los cargos desempeñados por este y que fueron catalogados con exposición a altas temperaturas son los discriminados en certificación adjunta, la cual al ser verificada corresponde al periodo comprendido entre el 22 de julio de 1988 y el 15 de diciembre de 2009 (fls. 1 y 6 del archivo denominado *GAF-CER-HO-2018_14174044-20181108092000* obrante en la carpeta denominada *ExpedienteAdministrativo* del archivo denominado *02CDFolio59* del expediente digital).

Finalmente se encuentra documento denominado *"INFORME DEL ESTUDIO DE EXPOSICIÓN OCUPACIONAL AL RUIDO Y AL CALOR EN LAS ZONAS DE QUEBRADO DE VIDRIO, DE VIDRIO PLANO Y ENVASES DE PELDAR"* elaborado por el Instituto Nacional de Salud y en el cual se concluye entre otras cosas, lo siguiente:

- *"Las condiciones de ruido y calor a que están sometidos los trabajadores de esta zona, aunque están por debajo de los límites permisibles, no dejan de constituir en forma aunada un riesgo potencial para la salud que debe tenerse en cuenta dentro del programa de higiene y seguridad industrial".*

- *El nivel de exposición a calor en la sección de formación envases y cristalería está por encima del nivel máximo permisible (los selectores no están expuestos al calor). Las temperaturas aumentan al aumentar la superficie del envase que está produciendo, pues el envase una vez formado tiene una alta temperatura y emite calor en función directa a su superficie.*
- *Para limpieza y evitar agrietamiento del vidrio continuamente los trabajadores deben aplicar a los premoldes y moldes una mezcla de grasa, aceite y caucho líquido. Con las altas temperaturas esta mezcla se evapora y el trabajador recibe estos vapores causado irritación en los ojos y posibles daños al aparato respiratorio dadas las características químicas de los compuestos aplicados.*
- *Las condiciones extremas de ruido y temperatura a que están sometidos los trabajadores de esta zona, especialmente los de formación, hace que dicha zona sea crítica para la salud de los que allí laboran.” (archivo denominado GEN-ANX-CI-2019_2814408-20190301010249 obrante en la carpeta denominada ExpedienteAdministrativo del archivo denominado 02CDFolio59 del expediente digital).*

Así las cosas, con las pruebas reseñadas se puede concluir que efectivamente en los cargos ejercidos por el demandante al interior de Cristalería Peldar S.A, en ejercicio de sus funciones de *labores varias, ayudante general de formación, operador maquinas formación y técnico en formación*, según la naturaleza misma de las funciones descritas por la empresa, estaba expuesto a altas temperaturas, lo que conduce a concluir que durante parte de la relación laboral, desarrolló actividades de alto riesgo para su salud, cumpliendo así el actor con los requisitos consagrados en el artículo 2º del Decreto 2090 de 2003, norma que considera como actividades de alto riesgo, entre otras, los trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas por encima de los valores límites permisibles.

Cotizaciones Especiales

Al respecto debe indicar la Sala que la falta de cotizaciones especiales no impiden que el demandante adquiera su derecho pensional, ya que el trabajador no debe correr con las consecuencias adversas del incumplimiento del empleador, si se ha demostrado que efectivamente desempeñó esa clase de labores especiales, aspecto decantado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en diversos fallos, entre los que se puede consultar el de 21 de agosto de 2013, radicación 44996¹, Magistrado

¹ “Finalmente y dejando de lado lo anterior, huelga precisar que los artículos 4º y 5º del Decreto 1281 de 1994 -que fue derogado por el Decreto 2090 de 2003-, prescriben que para acceder a la pensión especial de vejez por actividades que impliquen alto riesgo para la salud del trabajador, resulta menester cotizar en forma especial, es decir, con un porcentaje adicional de 6 puntos, que están a cargo del empleador.

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado el alcance de estos preceptos, en el sentido de que si está demostrado en el proceso que la actividad cumplida por el trabajador corresponde a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, no puede ser el afiliado quien corra con las

Ponente Dr. Jorge Mauricio Burgos Díaz y la SL4616-2016 con radicación 47244 de 13 de abril de 2016, con ponencia del mismo magistrado². Téngase en cuenta también las facultades de recobro que regula el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

En conclusión, se itera, que de todo el tiempo laborado por el actor al servicio de Cristalería Peldar S.A. (27 de septiembre de 1985 hasta el 15 de febrero de 2009), desde el 22 de julio de 1988 y el 15 de diciembre de 2009, se debe entender cotizado en actividades de alto riesgo, equivalente a 1.101 semanas especiales, a pesar de que como lo reconoce la misma empresa empleadora efectuó cotizaciones especiales solo a partir del 1° de enero de 1995 (fl. 6 del archivo denominado *GAF-CER-HO-2018_14174044-20181108092000* obrante en la carpeta denominada *ExpedienteAdministrativo* del archivo denominado *02CDFolio59* del expediente digital).

Tiempo de cotizaciones y norma aplicable

Sea lo primero recordar que si bien el actor petición que la pensión de vejez especial le fuera reconocido conforme el Decreto 1281 de 1994, el juez concluyó que no era posible su aplicación y por tanto que la norma a aplicar sería el Decreto 2090 de 2003 y como quiera que en la presente sentencia se están conociendo las condenas en contra de Colpensiones en el grado jurisdiccional de consulta, se estudiarán las mismas bajo tal normativa que en su artículo 5° *Ibidem*³ consagra los requisitos para obtener esta pensión especial, los cuales verificarse en efecto son cumplidos por el actor ya que cumplió los 55 años de edad el 4 de noviembre de año 2018 y había cotizado 1.312 hasta el 30 de noviembre de 2010 fecha de la última cotización (fls. 50 y 59 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital).

consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez.

Lo anterior, sin perjuicio de que la administradora pueda reclamarle al empleador que no satisfizo la obligación del aporte especial, el cubrimiento de ese faltante en los términos que prevea la ley, o que el juez lo imponga por tratarse de una obligación legal. Pero esto será un asunto distinto, que no puede perjudicar el derecho irrenunciable que tiene el trabajador a la cobertura de la seguridad social, máxime que por la clase de labor ejercida implicó para él un sacrificio adicional en desgaste físico y mengua de su salud"

² *"Pero de todas maneras, así se dejaron de lado las impropiedades técnicas, no le asiste razón al recurrente porque la jurisprudencia de la Corte ha acogido el criterio orientado a habilitar los aportes en el caso de actividades de alto riesgo así no se haya cotizado el porcentaje adicional previsto en los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003 que derogó el anterior, porque no es el trabajador quien deba correr con las consecuencias adversas del incumplimiento del empleador, si se ha demostrado que efectivamente desempeñó esa clase de labores especiales, sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan a aquél frente a la seguridad social por la inobservancia de sus obligaciones. En sentencia CSJ SL398-2013, precisó la Corporación"*

³ **ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ.** La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.
 2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.
- La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Ante lo cual se concluye que le asiste el derecho al actor al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo a partir del 4 de noviembre de 2018, fecha en que cumplió los 55 años de edad y había acreditado más de las 1300 semanas exigidas por la Ley 797 de 2003, sin que tenga derecho a disminuir tal edad puesto que solo cotizo 12 semanas en exceso de las exigidas por la norma *Ibídem*.

Liquidación pensión

De conformidad con el artículo 7° del Decreto 2090 de 2003⁴, se concluye que la pensión se debe liquidar conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, no obstante, como el Juez llegó a la conclusión de que se debía liquidar la pensión teniendo en cuenta los aportes los últimos 10 años y la parte actora no apeló este aspecto y como quiera que se están consultando las condenas en contra de Colpensiones, la Sala verificara la liquidación bajo los mismos parámetros, donde se obtiene como primera mesada la suma de **\$3.033.179,81**⁵ la cual se obtuvo de aplicarle a un IBL de \$4.861.765,91 una tasa de reemplazo del 62.39%, cifra inferior a la reconocida en primera instancia (\$3.044.878.93), lo cual conllevará a modificar la sentencia.

La pensión se reconocerá en trece mesadas al año, puesto que es superior a tres salarios mínimos y se causó con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y por lo tanto no se cumple con los presupuestos del inciso 8, párrafo transitorio No 6⁶ *ibídem*.

Descuento aportes a salud

Sea pertinente 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

⁴ **ARTÍCULO 7o. NORMAS APLICABLES.** En lo no previsto para las pensiones especiales por el presente decreto, se aplican las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios.

⁵ Liquidación hecha con apoyo del grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, la cual se anexa a las diligencias.

⁶ "...Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento (...)

Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año..."

público esencial de Seguridad Social consagrados en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad⁷.

Ante lo cual se autorizará a Colpensiones para que se descuenten los aportes a salud sobre el retroactivo que le corresponda al demandante, lo cual se dispondrá en la parte resolutive de la sentencia ya que el Juez omitió referirse al respecto.

Excepción de Prescripción

Frente a la excepción de prescripción, concluye la Sala, que la exigibilidad de la pensión se produjo el 4 de noviembre de 2018, fecha en que cumplió todos los requisitos para obtener la pensión de vejez y si bien previo a esa fecha había elevado múltiples reclamaciones, lo cierto es que la demanda se presentó el 9 de julio de 2019 (fl. 74 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital) es evidente que no alcanzó a transcurrir el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. y no estarían prescritas las mesadas pensionales a cargo de Colpensiones.

Bajo los anteriores razonamientos se modificará la sentencia consultada.

COSTAS

Sin lugar a ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - MODIFICAR el ordinal primero (1º) de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 28 de febrero de 2020 reconstruida en audiencia del 15 de julio de 2022, el

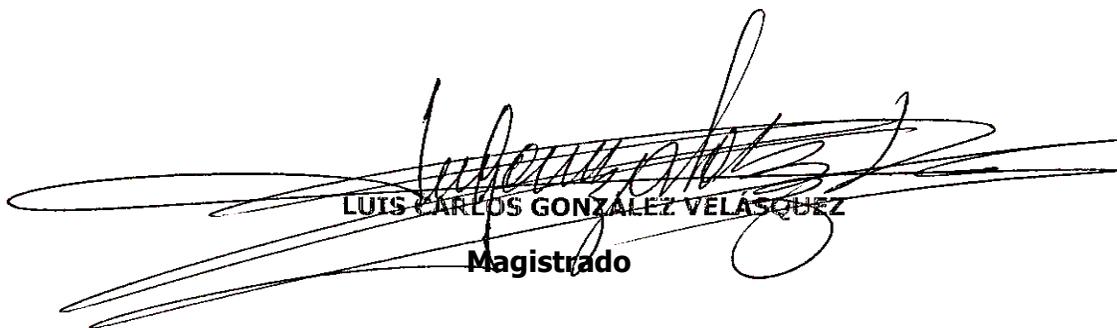
⁷ . Este raciocinio ha sido adoctrinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la SL776-2013 con Radicación No. 54.520 del 6 de noviembre de 2013, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Rigoberto Echeverry Bueno ".....Es lógico pensar 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".

cual quedara así: "**PRIMERO.- CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo a favor de **LUIS EDUARDO PEÑA RODRIGUEZ**, a partir del 4 de noviembre del año 2018, en una cuantía inicial de **\$3.033.179,81** mensuales, en trece mesadas anuales y del retroactivo que tenga derecho se autoriza descontar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud que correspondan, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído."

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

TERCERO. - COSTAS: Sin lugar a ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS EDUARDO NIETO FORERO
CONTRA COLPENSIONES Y FONPRECON Rad. 2021 00139 01 Juz 23.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio 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

CARLOS EDUARDO NIETO FORERO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y al **FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 2 a 4 del archivo denominado *DEMANDA_5_3_2021_15_58_53* del archivo magnético obrante a folio 19 del expediente.

- Pensión de vejez a cargo de Colpensiones conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.
- O la reliquidación de la pensión de jubilación a cargo de Fonprecon o reembolsar al actor los aportes cotizados en régimen de prima media.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Costas y agencias en derecho.
- Facultades Ultra y Extra Petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 6 del archivo denominado *DEMANDA_5_3_2021_15_58_53* del archivo magnético obrante a folio 19 del expediente.

Fonprecon le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución No. 1684 del 31 de diciembre de 2008 de conformidad con el Decreto 2837 de 1986. Junto con los aportes efectuados a Fonprecon simultáneamente realizó aportes a pensión con destino a Colpensiones reuniendo más de 1.300 semanas cotizadas,

correspondientes al tiempo laborado con diferentes universidades del país desde el 1° de enero de 1982 hasta la fecha de presentación de la demanda. Los aportes efectuados por sus empleadores desde enero de 1995 hasta mayo de 2008 fueron trasladados el 27 de marzo de dos mil 2012 de Colpensiones a Fonprecon, no obstante, el monto de la mesada pensional no fue reajustado. Solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez o la devolución de aportes, lo cual le fue negado con el argumento que los aportes realizados desde marzo del año 2012 hasta la fecha iban a ser enviados a Fonprecon. Del mismo modo el 28 de julio de 2020 solicitó ante Fonprecon la reliquidación de la pensión la cual le fue negada con el argumento que si liquida la mesada con los nuevos aportes se obtiene una mesada inferior a la que le está reconociendo, decisión que al ser recurrida fue confirmada.

Actuación Procesal

Mediante auto del 13 de julio de 2021 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a las demandadas, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó como aparece en el archivo denominado *2021-139-CONTESTACIÓN* contenido dentro de la carpeta denominada *11-CONTESTACIÓN_DEMANDA._RAD_11001310502320210013900._PROCESO_ORDI NARIO* obrante en el archivo magnético visible a folio 19 del expediente y **FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA** contestó como aparece en el archivo denominado *NIETO FORERO CARLOS EDO CONT DDA JUZ 23 LAB* contenido dentro de la carpeta denominada *10-Contestación_demanda_Fonprecon.zip* obrante en el archivo magnético visible a folio 19 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 el actor efectuó cotizaciones distintas a las que tuvo en cuenta Fonprecon para reconocerle la pensión de jubilación y con las mismas reuniría los requisitos para el reconocimiento de una pensión de vejez conforme la Ley 797 de 2003 lo cierto es que por haberse efectuado el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte de Fonprecon con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es posible reconocer una nueva prestación pues son incompatibles, para lo cual cita como sustento la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

Consideraciones previas Excepción de Falta de Jurisdicción y Competencia

Debe indicar la Sala que, que el juzgado de primera instancia en la etapa respectiva declaró probada la excepción previa de Falta de Jurisdicción y Competencia propuesta por la demandada Fonprecon al considerar que todas las declaraciones y pretensiones elevadas en su contra debía ser tramitadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y como consecuencia dispuso que el litigio continuaría únicamente frente a las pretensiones principales, la cuales van dirigidas únicamente en contra de Colpensiones y tienen por finalidad el reconocimiento de la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al cual también se limitará esta Sala al estudiar el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del actor.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 27 a 35 del expediente.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de documental de fecha 26 de febrero de 2021 obrante en el archivo denominado *PRUEBA_5_3_2021_16_01_33* contenido dentro de la carpeta denominada *4- PRUEBAS* obrante en el archivo magnético visible a folio 19 del expediente, mediante el cual el demandante solicita el reconocimiento de pensión conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante por cuanto mediante la Resolución 1684 del 31 de diciembre de 2008 Fonprecon le reconoció la pensión de jubilación a partir del 10 de junio de 2008, en cuantía inicial de \$2.573.605,60 con base en el Decreto 2837 de 1986 y para liquidarla tuvo en cuenta un IBL de \$3.431.474,13 al cual aplicó una tasa de reemplazo del 75%, teniendo en

cuenta 31 años, 7 meses y 7 días de servicios prestados con diferentes entidades públicas entre el 1° de julio de 1972 y el 31 de enero de 2006 (obrante en el archivo denominado *PRUEBA_5_3_2021_16_03_13* contenido dentro de la carpeta denominada *4- PRUEBAS* obrante en el archivo magnético visible a folio 19 del expediente).

Procedencia de la pensión de la vejez y Compatibilidad con la de jubilación que reconoció Fonprecon

Pretende la parte actora que se le reconozca la pensión de vejez consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a pesar de que Fonprecon desde el 10 de junio de 2008 le reconoció la pensión de jubilación conforme el Decreto 2837 de 1986.

Al respecto frente a la compatibilidad pensional ha de tenerse en cuenta que para calificar una pensión como compatible, se deben cumplir los siguientes supuestos:

- Que el reconocimiento del derecho pensional sea de origen extralegal (pensión voluntaria, contractual, convencional, o pacto).
- Que la pensión de aquella naturaleza haya sido reconocida antes de la vigencia del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de 1985, esto es, antes del 17 de octubre de 1985;
- Que haya un reconocimiento pensional posterior de vejez por el I.S.S. hoy Colpensiones, y
- Que la pensión extralegal, se haya reconocido sin someterse a ser compartida con la de vejez otorgada por el I.S.S., criterio ampliamente reiterado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹.

Así mismo frente a la compatibilidad de pensiones de carácter legal, esa misma alta Corte ha establecido de forma reiterada que solo resulta posible su conquista si los recursos que las costean tienen distinto origen o financiación y si alguna de tales

¹ Sentencia del 1° de abril del 2008, Radicación 31967 MP. Dr. Eduardo López Villegas en la cual se señaló: *"Así las cosas, resulta claro que el Instituto de Seguros Sociales tan sólo comparte las pensiones extralegales cuando se causan con posterioridad a la vigencia del Decreto 2879 de 1985, es decir del 17 de octubre de ese año en adelante, si el empleador continúa aportando al Instituto para el seguro de vejez, invalidez y muerte, a menos que sean las mismas partes quienes acuerden que la pensión voluntaria patronal sea concurrente con la de vejez del I.S.S.*

"En consecuencia, no se puede ignorar ni recortar el texto de esta preceptiva, desconociendo lo prescrito claramente por ella o reduciendo el asunto a una simple continuidad de cotizaciones patronales, porque lo que fluye de su diáfana redacción es que la compatibilidad sólo opera respecto de las pensiones voluntarias causadas desde la vigencia del precepto hacia el futuro porque, además, sólo así se respetan los derechos adquiridos. Y si la compatibilidad surge únicamente para ese tipo de pensiones - salvo acuerdo expreso en contrario -, es lógico que la dicha consecuencia no puede aplicarse de idéntica manera a las causadas con antelación a la entrada en vigor de la norma, so pena de transgredir no solamente ésta sino también el principio lógico que enseña que la expresa inclusión de una hipótesis supone la exclusión de las demás"

prestaciones fue causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para lo cual se puede consultar entre otras la sentencia la SL3083-2022 de fecha 15 de junio de 2022, con Radicación No. 88337 cuyo magistrado ponente fue el Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez².

Claro lo anterior se debe indicar que no se controvierte que el demandante para el momento de la presentación de la demanda había efectuado cotizaciones con destino a Colpensiones en una densidad superior a las 1.300 semanas, efectuadas con empleadores privados y distintos a los servicios por los cuales Fonprecon le reconoció la pensión de jubilación (obrante en el archivo denominado *PRUEBA_5_3_2021_16_02_15* contenido dentro de la carpeta denominada *4-PRUEBAS* obrante en el archivo magnético visible a folio 19 del expediente), así mismo que para la fecha de presentación de la demanda ya tenía cumplidos más de 67 años de edad, por lo tanto si bien se podría concluir que en efecto el demandante cumple con los presupuestos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, lo cierto es que tanto esta prestación como la reconocida por Fonprecon se causaron en vigencia de la Ley 100 de 1993, por tanto resultan incompatibles y como quiera que la parte actora no desiste y/o renuncia a la primera de estas prestaciones, no resulta posible acceder al reconocimiento de la pensión de vejez de carácter legal aquí pretendida.

Son suficientes las anteriores razones para confirmar la sentencia consultada.

² *"Pues bien, la jurisprudencia de esta Sala ha resaltado que, por regla general, en vigencia de la Ley 100 de 1993 opera la incompatibilidad entre pensiones que amparen igual contingencia, toda vez que el sistema general de pensiones se cimienta sobre los principios de universalidad, solidaridad y unidad, cuya aplicación efectiva impide que un afiliado perciba más de dos prestaciones por un mismo riesgo.*

Lo anterior, máxime cuando el párrafo 1.º del artículo 33 ibidem posibilita la acumulación de cotizaciones, con independencia de su procedencia, en aras de incrementar el valor de la base de liquidación de la prestación pensional.

Ahora, en cuanto a la pensión de jubilación que regula la Ley 33 de 1985, cuyos requisitos de causación son 55 años de edad y 20 años de servicios al sector oficial, esta Corporación ha indicado que puede ser compatible con la de vejez por servicios prestados a particulares y cotizados al ISS, hoy Colpensiones, siempre que una de ellas se cause previamente a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, o cuando se trate de una prestación reconocida directamente por una caja de previsión en la que claramente existe una diferenciación en las fuentes de financiamiento entre una y otra prestación.

Precisamente, en sentencia CSJ SL536-2018, reiterada en providencias CSJ SL712-2018, CSJ SL5228-2018, CSJ SL5068-2019 y recientemente en la CSJ SL3725-2021, esta Sala consideró:

(...) en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable (resaltado fuera del texto original).

Conforme el criterio jurisprudencial expuesto, se concluye que el Tribunal incurrió en el desacierto jurídico que le endilga la censura, toda vez que la pensión de jubilación reconocida bajo la Ley 33 de 1985 no es compatible con la de vejez que ahora reclama bajo los criterios del Acuerdo 049 de 1990, en la medida que ninguna de las dos prestaciones se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993."

COSTAS

Sin lugar a ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

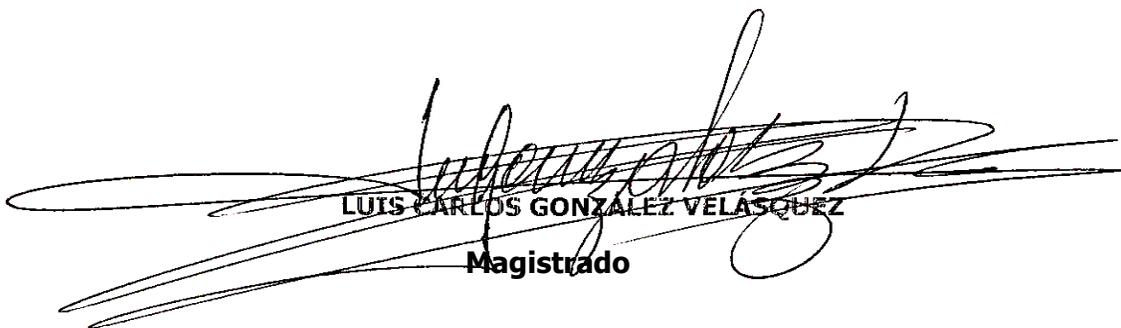
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá del 14 de diciembre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS. Sin lugar a ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BLANCA SOFIA RUIZ MORENO CONTRA NURY ROSA URZULA REINA Rad. 2019 00282 01 Juz 27.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio 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

BLANCA SOFIA RUIZ MORENO demandó a **NURY ROSA URZULA REINA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 10 a 12 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital.

- Se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 30 de junio de 2010 y el 4 de mayo de 2016.
- Prestaciones Sociales y vacaciones.
- Sanción por no consignación de las cesantías.
- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Indexación.

Los hechos se describen a fls. 4 a 10 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital.

Fue contratada por la demandada mediante contrato de trabajo verbal para prestar servicios a su favor desde el 30 de junio de 2010 en el restaurante de su propiedad denominado Pescados y Mariscos, el cual a partir del año 2011 paso a llamarse La Mariscada ubicado en la Carrera 56B Bis A No. 67A-72 barrio Modelo Norte. Inicialmente fue contratada para desempeñar el cargo de Jefe de Cocina con una remuneración de \$30.000 y a partir del 1º de julio de 2011 comenzó a reemplazar al Chef con una remuneración de \$40.000 el cual le fue incrementado anualmente cada 1º de marzo, devengando como último salario la suma de \$45.000 los cuales se pagaban semanalmente en efectivo. Prestaba sus servicios en el horario de 8:00 AM a 5:00 PM de domingo a domingo con un día de descanso a la semana. El restaurante estuvo cerrado durante los meses de noviembre de 2010 a febrero de 2011, periodo en el cual descansó sin ninguna remuneración. El 22 de agosto de 2015 sufrió un

accidente que le generó una incapacidad de mes y medio, no obstante, como la demandada nunca la afilió a ninguna entidad del sistema general de seguridad social no recibió pago por incapacidad, en su lugar la demandada le pago \$600.000 en ese periodo. La demandada emitió una certificación el 11 de mayo de 2016 donde reconoció que le presto servicios a su favor, pero manifestó que se hicieron mediante un contrato de prestación de servicios. La demandada nunca le pago prestaciones sociales, vacaciones, horas extras y recargos por trabajo en dominicales y festivos. El contrato le fue finalizado el 5 de mayo de 2016 con el argumento de que iba a cerrar el restaurante y que cuando reabriera la volvía a llamar, pero esto último nunca sucedió. Citó a la demandada ante el Ministerio del Trabajo para llegar a un acuerdo conciliatorio, pero nunca asistió.

Actuación Procesal

Mediante auto del 6 de agosto de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada, **NURY ROSA URZULA REINA** contestó como aparece a folios 37 a 48 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* 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 la demandada NURY ROSA URZULA REINA existieron dos contratos de trabajo a término indefinido vigentes entre 30 de junio al 31 de octubre de 2010 y entre el 15 de marzo de 2011 al 4 de mayo de 2016. Y como consecuencia la condenó a reconocer y pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos: \$6'613.842 por cesantías, \$19.611 por intereses sobre las cesantías, \$478.326 por prima de servicios, \$795.266 por vacaciones, \$3'686.614 por sanción moratoria por no consignación de las cesantías del año 2015 e intereses moratorios desde 5 de mayo de 2016 por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y hasta la fecha del pago de las prestaciones sociales.

Llegó a tal decisión luego de establecer que se demostró que la demandante presto sus servicios a favor de Nury Rosa Urzula Reina propietaria del restaurante la Mariscada, los cuales reconoció la misma demandada en certificación laboral y que si bien en tal documento manifestó que lo hizo bajo un contrato de prestación de servicios, no logró acreditar tal circunstancia, por el contrario se demostró con la prueba testimonial que la demandante estaba subordinada y tenía que seguir las instrucciones, no obstante indicó que existieron dos contratos porque la misma demandante reconoció que a finales de 2010 el restaurante estuvo cerrado y luego volvió a ser contratada en el año 2011. Encontró probada parcialmente la excepción de prescripción frente a todos los derechos causados del primer contrato de trabajo y algunos del segundo.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia por cuanto no se demostró una subordinación, un salario y la prestación personal de los servicios, ya que lo que existió fue un vínculo civil regido por un contrato de prestación de servicios.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes no presentaron alegatos.

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.

Prestación de Servicios a favor de NURY ROSA URZULA REINA

Al respecto lo primero que la Sala debe indicar es que contrario a lo alegado por el apoderado de la parte demandada, está plenamente demostrado que la demandante prestó servicios a la demandante NURY ROSA URZULA REINA propietaria y administradora del restaurante *La Mariscada* entre el 30 de junio de 2010 y entre el 4 de mayo de 2016 en el cargo de Jefe de Cocina, pues así se corrobora con la certificación emitida por esta última de fecha 11 de mayo de 2016 (fl. 24 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital) y así fue aceptado por la demandada al contestar la demanda (fl. 38 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital). No obstante, la parte demandada alega que tales servicios se prestaron de forma autónoma en virtud de un contrato de prestación de servicios.

Al punto se debe resaltar lo dispuesto en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, 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. Por lo tanto, corresponde examinar la subordinación de la demandante, pues el debate jurídico y

probatorio se centra aquí, en cuanto que la demandada sostiene que su demandante ejercía las labores en forma independiente, bajo un contrato civil y que por esa razón su forma de contratación es la de prestación de servicios.

De lo cual encuentra la Sala conforme todo el acervo probatorio que la parte demandada no logró probar la autonomía en la ejecución del contrato, es más ni siquiera demostró la suscripción de un contrato de naturaleza civil o que entre las partes en algún momento se tuviera la intención de suscribirlo. Por el contrario, de la misma naturaleza de los servicios que prestaba la demandante, se extrae la constante subordinación a la cual estaba sometida, pues como bien lo concluyo la Juez A quo dentro de funcionamiento de un restaurante unos de los cargos que más se encuentran subordinados es precisamente el de la Jefe de Cocina, pues en tal cargo se tiene que seguir órdenes del propietario del restaurante, frente a las recetas, horario de los servicios ofrecidos, cantidad de la comida y obviamente seguir las peticiones que hagan los clientes frente a sus pedidos, sin que sea posible evidenciar un escenario en el cual pueda ejercer sus labores con autonomía y libertad, sin que resulte admisible y valedero lo alegado en la contestación frente a que la demandante "*se le remuneraba por cantidad de los platos preparados, los cuales podía hacer en el horario que quisiera*", pues ofrecer unos servicios bajo estas condiciones implicaría que un restaurante sirviera comida fría, poco fresca y que se presentaran excesos o faltaran platos para los clientes, lo cual resulta poco creíble en un restaurante de Mariscos, que se caracterizan por la frescura y la preparación de acuerdo a las gustos de los clientes. Subordinación que se ratificó con lo manifestado por la testigo Alba Yaneth Ayala López, quien como compañera de trabajo de la demandante manifestó que Blanca Sofía durante el tiempo que prestó sus servicios para la demandada tenía que cumplir horario y seguir de las ordenes de su propietaria. Finalmente es claro conforme lo confesado por la misma demandada en el interrogatorio de parte que a la actora siempre le fueron remunerados los servicios que presto, además así también fue aceptado en la contestación de la demanda (fls. 37 a 41 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital).

De lo anterior se concluye que la demandada no logró demostrar que los servicios que le prestó la demandante se hicieron en virtud de otro tipo de vinculación diferente a un contrato de trabajo, siendo de su carga hacerlo. Por lo tanto, se confirmará la sentencia en su totalidad ya que ningún otro aspecto fue expresamente apelado.

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 Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 1° de diciembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado