TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JULIO CESAR RODRÍGUEZ CASTILLO CONTRA EL FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES -FONCEP- (RAD. 38 2018 00002 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 11 de febrero de 2020 (Cd. a folio 81, record 31:44 acta a folio 85), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, a reajustar la pensión de jubilación del demandante JULIO CESAR RODRÍGUEZ CASTILLO, fijando el valor de la prestación a partir del 22 de agosto de 1993, en cuantía inicial de $110.372,11, suma sobre la cual deberán aplicarse los reajustes legales anuales de las pensiones fijados por el gobierno nacional.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, a reconocerle, liquidarle y pagarle al demandante JULIO CESAR RODRÍGUEZ CASTILLO, las diferencias de mesadas pensionales existentes entre las mesadas pagadas efectivamente y las que han debido reconocer causadas desde el mes de diciembre del año 2014, y en adelante, junto con las de las mesadas ordinarias y las adicionales que legalmente proceden.*
>
> *Los valores respectivos por concepto de diferencias de mesadas pensionales existentes entre las mesadas pagadas efectivamente y las que ha debido reconocer la accionada, causadas en favor de JULIO CESAR RODRÍGUEZ CASTILLO,*

desde el mes de diciembre del año 2014, deberán ser indexadas tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula de Índice Final sobre Índice Inicial por valor histórico que corresponde al valor de cada diferencia de mesada pensional igual a valor indexado, así deberá tomarse como Índice Inicial el del mes de causación de la respectiva diferencia de mesada pensional y como Índice Final el de la fecha en que se verifique el pago por parte del FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP.

***TERCERO: AUTORIZAR** al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, para que de las diferencias de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho el demandante JULIO CESAR RODRÍGUEZ CASTILLO, desde el mes de diciembre del año 2014, se descuenten en el porcentaje que en derecho corresponda en los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.*

***CUARTO: ABSOLVER** al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, de la pretensión de la demanda alusiva al reconocimiento y pago de intereses moratorios.*

***QUINTO:** excepciones, dadas las resultas del juicio el despacho **DECLARA** probada la excepción de prescripción respecto de diferencias de mesadas pensionales causadas en favor del demandante JULIO CESAR RODRÍGUEZ CASTILLO, con anterioridad al mes de diciembre del año 2014. No probadas respecto de las condenas infligidas y frente a la absolución producida el despacho se considera relevado del estudio de las planteadas.*

***SEXTO: COSTAS** lo serán a cargo de la demandada FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, en firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $3.000.000 a favor del demandante.*

SÉPTIMO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia **CONSÚLTESE** con el superior. **”

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, aduciendo que al al ser beneficiario el Señor Rodríguez Castillo de la Ley 33 de 1985, se le debería reconocer el derecho una vez cumpliera su estatus legal, es decir, el 22 de agosto de 1993, por lo que en su sentir carece del derecho que se le reconozca y pague alguna indexación, pues la citada ley indica que se le reconocerá una vez haya obtenido sus requisitos para obtener su prestación económica, esto es, que cumpla el tiempo de servicios, el cual, cumplió el día 7 de julio de 1998, y que cumpla la edad para la prestación económica, esto es, el día 22 de agosto de 1993. Precisando la accionada reconoció el derecho pensional a partir del día en que cumplió el Señor Rodríguez Castillo la edad para que se le reconociera su derecho pensional, no teniendo derecho a la indexación que se solicita en la presente

demanda, por lo tanto, no existe diferencias pensionales que deberían ser pagadas.

Por otro lado señala que como quiera que el actor presento solicitud de reliquidación e indexación de la primera mesada pensional el 5 de agosto de 2011 y solo hasta el 19 de diciembre del 2017, presentó la demanda, es desde el 19 de diciembre de 2014, que se debe presentar la prescripción y no desde el mes de diciembre de 2014 como se indicó en primera instancia (Cd. fl. 81, record: 34:45)[1]

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante señor JULIO CESAR RODRÍGUEZ CASTILLO, las pretensiones relacionadas a folios 2 y 3, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 1 y 2, aspirando principalmente se indexe el ingreso base de liquidación de la primera

---

[1] *"* Su señoría, de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación, el cual, sustento de la siguiente manera:

En primer lugar, esta apoderada no se encuentra conforme con la integridad de la sentencia proferida por su Honorable despacho, toda vez que, indica que el Señor Julio Cesar Rodríguez Castillo, le fue reconocida su prestación económica a partir del día 22 de agosto de 1993, fecha para la cual, cumplió los 50 años de edad, motivo por el cual, y al ser beneficiario el Señor Rodríguez Castillo, de la Ley 33 de 1985, se le debería reconocer el derecho una vez cumpliera su estatus legal, es decir, el 22 de agosto de 1993.

Por lo que, el aquí demandante carece del derecho a que se le reconozca y pague alguna indexación al respecto ya que la norma indica que se le reconocerá una vez haya obtenido sus requisitos para obtener su prestación económica, esto es, que cumpla el tiempo de servicios, el cual, cumplió el día 7 de julio de 1998, y que cumpla la edad para la prestación económica, esto es, el día 22 de agosto de 1993.

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad a la cual represento reconoció el derecho pensional a partir del día en que cumplió el Señor Rodríguez Castillo la edad para que se le reconociera su derecho pensional, no teniendo asa derecho a la indexación que se solicita en la presente demanda, por lo tanto, no existe diferencias pensionales que deberían ser pagadas por la entidad a la cual represento.

Ahora bien su señoría, teniendo en cuenta que el Señor demandante, presento solicitud de reliquidación e indexación de la primera mesada pensional el 5 de agosto de 2011 y solo hasta el 19 de diciembre del 2017, se le presentó la demanda que en este momento se debate, es desde el 19 de diciembre de 2014, que se debe presentar la prescripción no desde el mes de diciembre de 2014 (Sic), como se indicó en este.

Igualmente, es pertinente indicar su señoría que la entidad a la cual represento le ha cancelado al Señor Rodríguez Castillo, la presentación económica con los incrementos anuales ordenados por la Ley, razón por la cual, solicito al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial, se revoque en su integridad el fallo proferido por el despacho. Muchas gracias*".*

mesada pensional desde el 1° de enero 1988 hasta el 22 de agosto de 1993, fecha de retiro y en la cual cumplió los requisitos para acceder a su pensión de jubilación, se incremente el valor de la prestación pensional, se reconozcan los reajustes legales, pago de intereses moratorios, costas y agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones** donde se condenó a la indexación de la primera mesada pensional en la suma de $110.372,11, desde la fecha de reconocimiento pensional, junto con las mesadas adicionales y los reajustes anuales previstos por la ley, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción sobre los reajustes pensionales causados con anterioridad a diciembre del año 2014, ordenando la indexación del retroactivo de mesadas pensionales causadas desde tal data , autorizando el descuento de aportes a salud del retroactivo adeudado y absolviendo de los intereses moratorios, tras considerar procedente la indexación pretendida como quiera que al momento de la liquidación pensional no se realizó tal operación.

Previo a abordar el estudio del asunto que nos ocupa, debe precisarse, no fue materia de controversia ni lo es ahora, que al demandante le fue reconocida por parte de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE SANTAFE DE BOGOTÁ D.C. pensión de jubilación, mediante Resolución No. 00016 del 20 de octubre de 1994 (fl. 55), a partir del 22 de agosto de 1993, en cuantía inicial de $33.617,29 M/cte.

En ese orden, conforme los argumentos de la alzada señalados por la pasiva, dirigidos a establecer la carencia del derecho a la indexación, debe precisar esta Sala, la forma de reconocimiento del derecho pensional, el tipo de pensión o la data en que se haya reconocido la misma, no es óbice para la procedencia de la indexación, pues incluso la Corte Constitucional ha señalado que la indexación es aplicable a todo tipo de pensiones reconocidas en cualquier tiempo[2], y en el

[2] Sentencia C860 de 2006: "Adicionalmente, el derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se torna por tanto en un trato discriminatorio. En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual sólo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a un determinada categoría de sujetos –los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación." (negrillas fuera de texto).

mismo sentido, por motivaciones distintas se encuentra el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL736, calendada del 16 de octubre de 2013, dentro de la Radicación No. 47709, en la cual concluyó la necesidad de reconsiderar su orientación y retomar la jurisprudencia desarrollada con anterioridad a 1999, aceptando que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; tal criterio ha sido reiterado en sentencias SL1195 del 29 de enero de 2014 y SL4578 del 9 de abril de 2014.

De tal manera, resulta procedente indexar el monto del salario promedio devengado por el actor en el último año, por cuanto éste, pudo perder poder adquisitivo por el transcurso del tiempo entre la fecha de retiro o finalización del contrato de trabajo que lo fue el 7 de julio de 1988 y el 22 de agosto de 1993, fecha a partir de la cual se reconoció el derecho pensional (fl. 55), por lo que es claro que entre una data y la otra transcurrieron más de 5 años, depreciándose el valor la moneda, lo cual, como quedó se indicó, daría lugar a la anhelada indexación de la primera mesada pensional.

Al respecto pueden consultarse las sentencias 29470[3] y 31222[4], proferidas por la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se reiteró de manera clara la

---

[3] "*Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación.*

En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993.

De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999.

Valga aclarar que si bien el artículo 260 del C.S.T. regula la situación pensional de trabajadores privados, ello no es impedimento para que esta Sala traslade las motivaciones y consideraciones a esta clase de asuntos, en que el actor tiene la calidad de trabajador oficial, puesto que la argumentación para justificar aplicable la figura o actualización de la base salarial, es la misma para cualquier trabajador, sea este privado o público. Así se afirma, porque la merma de la capacidad adquisitiva se pregona tanto del uno

procedencia de la indexación del último salario devengado por el trabajador, y, se recogió cualquier posición jurisprudencial para establecer la fórmula correcta para indexar la primera mesada pensional, teniendo en cuenta el tiempo que transcurre entre la fecha en que el trabajador devengó el último salario promedio y la data a partir de la cual se otorgó el reconocimiento de la prestación pensional.

En esa dirección, procede la Sala a efectuar la correspondiente indexación, bajo los lineamientos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias proferidas dentro de los Radicados 31222 del 13 de diciembre de 2007 y 34730 del 10 de marzo de 2009, es decir, tomando como I.P.C. final e inicial, el del 31 de diciembre de la anualidad inmediatamente anterior a la del reconocimiento pensional (1993) y a la del retiro respectivamente (1988), por lo que se tomará el I.P.C. de los meses de diciembre de 1992 y 1987.

---

como del otro, la devaluación de la moneda la sufren todos los asociados y las consecuencias que ello conlleva la padecen la generalidad de los habitantes de un país, sin exclusión alguna. De manera tal que frente a la universalidad de los principios consagrados en la Constitución Política, estos son aplicables a unos y otros que, en definitiva son los que le dan soporte a la indexación, en beneficio de toda clase de trabajadores."

[4] *"Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.*

En este orden de ideas, el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

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

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

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

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

En este sentido y revisando detenidamente la liquidación que en su momento fue efectuada por la extinta Caja de Previsión Social de Bogotá (fl. 55), se encuentra que allí fueron tomados los siguientes ítems para reconocimiento de la prestación del 8 de julio de 1987 al 7 de julio de 1988:

"Asignación Básica 177 días	*$186.487,20*
Asignación Básica 189 días	*$246.960.63*
Prima de Antigüedad	*$3.683,26*
Auxilio de alimentación	*$10.333,24*
Subsidio de Transporte	*$9.546,58*
Prima de Navidad	*$34.188,87*
Prima de Vacaciones	*$33.973,42*
Horas Extras	*$12.735,39*

TOTAL VALORES DEVENGADOS $537.876.29".

De ésta suerte, de manera clara puede advertirse, la mesada pensional inicial de $33.617,29, no fue objeto de indexación, en los términos dispuestos en la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, a la que se hizo referencia, pues para su reconocimiento se tuvo en cuenta simple y llanamente el valor del último promedio salarial mensual devengado en el último año de servicios sin actualizarlo a la fecha de reconocimiento ($44.876,29 x 75% = $33.617,29).

Así pues, en atención a que la pensión debía ser reconocida a partir del 22 de agosto de 1993 y siendo procedente la indexación del promedio salarial del último año percibido por el señor JULIO CESAR RODRIGUEZ CASTILLO, conforme la formula señalada por la Corte Suprema de Justicia, en el *examine* corresponde a:

VH Promedio Salario mensual	**IPC Final Dic/1992** Anualidad anterior al cumplimiento de los 55 años	**IPC Inicial Dic/1987** Anualidad anterior al retiro del servicio	**VA**	**Tasa**	**Valor Primera Mesada Actualizada**
$44.876,29	12.19	3.60	$151.956	75%	**$113.967**

Valor, que sin embargo resulta superior al hallado en sentencia de primer grado ($110.372,11), por lo que al ser desfavorable para la demandada, no se modificará pues ello haría más gravosa la situación del único apelante en este punto.

Por esta razón entonces, es claro que hay lugar a condenar a la encartada a pagar las diferencias por mesadas pensionales adeudadas y también resulta procedente que se condene a actualizar las sumas adeudadas por haber también perdido su valor adquisitivo estos valores debidos por diferencia de mesadas pensionales, tal como se dispuso en primera instancia, no obstante no se concretará la suma adeudada por retroactivo de diferencias de mesadas pensionales, en atención a que no obra en el proceso los valores que se han venido sido cancelando por la pasiva al actor, para con ello poder establecer la diferencia entre la mesada reconocida y la aquí obtenida.

De igual manera, se advierte el reajuste deberá realizarse por 14 mesadas anuales, en el entendido que la prestación se causó con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente, en cuanto a la excepción que fue propuesta por la encartada y concretamente la de prescripción (fl. 67 y 67 vto)[5], debe señalarse en éste punto, si bien el derecho a la pensión es imprescriptible, no así las mesadas pensionales, las cuales prescriben dentro del término establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S.; advirtiéndose en el presente asunto efectivamente algunas de estas diferencias por mesadas pensionales están afectadas por el fenómeno prescriptivo y ello en atención a que cuando se presentó la reclamación administrativa, que lo fue el 5 de agosto del año 2011 (fl. 51) ya habían transcurrido mucho más de los 3 años desde el momento del reconocimiento de la pensión que lo fue en octubre de 1994 (fl. 55).

Por esta razón, se debe tomar como fecha de interrupción la de la reclamación administrativa 5 de agosto del 2011 (fl. 51) y al haberse presentado la demanda el 19 de diciembre del 2017 (fl. 56), esto es, después de 3 años, resulta viable declarar parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de las diferencias por mesadas pensionales causadas con anterioridad al **19 de diciembre del año 2014**; precisando en este punto la sentencia apelada como quiera que el Juez a *quo* no señaló el día a partir del cual se debían cancelar las correspondientes diferencias de mesadas pensionales.

[5] Por auto del 29 de enero del 2019 (Fl. 77) se tuvo por contestada la demanda.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el examen de los aspectos apelados por el apoderado de la demandada, procediendo a su confirmación, con la precisión anotada.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

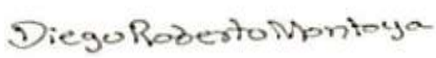
RESUELVE

PRIMERO: PRECISAR los numerales **SEGUNDO y TERCERO** del fallo apelado en cuanto a que, las diferencias de mesadas pensionales deberán ser canceladas a partir del **19 de diciembre del 2014**, como quiera que operó parcialmente la excepción de prescripción de los reajustes de mesadas causadas con anterioridad a tal data.

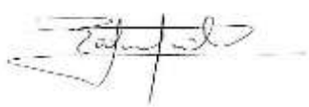
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

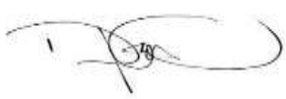
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS GILBERTO CASTRO GUERRERO CONTRA SAIN INVERSIONES S.A.S. (RAD. 38 2017 00782 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de agosto de 2019 (Cd. fl. 86, record 57:18, acta a folio 88), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada SAIN INVERSIONES S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por el señor CARLOS GILBERTO CASTRO GUERRERO, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.*
>
> ***TERCERO: COSTAS.** Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000, a favor de la accionada.*
>
> ***CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia CONSÚLTESE con el Superior."*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante CARLOS GILBERTO CASTRO GUERRERO en éste ordinario, las pretensiones incoadas a folio 2, **las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 1 y 2**, aspirando principalmente se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo el cual termino por causa imputable al empleador, en consecuencia se le pague por 15 años, 4 meses, 4 semanas y 2 días de labores el incremento de: Cesantías, vacaciones, prima de servicios, como también la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, que en primer lugar que no existió una sola relación laboral, sino que hubo dos contratos de trabajo con solución de continuidad, frente a los cuales la accionada pagó los correspondientes prestaciones sociales, expresando si bien el último vínculo finalizó sin justa causa, se le canceló al actor la indemnización por despido sin justa causa.

Así las cosas, a lo primero que se debe hacer referencia, es que en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En el presente caso, es claro que no existe duda sobre la vinculación laboral del demandante con la pasiva, pues así lo acepta la parte demandada, no obstante la controversia gira en torno a establecer los extremos de la relación, en tanto el demandante manifiesta que se mantuvo la relación contractual por un término

de 15 años, 4 meses, 4 semanas y 2 días (hecho 7 fl. 1) y la accionada asegura existieron dos contratos en épocas diferentes.
En esta dirección, encuentra la Sala que a folio 53 se aportó una liquidación de prestaciones sociales, en donde se señala como fecha de ingreso el 2 de mayo del 2001 y como fecha de retiro 25 de mayo del 2010, teniendo como motivó de la finalización del vínculo "*Renuncia Voluntaria"* la cual por demás se adoso a folio 51.

Igualmente a folios 11 y 12 se encuentra el contrato de trabajo a término indefinido suscrito por el actor y la demandada el día 16 de noviembre del 2010 y la misiva fechada 7 de octubre del 2016 a través de la cual SAIN INVERSIONES S.A.S. le comunica al promotor del litigio su decisión de terminar el vínculo laboral "*debido a cambios internos en la organización"* (fl. 10), relación laboral respecto de la cual también se aportó la correspondiente liquidación de prestaciones sociales como se puede ver a folio 62, en la cual además de su pagarle las correspondientes prestaciones sociales le reconocieron la indemnización por despido sin justa causa.

Aunado a lo anterior, el señor CARLOS GILBERTO CASTRO GUERRERO en el interrogatorio de parte que absolvió (Cd. fl. 86, record: 4:04), confesó que inició labores en mayo del 2001 y que renunció de manera voluntaria en el 2010 porque iba a poner un negocio, no obstante como éste no se le dio, volvió meses después a la empresa accionada y allí lo volvieron a contratar de noviembre del 2010 a octubre del 2016, cuando asegura lo despidieron sin justa causa.

En este orden de ideas, es claro entonces que contrario a lo afirmado por el promotor del litigio en la demanda, no existió con la accionada una sola relación laboral sino que se desarrollaron dos contratos de trabajo, el primero del 2 de mayo del 2001 al 26 de mayo del 2010 y el segundo del 16 de noviembre del 2010 al 7 de octubre del 2016, razón que hace inviable la declaratoria de un contrato de trabajo desarrollado por más de 15 años como lo solicita el actor.

Ahora, frente al tema del incremento o reajuste de las prestaciones sociales, advierte la Sala tal pretensión no tiene sustento, ya que se desconoce de dónde deriva tal incremento, por ejemplo si trata por un cambio de salario o quizás por un incremento establecido por la accionada, evidenciándose con la liquidación de prestaciones sociales de cada uno de los contratos (fls. 53 y 62) la pasiva cancelo las correspondientes acreencias con un salario de $1.100.000 del 02/05/2001 al 25/05/2010 y con $1.277.000 del 16/11/2010 al 07/10/2016, mismo que es el señalado por el accionante en el hecho cuarto de la demanda (fl. 1), por lo que no pueden salir avantes las peticiones relacionadas con el incremento de las cesantías, vacaciones y prima de servicios.

A más de lo anterior, tampoco probó el demandante cuales fueron los salarios que no se le cancelaron de manera completa, razón por la cual no existe deuda a favor del demandante y en esa medida no se genera la consecuente y accesoria indemnización moratoria alegada por el no pago de salarios y prestaciones sociales.

Finalmente, en lo que hace a la indemnización por despido, baste con señalar como ya se dijo la accionada, la reconoció en valor de $5.120.000 (ver fl. 62), suma que acepto el demandante haber sido cancelada, pues en su interrogatorio expresó que recibió todo el dinero de la liquidación a través de una consignación que se le hizo en su cuenta bancaria.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

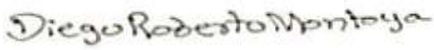
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

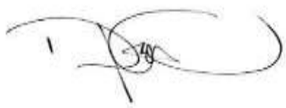
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MAYERLI BENITEZ CÓMBITA CONTRA LUIS HUMBERTO SOLANO PEÑA (RAD. 37 2019 00117 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de octubre de 2019 (Cd. fl. 74, récord 03:24:01, acta a folio 77), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO**: **ABSOLVER** al hoy demandado Señor LUIS HUMBERTO SOLANO PEÑA de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por parte de la Señora MAYERLI BENITEZ CÓMBITA, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO**: Por los argumentos expuestos no impongo COSTAS en el presente proceso".*

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandada formuló recurso de apelación únicamente en lo atinente a la condena en costas, advirtiendo, debió condenarse al pago de estas a la demandante, cuya decisión le fue desfavorable; además, porque el convocado a juicio debió invertir tiempo y

dinero para la gestión del proceso, máxime teniendo en cuenta el yerro que cometió de demandar a una persona que no correspondía[1]. (Cd. folio 74, récord 03:24:48, acta a folio 77).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la subsanación de la demanda visible a folios 28 a 35, las cuales encuentran fundamento fáctico en los hechos narrados a folios 26 a 28, aspirando principalmente que se declare la existencia de un contrato de trabajo con el señor LUIS HUMBERTO SOLANO PEÑA, entre el 15 de septiembre de 2010 y el 26 de agosto de 2017, el que terminó por "*renuncia forzada"*, lapso durante el cual laboró más de 48 horas semanales. En consecuencia, se condene al demandado a reconocer y pagar a su favor, la mora que se genere en la EPS, ARL y fondo de pensiones, las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, descanso semanal y subsidio de transporte por todo el tiempo laborado, así como las sanciones conforme a lo dispuesto en la ley 50 de 1990 por el no pago de cesantías, la indexación, la indemnización por despido indirecto, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, pues se absolvió al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que aunque quedó

[1] "*Su señoría interpongo recurso de apelación, de manera parcial contra el numeral 2, de su resuelve en el sentido de absolver a la aquí demandante a la condena en costas. Recurso de apelación que me permito sustentar una vez su señoría me conceda el uso de la palabra:*

Su señoría, si bien es cierto, el fallo proferido el día de hoy, favorece a mi representado y es absuelto, también es cierto, que debe haber la condena en costas, por qué debe haber la condena en costas su señoría, mi cliente ha tenido que invertir su tiempo, el tiempo de sus testigos y los honorarios del suscrito profesional del derecho.

No es justo que la señora hoy frente a ese yerro que cometió, que es demandar a una persona que no es demandado, y que mi colega también haya patrocinado ese error, salga hoy absuelta de dicha condena por el contrario, debe ser condenada por precisamente presentar una demanda temeraria y de mala fe, porque lo que quedó probado hoy, es que no hubo vínculo laboral entre la Señora Mayerli y el Señor Luis Humberto solano, entonces, caso contrario a lo decidido y ordenado por su despacho en el fallo debe haber la condena correspondiente acorde a como lo ordena la Ley laboral.

El CGP y la tarifa profesional de honorarios en el acuerdo 1818 de 2003, si no estoy mal. Por eso señoría, respetuosamente le solicito concederme el recurso de alzada ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que estudie y revoque de manera parcial su fallo, en cuanto al numeral 2, y es en no condenar en costas a la aquí demandante. Muchas gracias su señoría."

acreditada la prestación personal del servicio, no existían elementos de los que se desprendiera que la subordinación fue ejercida por el demandado y que por el contrario, las pruebas apuntaban a determinar que este poder lo ejerció la cónyuge del convocado, quien no fue llamada a integrar la litis, existiendo de esta manera una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Pues bien, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar la existencia de una relación contractual de orden laboral entre las partes, propuesta presentada por la demandante, quien afirma que celebró contrato verbal de trabajo a término indefinido con el señor LUIS HUMBERTO SOLANO PEÑA el 15 de septiembre de 2010 (hecho primero, folio 26), en el que desarrolló funciones como preparar pandebonos, pandeyuca, buñuelos, atención a clientes, entre otras (hecho segundo, folio 26), en un horario de 7:00 a.m. a 6:.00 p.m. (hecho sexto, folio 27), el cual terminó el 26 de agosto de 2017 por renuncia que presentara la actora, motivada en el incumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o convencionales de su empleador (hecho décimo primero, folio 27).

A los planteamientos anteriores se opuso el encartado en respuesta a la demanda (fls. 59 a 65), indicando que entre la demandante y él jamás existió un vínculo laboral pues nunca ha tenido trato y comunicación con ella y sólo la ha visto en el apartamento que le tiene arrendado a una hermana de ésta en el barrio las ferias de la ciudad de Bogotá, enfatizando, aunque tiene un establecimiento denominado RICO MAC RICO, en este nunca ha laborado la demandante y, en todo caso, dice, lo cerró hace más de dos años.

Así pues, expuestas las posiciones de las partes, cabe precisar, no tiene importancia la denominación que estas le asignen a la relación, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, lo que la configura, es la forma como se ejecuta la prestación, pues prima la realidad sobre las formas[2], y bajo esa

---

[2] *"En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos".(citado por Américo Pla Rodríguez "Los Principios del Derecho del Trabajo", De Palma. Buenos Aires, 2 de., 1978).*

Igualmente de la Cueva expresa en cuanto al contrato realidad, que el contrato de trabajo "existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio, y que ésta y no el acuerdo, es lo que determina su existencia" (Lecciones de Derecho Laboral, Editorial Temis, Bogotá 1986).

Así mismo, lo anterior se consagra en la Constitución Política de Colombia, julio de 1991, dentro del título correspondiente a los Derechos, Garantías y Deberes, capitulo II, y de los derechos sociales, art. 53, sin que su vigencia y aplicación sea de inmediato. Al disponerlo así el art. 85 de la CN, por lo que cualquier referencia que a este principio se haga, se basará en el entendimiento Jurisprudencial y doctrinal del tema.

premisa, permite la doctrina y la jurisprudencia, examinar si la labor que aduce haber desarrollado la señora MAYERLI BENITEZ CÓMBITA, se presentó en realidad y bajo qué circunstancias.

De tal manera, inicialmente es de advertir, la prestación personal del servicio no fue aceptada por el accionado que compareció personalmente al proceso, en tanto señaló que solo conoce de vista a la demandante.

En ese orden, a efecto de acreditar su dicho, la demandante incorporó como prueba documental únicamente la copia del certificado de matricula de persona natural expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 17) en el que consta que el demandado es propietario de un establecimiento de comercio denominado RICO MAC RICO ubicado en la carrera 69 H N° 72-83.

Adicionalmente, se absolvió el interrogatorio por ambas partes y se recibieron los testimonios de HECTOR HEREDIA ALONSO[3], LUZ AURORA PRIETO LUNA[4], DIANA MILENA SOLANO ROMERO[5] y RODOLFO CAMACHO REYES[6].

Así, el demandado[7] indicó que conoce de vista a la demandante porque a la hermana le arrendó un apartamento y allá la vio. Señaló, que solo tuvo un establecimiento de comercio ubicado en el Supermercado Búcaros, barrio las ferias, en el que vendía pandebonos. Mencionó que no tiene más establecimientos como ese en otros lugares de la ciudad y que nunca ha tenido trabajadores pues siempre ha atendido personalmente el negocio y ocasionalmente recibe ayuda de su hija. Indicó, el negocio ubicado en el Supermercado de Ricaurte, Barrio Santa Rosita, es de su esposa, allá venden lo mismo, avena, buñuelos, pandebonos. Desconoce si la demandante trabajó allá porque cada uno se encarga de lo suyo.

A su turno, la demandante[8] al indagársele sobre cómo fue la contratación, indicó que fue verbal, por medio de un cuñado de ella (esposo de la hermana Miriam) quien era taxista y llevaba productos al Supermercado Ricaurte, le dieron el número porque necesitaban a una persona para estar ahí en el punto, le dieron la

---

[3] Cd folio 74, récord 1:19:42.
[4] Cd folio 74, récord 1:46:30.
[5] Cd folio 74, récord 56:52.
[6] Cd folio 74, récord 2:08:34.
[7] Cd folio 74, récord 29:02.
[8] Cd folio 74, récord 29:02.

inducción y empezó a trabajar el 15 de septiembre de 2010. Dijo que el local estaba ubicado en la Carrera 96 con 75 A, sobre la calle 80, específicamente en la entrada de un supermercado denominado Ricaurte (aportó foto, folio 74). Mencionó que el salario se lo pagaba ella misma, sacaba los veinticinco mil del día y lo anotaba en el cuaderno, porque Don Luis no estaba, muy de vez en cuando iba la señora -esposa del demandado- a recoger el dinero. Relató que las órdenes se las daba en ocasiones don Luis o la esposa que se llama Nancy, aclarando que el nombre de pila de la cónyuge es María Custodia Romero, pero que prefería que le dijeran Nancy porque no le gusta el nombre. Refirió que laboraba de 9:00 a.m. a 8:00 p.m. Aludió que conoció el establecimiento de los Búcaros porque la hermana trabajó allá, el cual también estaba dentro de un supermercado y que a veces los fines de semana el local lo atendían la esposa y el demandado.

Por su parte, el señor HÉCTOR HEREDIA ALONSO, dijo conocer al demandado y a la demandante porque hacía acarreos en el supermercado Ricaurte. Expresó, que entre 2010 y 2017 vio a Mayerli vendiendo buñuelos hasta las 9:00 p.m. en la 94 con 78 más o menos. Indicó el testigo, que este iba seguido, cuando él quería, particularmente cuando no tenía trabajo de construcción. Podía ser una vez al mes o tal vez demorarse más tiempo en pasar por el supermercado. Dice que considera o cree que el dueño del negocio era el demandante con la esposa de él, porque él le pedía que hiciera acarreos, principalmente en diciembre. Mencionó que la que más estaba en el negocio era la señora de él, doña Nancy, ella le colaboraba a Mayerli, las veía a las dos. Mencionó que las órdenes a la demandante se las impartía la señora Nancy que era la dueña o don Luis, pero nunca vio. Insiste en que en el local estaba principalmente Mayerli y que la que mandaba era Nancy o don Luis, lo que cree porque son esposos y aunque el demandando nunca le comentó que fuera el dueño, lo entiende porque es la pareja de Nancy. Refiere que nunca vio a don Luis pagándole a la demandante y desconoce si cuando la demandante no estaba en el local era por permiso, descanso o vacaciones. Sugirió que para él el jefe era don Luis y la señora, pero la que estaba ahí más seguido era doña Nancy.

LUZ AURORA PRIETO LUNA, dijo conocer a la demandante desde 2011 porque mercaba en el Supermercado Ricaurte donde la actora vendía pandebonos y buñuelos en un local que había, que siempre la vio atendiendo. Iba cada 8 o 15 días a mercar. Comentó, trabajó en ese establecimiento del 1 al 23 de diciembre

de 2016, prestándole apoyo a Mayerli por la temporada, señalando, cuando no estaba la actora estaba la señora Nancy. Comentó que el local estaba a la entrada del supermercado; que los fines de semana atendía otra persona. Mencionó que Nancy era la esposa del señor Luis y que los dos (el demandado y su cónyuge) le daban instrucciones a la demandante; sin embargo, advirtió que vio a Luis una sola vez y que sabe de las órdenes a la demandante por parte de don Luis por referencias que ella misma (la demandante) le hizo, pero quien siempre estaba era Nancy, era ella quien daba las órdenes. De hecho, relató que cuando esta (la testigo) se vinculó a trabajar en el negocio se comunicó con Mayerli y cuando llegó al local a las 9:00 a.m., esta le presentó a Nancy pues quería conocer a la persona que iba estar ayudándola y le dio instrucciones para el trabajo. Comentó que la última vez que vio a la actora laborando fue a medidos de 2017.

La testigo DIANA MILENA SOLANO ROMERO, hija del demandado, arguyó que vio a la demandante porque el papá le arrendó a la hermana un apartamento cerca al supermercado los Búcaros, con quien tuvieron un pleito por desalojo. Comentó que sus padres tienen negocios diferentes y que en el negocio de su mamá, ubicado en el supermercado Ricaurte, cerca al local de su padre, vio esporádicamente a Mayerli, aunque precisó que fue como cliente lo que le consta porque la vio consumiendo los productos. Comentó que el negocio lo atendía directamente su mamá, aunque ella (la testigo) casi no pasaba por allá. Mencionó que el negocio ubicado en el Supermercado los Búcaros, era atendido por su padre y ocasionalmente lo ayudaba, cuando tenía tiempo libre.

Por último, RODOLFO CAMACHO REYES, relató que tiene una tienda naturista en el barrio las ferias, dentro de Búcaros y era vecino de Don Luis, advirtiendo, nunca vio a la demandante trabajando con él. Mencionó que el demandando vendía avena, buñuelos, pandebonos y que, por comentarios que le hizo LUIS, sabe que la esposa tenía un negocio parecido, pero ese negocio no lo conoció y no sabe nada más.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, es menester precisar lo referido por HÉCTOR HEREDIA ALONSO, no aporta muchos elementos de convicción, pues aunque da cuenta que la actora trabajó en un local vendiendo buñuelos, pandebonos, avena, entre otros, desconoce con certeza quien era el propietario del mismo y quien le impartía realmente las órdenes, y aunque indicó que estas

eran dadas por el convocado al juicio y su esposa, era una creencia personal o convicción que tenía. En todo caso, de su versión se destaca que la persona que estaba con mayor frecuencia al frente del local era la señora Nancy, a quienes los deponentes reconocen como la cónyuge del demandado.

De otro lado, debe decirse frente a lo relatado por LUZ AURORA PRIETO LUNA, esta tampoco ofrece elementos suficientes de los cuales se pueda concluir que existió un contrato de trabajo entre la demandante y el demandado, pues aunque dijo que ésta recibía ordenes de LUIS HUMBERTO, lo cierto es que ello no le consta directamente y, por el contrario, sí evidenció que quien coordinaba el local y daba las instrucciones era Nancy, quien de hecho vio con mayor frecuencia atendiendo el negocio.

Por otra parte, del testimonio rendido por RODOLFO CAMACHO REYES, menos aún se puede extractar un vínculo de carácter laboral entre las partes, pues, de un lado, mencionó que en el local de LUIS HUMBERTO -que queda ubicado en un sitio diferente al que la demandante, asegura, prestó sus servicios- sólo trabajaba el demandado y ocasionalmente su hija, y de otro, aunque comentó de la existencia de un negocio similar que es de propiedad de la esposa del convocado, ello no le consta directamente sino que su conocimiento deviene de lo comentado por el propio demandado.

Ahora, en lo que tiene que ver con la declaración de DIANA MILENA SOLANO, no debe perderse de vista que se trata de la hija del demandado, lo que exige que su versión sea analizada con mayor rigurosidad, advirtiendo, se evidencia en su dicho el ánimo de favorecer a su progenitor, particularmente al referir que conoce a la demandante solo porque la hermana de esta tenía arrendado un apartamento que era de propiedad de su padre -que es lo mismo que este refiere en la demanda- pues aunque reconoce que el negocio ubicado en el Supermercado del Ricaurte es de propiedad de su progenitora y es totalmente independiente del que tiene su papá, asegura que solo la vio como comensal, aunque ello fue en más de una oportunidad.

En síntesis, las declaraciones recibidas en el proceso no dan certeza al Despacho de que la prestación del servicio fue en favor del señor LUIS HUMBERTO SOLANO PEÑA, enfatizando la Sala, no se logró confesión alguna del demandado

y no puede desatarse la controversia con lo declarado por la demandante en su interrogatorio, pues sabido es que nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de la misma.

Adicionalmente, el certificado de matricula de persona natural que se incorporó a las diligencias (folio 17) se refiere a un establecimiento de comercio, que aunque de propiedad del demandado, está ubicado en sitio distinto a aquel donde la demandante aseguró que laboraba y, según la certificación expedida por Inversiones San José HA S.A.S- Supermercados Ricaurte- (folio 71) la señora MARIA CUSTODIA ROMERO SOSA -quien se identificó en autos como esposa del demandado-, ocupa un espacio de concesión dentro del establecimiento ubicado en la Carrera 94 75C-89 "*para la exhibición y venta de avena y pan de bono desde el 01 de noviembre de 2014 a la fecha de expedición de esta certificación*- 17 de septiembre de 2019-*",* dirección esta que consiste con el lugar donde la demandante refirió laborar y que constituye un indicio que la titularidad de ese establecimiento no corresponde al demandado.

Comparte entonces la Sala la postura asumida por el juez *a quo,* con relación a la ausencia de elementos de convicción que permitan establecer la existencia de un contrato de trabajo con el llamado a juicio, advirtiendo, las pruebas apuntan a determinar que esta pudo existir con persona distinta del encartado, no vinculada al presente trámite, lo que constituye en cabeza del llamado a juicio, una falta de legitimación en la causa por pasiva.

De conformidad con lo considerado, y no habiéndose logrado acreditar la prestación personal del servicio de manera subordinada y continua, en favor del señor LUIS HUMBERTO SOLANO PEÑA, forzoso resulta confirmar la sentencia en este punto.

Finalmente, advierte la Sala, el apoderado del demandado interpuso recurso de apelación en lo atinente a las costas procesales, cuya condena fue negada por el juez de primera instancia.

Al respecto conviene recordar, las costas son una erogación económica a cargo de la parte vencida, quien deberá pagar la suma que determine el juez de instancia, de acuerdo con unas reglas previstas en el artículo 365 del C.G.P.,

aplicable en el ámbito laboral por disposición del artículo 145 del C. P. del T. y la S.S.

Así pues, respecto de las costas procesales, el legislador nacional ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio, o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio.

En ese orden de ideas, a juicio de esta Sala de decisión, le asiste la razón al recurrente, por cuanto, al resultar la demandante vencida en juicio, es claro que las costas deben correr por cuenta de esta, razón por la que se revocará en este punto la sentencia apelada, para en su lugar condenar a la demandante al pago de las costas.

Así las cosas, se agota la competencia de la Sala por el estudio de la consulta a favor de la demandante, así como de los argumentos expuestos por de la alzada, procediendo la confirmación parcial de la sentencia apelada.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá. En su lugar, se **CONDENA** en costas a la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CEIDY VASQUEZ MORALES CONTRA EVAMEC BELLEZA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN y como solidarios ANA GLADYS MORENO DE RODRÍGUEZ, NURY ASTRID VARGAS BLANCO, CARLOS EDUARDO RODRÍGUEZ MORENO y EULOGIO BERDUGO TÉLLEZ (RAD. 37 2016 00954 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 2525 y 2526) y demandada (fls. 2528 y 2529) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de ésta ciudad, el pasado 23 de agosto de 2019 (Cd. fl. 2518, cuad. 6, record:33:37 y acta a folio 2520), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a los demandados EVAMEC BELLEZA LTDA EN LIQUIDACIÓN y a los demandados personas natrales, señora ANA GLADYS MORENO DE RODRIGUEZ, señora NURY ASTRITH VARGAS BLANCO, señor CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ MORENO y el señor EULOGIO BERDUGO TELLEZ de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por la demandante señora CEIDY VASQUEZ MORALES.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandante a pagar costas a favor de los demandados en los siguientes valores, a favor de la empresa demandada EVAMEC BELLEZA LTDA EN LIQUIDACIÓN la suma de $100.000 y a favor de los demandados como persona natural la señora ANA GLADYS MORENO DE RODRIGUEZ, NURY ASTRIH VARGAS BLANCO, CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ MORENO y EULOGIO BERDUGO TELLEZ la suma de $50.000,*

> *cifras que en su momento y en la debida oportunidad procesal serán tazadas por secretaria.***”**

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, aduciendo que los supuestos contratos de arrendamiento y de administración de recursos no estaban dentro de los 2.000 folios aportados porque no existían, por lo que no le parece tratar de darle cabida o darle veracidad a esos contratos.

Por otro lado señala, la existencia de los pagos a la actora de los servicios prestados, precisando la existencia de la subordinación ya que hubo llamados de atención por parte del administrador y no en calidad de coarrendatario, persona que estaba con cierta disposición sobre la demandante, expresando ser cierto que hubo servicio personal, pagos y descuentos, por lo que solicita se revise con otro criterio la parte de las pruebas que se aportaron y las que no pudieron aportar los demandados[1]. (Cd. fl. 2518, cuad. 6, record: 34:49)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

---

[1] “Agradezco que se me dé la oportunidad de interponer este recurso, respeto profundamente las consideraciones del fallo pero obviamente hay un par de situaciones que no me permiten estar de acuerdo, yo veo que en un momento dado puede haber pues dos mil (2.000) folios entre las pruebas que trajo la parte demandada y un montón de facturas sin aceptar, pero lo que si era claro y era cierto era que los contratos supuestos de arrendamiento y de administración de recursos no estaban dentro de los 2.000 folios, sencillamente no existían, entonces no me parece en un momento dado bien pues tratar de darle cabida o darle veracidad a unos contratos que de hecho incluso para mí de forma engañosa trataron de manipular a mi testigo, a mi cliente perdón, cuando le dijeron que si el contrato que tenían acá era idéntico al que ya había firmado, que gracias a que usted estaba muy pendiente y a su habilidad se dio cuenta que allá habían algo y le pregunto ¿Cómo así que idénticos ? y eso permitió también que mi cliente se diera cuenta que había algo raro y que no podía confiar en ellos y dijo páseme el expediente, porque ella de pronto de buena fe como lo fue siempre decía si, si se acordaba, o si no se acordaba, decía no pero no vio la necesidad de que le pasaran el expediente, cuando ya se lo pasaron dijo, no un momentico esos contratos no los firmé yo esos son contratos que se firmaron con otras personas.

Entonces me parece importante que en la segunda instancia pues se estudie un poco más a fondo esta parte, que había 2.000 folios si y habían muchísimas facturas que habían sin aceptar, pero los famosos contratos de arrendamiento y de administración de recursos no existen, de hecho yo pienso que mi cliente en un momento dado dijo que podía ser que los hubiera firmado pero que no se acordaba pero yo estoy pensando que tal vez nunca los firmó y sencillamente pues si no los firmo pues nunca existieron, de hecho eso permite ver que siempre hubo , así como siempre hubo esa cantidad de facturas que no se aceptaron, pues quiere decir que hubo descuentos, necesariamente también hubo pagos, entonces que hubo el pago de un servicio, lo hubo, que hubo subordinación la hubo porque pues de hecho lo dijeron y fueron llamados de atención y no en calidad de coarrendatario, en calidad de persona que estaba pues con cierta disposición sobre mi mandante, también es cierto que hubo el servicio personal de hecho si hubo pagos y hubo descuentos era porque había un servicio personal, entonces creo que es un poco necesario solicitar a los señores de la segunda instancia en el Tribunal que pues se mire también con otro criterio la parte de las pruebas que se aportaron y las que no pudieron aportar los demandados, muchísimas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora CEIDY VÁSQUEZ MORALES, en el presente ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la reforma de la demanda a folios 2424 a 2428 del cuaderno 6, las cuales encontraron sustento en los hechos narrados a folios 2421 a 2424 del mismo cuaderno, aspirando a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 25 de julio del 2010 al 31 de diciembre del 2014 y en consecuencia se condene al pago de horas extras, trabajo festivo, auxilio de cesantías, interés con sanción, primas de servicio, compensación de vacaciones, indemnización de perjuicios causados por la falta de suministro de la dotación o calzado y vestido de labor, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, aportes a pensión, indexación de las obligaciones laborales, intereses moratorios, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo Sentencia de Primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, pues se absolvió de todas las pretensiones incoadas, tras considerar el Juez *a quo,* si bien se probó por parte de la actora la prestación personal del servicio en favor de la demandada como estilista, lo cual la hizo beneficiaria de la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T., conforme a la documental y testimonial recaudada en el proceso, aseguró la demandada logro desvirtuar tal presunción pues se comprobó que dicha prestación personal lo fue en virtud de dos contratos de carácter comercial, uno de arrendamiento y otro de administración de recursos, los cuales si bien no se aportaron al plenario, consideró el a quo, la actora si acepto haber firmado unos contratos de los cuales no recuerda su contenido, infiriendo el juzgador se trató de los citados contratos comerciales a los cuales hicieron referencia todos los testigos quienes fueron conscientes de tal vinculación contractual pues desarrollaron idénticas labores que la actora, por lo que ante la ausencia del cumplimiento de horarios y de llamados de atención no accedió a las peticiones invocadas.

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si la relación que existió entre la señora CEIDY VASQUEZ MORALES y la sociedad EVAMEC BELLEZA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN estuvo regida por un contrato de trabajo, como lo aduce la parte demandante, o si por el contrario, no lo estuvo, aspecto que pasará a dilucidarse, debiendo en todo caso recordarse, lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Así pues, para continuarse con el estudio que se propone ante ésta Corporación, debe advertirse, el Juez *a quo* encontró acreditada la prestación personal del servicio por parte de la accionante como uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, circunstancia que no fue objeto de apelación; en esa dirección, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí en contienda, correspondiendo por tanto a la parte demandada desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[2].

Así las cosas, atendiendo a los argumentos de la parte actora en su alzada, procede la Sala con el estudio del acervo probatorio vertido autos, a efectos de determinar conforme a la presunción legal de que trata el artículo 24 del C.S.T., si se corrobora en la relación vivida entre las partes la mediación de la subordinación en virtud de la presunción citada o si por lo contrario se desvanece.

---

[2] *"El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).*

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

En ese orden, se aportaron como pruebas documentales:

- Certificación expedida por el liquidador de la demandada, donde se señala que el "SALON DE BELLEZA VIDAL" fue de propiedad de la accionada, adjuntando el Certificado de Matricula de Establecimiento de Comercio (fls.162 y 165 cuad.1).

-Certificaciones expedidas por la accionada el 3 de febrero del 2012 y 9 de octubre del 2014 en las cuales se indica que Evamec Belleza LTDA. suscribió como la demandante "*Contrato de Administración de Recursos provenientes del desarrollo liberal e independiente de la actividad de peluquería y afines y de suministro de servicios de aseo y peluquería"* aclarando que la accionante ejerció su profesión de estilista "*mediante contrato de arrendamiento de espacio comercial en el establecimiento de comercio SALON DE BELLEZA VIDAL Y JHON".* (fls.168 y 169 cuad.1)

- Copias de facturas emitidas por la accionada a la demandante donde se indica el valor de los servicios que se le cobraban por Arriendo, Administración de Recursos y venta de productos, con la respectiva discriminación de los impuestos de IVA (fls. 244 a 350 cuad. 1)

- Cuadro de los valores pagados a la actora para algunos días de los años 2013 y 2014, por los servicios prestados incluyendo los descuentos realizados (fls. 352 a 919 cuad. 2)

- Copia del informe mensual de los pagos realizados a la accionante por la demandada (fls. 921 a 944 cuad. 3).

- Informes diarios de facturación de EVAMEC BELLEZA donde se relacionan diferente personal incluida la actora en algunos días, apreciándose el pago realizado a cada uno de ellos y el valor cobrado por Administración, Arriendo y Suministro (fls. 947 a 1399 cuad. 3, 1400 a 1873 cuad. 4 y 1876 a 2361 cuad. 5).

De otra parte, se tiene que tanto el representante legal de la demandada como las personas naturales accionadas absolvieron interrogatorio de parte, en donde en

síntesis manifestaron[3] que la demandante suscribió un contrato de arrendamiento de espacio dentro del local comercial de propiedad de la accionada y también un contrato de administración de recursos, para desarrollar su actividad de estilista dentro del salón de belleza respecto de los cuales se le cobraba un porcentaje respecto de cada servicio prestado a los clientes , ejerciendo su profesión de manera liberal e independiente, aduciendo los accionados que la demandante contaba con un espacio asignado, sin que cumpliera un horario ni existieran sanciones ni descuentos por faltar a ejercer su profesión, asegurando los precios de los servicios prestados en el salón de belleza si estaban fijados por la accionada y sobre ellos la demandante cobraba al cliente, igualmente aseguraron que los productos utilizados por la actora eran vendidos por la sociedad y cobrados en la factura diariamente junto con el canon de arrendamiento y el valor por la administración de los recursos, explicando que el valor que obtenía la actora diariamente correspondía a lo que se le cobro al cliente menos canon de arrendamiento, administración, productos e IVA respecto de cada uno de ellos.

Por su parte la demandante en su interrogatorio (Cd. fl. 2503 cuad.6, record: 1:05:19), expresó estar registrada ante la DIAN con RUT, pertenecer al Régimen Simplificado y desarrollar su actividad de estilista desde el año 1990. Comentó que los días que no aparecen en las facturas y planillas de pago aportados como prueba por la demandada corresponde a los día en que ella descansaba o se encontraba en periodo de vacaciones, aduciendo que la cajera del local comercial era quien recaudaba el dinero de acuerdo a una ficha que ella le pasada cada vez que atendía un cliente, aseguró que cuando entro a trabajar le dijeron que su horario era de 6am a 8 pm y los porcentajes que le iban a pagar por cada servicio, más nunca que le iban a descontar un canon de arrendamiento ni administración, no obstante cuando se le preguntó si firmó idénticos contratos a los aportados por la enjuiciada a folios 171 a 182 del cuaderno No. 1 que corresponden a otra estilista, aseguró no acordarse, expresando que SÍ firmó un contrato pero no sabe qué tipo de contrato era ni leyó lo que decía. Por otro lado señaló que su función era desarrollada con herramientas propias y que los productos utilizados para los clientes debía comprarlos a la demandada, precisando que si pedía permisos no había consecuencias.

[3] Cd. fl. 2503 cuad.6, record:27:44 a 1:02:54

De la prueba testimonial se extrae la siguiente sinopsis:

YENNY ASTRITH RODRIGUEZ PARDO (esteticista)[4], JHON ASTROZ SALDANA (estilista y administrador del local comercial)[5], NIDIA SOLORZANO MORALES (manicurista)[6] y PEDRO PABLO BARRIGA FARFAN (asesor contable)[7], los tres primeros quienes desarrollaron su profesión en el Salón de Belleza Vidal de propiedad de la accionada, en el periodo durante el cual la actora aduce haber tenido un contrato de trabajo, manifestaron al unísono que las funciones de la actora eran las de estilista, las cuales desarrollaba en el horario pactado con los clientes pues cada quien tenía un horario diferente, asegurando que todo el personal del establecimiento de comercio excepto la cajera y el personal de aseo, habían suscrito un contrato de arrendamiento y uno de administración de recursos, explicando que la empresa les pagaba por porcentaje conforme al servicio prestado y a la lista de precios establecida por el salón de belleza, asegurando los deponentes el espacio donde se desarrollaban las funciones era de cada uno y si no asistían quedaba desocupado durante ese día, sin que presenciaran llamados de atención a la actora.

Afirmaron los testigos Jhon Astroz y Nidia Solórzano que el horario del local comercial era 6am a 8pm, pero que era la demandante quien cuadraba los turnos con sus clientes por lo que no se exigía el cumplimiento del mismo pues su retribución económica dependía de los clientes que atendiera, asegurando los deponentes cada profesional se hace su sueldo conforme a los servicios prestados, razón por la cual no pasaba nada si no iba al local, no obstante consideran por respeto debían informar si no asistían, igualmente aseguraron que debían usar uniformes pues fue algo que se pactó y además era requerido por la secretaria de salud según el dicho de la testigo Nidia Solórzano.

Expreso el señor Astroz Saldana que como administrador del local le consta que la accionante si firmó los dos contratos, el de arrendamiento y el de administración ya que fue el quien se los entrego, explicando que Evamec expedía diariamente recibos de caja donde se incluía todo lo ganado y lo descontado

[4] Cd. fl. 2503, cuar.6 record: 1:57:21
[5] Cd. fl. 2503, cuar.6 record: 2:34:49
[6] Cd. fl. 2503, cuar.6 record: 3:23:23
[7] Cd. fl. 2503, cuar.6 record: 3:50:08

Por su parte el señor PEDRO BARRIGA, asesor contable de la accionada explico que la demandante tuvo una relación comercial con la accionada por medio de dos contratos uno de arrendamiento de espacio y otro de administración de recursos, asegurando por cada servicio prestado se le descontaban valores por concepto de arrendamiento, administración, suministro de productos y el impuesto de IVA correspondiente.

Pues bien, es menester precisar respecto de ésta prueba testimonial, que sus dichos pese a mostrarse coherentes y gozar de total credibilidad, serán valorados bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables.

En ese orden, se tiene que efectivamente la demandante prestó sus servicio de estilista en el SALON DE BELLEZA VIDAL, establecimiento de comercio propiedad de la encartada[8], por lo que acreditada la prestación del servicio procede la Sala a verificar si la encartada logra desvanecer la presunción legal que cobija a la actora.

Al respecto, de la misma prueba testimonial, se puede colegir, que dicha prestación de servicio no se dio en los términos señalados por la actora, esto es bajo la continua dependencia y subordinación, pues de las manifestaciones de las testigos, se evidencian claramente, en la ejecución de la labor por parte de la actora, elementos ajenos a los propios de una relación laboral, (tales como ausencia de horario de trabajo, ejecución con elementos propios, ausencia de exclusividad y de ordenes o directrices), por ejemplo nótese que contrario al dicho de la demandante[9], no se puede acreditar el cumplimiento de horario, pues se tiene que conforme el dicho de las testigos, la demandante coordinaba el día y hora en la que atendía a sus clientes.

Así mismo, cabe destacar el dicho de la testigo NIDIA SOLORZANO MORALES, quien realizó la labor de manicurista durante 22 años, describe en detalle la forma en que las labores del personal del belleza se ejecutaba, siendo precisa en

[8] Conforme se certifica a folio 162 del cuaderno No. 1
[9] Indicando en el interrogatorio de parte que su horario era de 6am a 8pm.

señalar que siempre tanto ella como sus demás compañeras estuvieron como arrendatarias, que no hay cumplimiento de horario, por cuanto en la peluquería se les indica el horario de atención al público y cada quien decide en que horario les es más favorable ir, de igual forma señaló, la labor es ejecutada con elementos propios de cada profesional y el pago corresponde a un porcentaje que se pacta por realizar la labor en las instalaciones de la peluquería, dependiendo directamente de cada servicio realizado, manifestando que el pago se efectuaba directamente por el cliente en caja.

Advirtiéndose, la prueba testimonial goza de plena credibilidad por parte de esta Sala de decisión dado que a los testigos les consta de manera directa los hechos narrados por cuanto desarrollaron su profesión en el Salón de la Belleza de la empresa demandada por lo menos para la calenda en que la actora prestó sus servicios y en ese orden conocen de primera mano la forma en que se ejecutó su función como estilista, además fueron espontáneos, dando la razón de su dicho sin que se percibiera ánimo de favorecer alguna de las partes.

En este orden de ideas, conforme a la prueba recaudada tanto documental como testimonial, es claro que la sociedad accionada logró desvirtuar el elemento de subordinación requerido para que se configure un verdadero contrato de trabajo, desvaneciendo la presunción que cobijaba a la actora, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutó la actividad. Así, se establece que la función de ESTILISTA no era ejecutada por la accionante bajo la órdenes EVAMEC BELLEZA respecto del modo o forma de hacer su función, esto es, ninguna injerencia tuvo la demandada respecto de cómo ésta se debía efectuar, en tanto dichos conocimientos son propios de la experticia de la demandante, sin que ello sea en todo caso lo determinante pues, tampoco se encuentran elementos individuales que en suma permitan acreditar la configuración de ésta.

Y solo en gracia de la discusión, de entender que la demandante desarrollaba sus funciones en el horario de apertura y cierre del Salón de Belleza como lo aduce en su interrogatorio, ello por sí solo no conlleva a la mencionada subordinación, puesto que el horario no es una característica exclusiva de una relación de dependencia, en tanto en otro tipo de contrataciones como en la del caso bajo estudio puede ser necesaria y aun indispensable para el cumplimiento del objeto

social de la demandada, sin que ello conlleve a la existencia de un contrato de trabajo, lo cual constituye tan sólo una circunstancia lógica y propia de la función propia de la demandada, sin que desempeñar las funciones de estilista dentro del horario asignado por la accionada, implique el encubrimiento de un ilegal fraude para camuflar una vinculación laboral subordinada con el propósito de evadir las consecuencias de la misma.

Sobre este punto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que "*a pesar de ser el cumplimiento de un horario de trabajo, un indicativo de la subordinación, tal hecho no hace concluir forzosamente la existencia de la subordinación cuando del análisis de otros medios probatorios el juzgador deduce que, en realidad, existió una prestación de servicios personales de carácter independiente y autónoma (CSJ SL8434-2014; CSJ SL14481-2014).*" Sentencia SL11661 del 5 de agosto del 2015.

Aunado a lo anterior, encuentra esta Sala que la demandante contaba con total autonomía en la prestación de sus servicios en tanto la labor era ejecutada con sus propias herramientas de trabajo y los insumos eran adquiridos de su peculio, además tenía la facultad de faltar al establecimiento de comercio ya que como lo refieren los deponentes si no atendía los turnos pues no generaba factura alguna para ser cobrada. Recordando la Sala en este aspecto, el contrato de trabajo es de medios y por ende es el empleador el encargado de suministrar los elementos para desarrollar las correspondientes funciones, lo cual en manera alguna se probó en autos, toda vez que conforme lo refirieron los testigos ya reseñados la misma estilista era quien proporcionaba todos los materiales para desarrollar su labor, infiriéndose de esta manera se trataba de vinculo ajeno al laboral.

En la misma dirección, tampoco se advierte subordinación a causa del uso de uniformes y de los llamados de atención que aseguró la actora se le efectuaron, pues si bien pudieron corresponder a retrasos en sus horarios como lo señala la accionante en su interrogatorio, los mismos no lucen desacertados pues la demandada debía velar por la buena imagen de su salón de belleza y que la prestación de los servicios ofrecidos a sus clientes fuera de excelente calidad.

Ahora bien, en cuanto al hecho de que no se aportaron los contratos comerciales suscritos por la actora como se refiere en la apelación, se advierte los mismos no constituyen prueba sumaria para descartar que la vinculación de la actora no fue de tipo laboral, pues lo que en el presente juicio se analiza es la forma en que en la realidad se ejecutó la profesión de la demandante a favor de la accionada pese a la existencia o no de tales documentales, y en todo caso advierte esta Corporación tales contratos si fueron suscritos por la actora conforme a las documentales obrantes a folios 168 y 169 no desconocidas ni tachadas de falsas por la accionante, aunado que el propio administrador del local comercial aseguro habérselos entregado a la accionante y además las testigos Yenny Rodríguez y Nidia Solórzano fueron claras en expresar que todos los profesionales de la belleza se encontraban vinculados bajo contratos de arrendamiento de espacio en el local y de administración de recursos.

De esta manera, se itera si bien hubo una prestación personal del servicio por parte de la promotora del litigio, lo cierto es que dicha prestación personal de servicio se dio con plena autonomía, y conforme a los conocimientos especiales que posee la actora en su área, sin que pueda darse aplicación a la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T., pues en suma, lo que se desprende en la realidad vista en autos es que el elemento subordinación se desvaneció conforme el análisis íntegro de las pruebas que se realizó, derivando de esta manera la inaplicabilidad de la presunción en comento.

Así las cosas, agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones expuestas por la juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

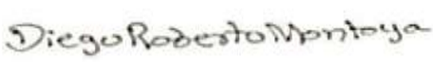
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

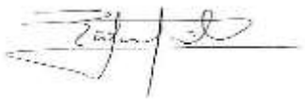
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

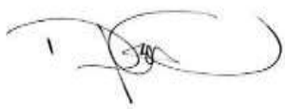
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

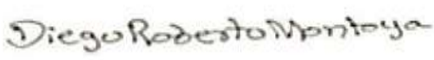


RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BLANCA DEL CARMEN GUZMAN ESPITIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 36 2017 00094 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 195 a 198), PORVENIR (folios 199 a 209) y la demandante (folios 211 a 214), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de febrero de 2020 (Cd a folio 190, récord: 01:36:19, acta a folios 191), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora BLANCA DEL CARMEN GUZMAN ESPITIA el primero de junio de 1994[1] del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante que incluyan cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra.*

[1] El traslado se realizó el 12 de mayo de 1994 pero fue efectivo el 1 de junio de ese año.

> ***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver indexados los gastos de administración.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. liquídense con la suma de $600.000 a título de agencias en derecho.*
>
> ***SEXTO: CONSÚLTESE** con el superior la presente decisión conforme lo dispone el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social en favor de COLPENSIONES."*

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación. En primer lugar, PORVENIR S.A. refiere no encontrarse de acuerdo con la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, en razón a que no constituyen un cobro caprichoso de la administradora, sino que encuentran sustento en la Ley 100 de 1993. Igualmente, alude, devolver estos gastos le genera un perjuicio pues un amplio porcentaje de estos, componen la reserva de prestación de invalidez y sobrevivencia que están en cabeza de la aseguradora[2] (Cd a folio 190, récord: 01:43:43, acta a folios 191).

A su turno COLPENSIONES, pide se estudie la particularidad del caso debatido pues es claro que no resulta ser análogo con los estudiados por la Corte en los cuales se declara la ineficacia cuando se ha perdido el beneficio del régimen de transición, lo que aquí no ocurre.

Así mismo, señala, BLANCA DEL CARMEN no tenía una expectativa legítima en esa entidad pues solo cotizó al régimen de prima media 423,43 semanas y al 1 de abril de 1994 le faltaban más de 25 años para adquirir la edad que exige el RPM para adquirir la pensión de vejez, advirtiendo, de la demanda y del interrogatorio de parte se podía evidenciar que efectivamente la actora tenía conocimiento de las características del régimen de ahorro individual, lo que permitía concluir que PORVENIR cumplió con su deber de información.

---

[2] "*Señoría, muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación en cuanto a la condena en gastos de administración de mi representada, toda vez que no me encuentro de acuerdo con esta condena porque estos gastos de administración no son cobrados a capricho de los fondos privados, precisamente tienen su sustento en la ley 100 de 1993.*

Al devolver estos gastos se estaría causando un perjuicio a cargo de mi representada, toda vez que estos componen un amplio porcentaje como lo son los que están incluidos en la reserva de prestación de invalidez y sobrevivientes y estos gastos ya no se encuentran en cabeza de la administradora sino en cabeza de la aseguradora. Por lo tanto se estaría causando un enriquecimiento injustificado a causa de mi representada. Por lo anterior solicito al honorable tribunal revoque la decisión en cuanto a ese sentido. Gracias."

Por último precisa, el motivo de inconformidad de la convocante es únicamente lo referente al valor al cual ascendería su mesada pensional con relación a la que correspondería en el régimen de prima media, por lo que de existir algún error este no sería de hecho sino de derecho, el cual, conforme al artículo 1509 del Código Civil no vicia el consentimiento; en esa medida, considera, se debe aplicar la prohibición en la que ya se encuentra inmersa la demandante de trasladarse de régimen cuanto le falta menos de 10 años para adquirir la edad de estatus pensional. [3] (Cd a folio 190, récord: 01:44:49, acta a folios 191).

---

[3] "*Su señoría, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación con respecto a las cuatro sentencias aquí proferidas solicitando al honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral que revoque las sentencias emitidas teniendo en cuenta que si bien los fallos traídos a colación por el despacho de la honorable corte suprema de justicia declararon la ineficacia del traslado de los actores, lo cierto es que la misma corte en sentencias como la SL-1452 del año 2019 ha indicado que debe estudiarse cada caso en forma particular, por lo que solicito a la honorable sala que estudie las particularidades de cada uno de los casos aquí debatidos pues no resultan ser análogos con los estudiados por la corte toda vez que la corte declara la ineficacia cuando se ha perdido el beneficio de régimen de transición, lo que no ocurre acá pues ninguno de los demandantes es beneficiario del régimen de transición.*

Con respecto al proceso 2017-00094 demandante señora BLANCA DEL CARMEN GUZMAN, la misma no tenía una expectativa legitima con mi representada ya que solamente cotizó al régimen de prima media 423,43 semanas, además al primero de abril de 1994, es decir para la época en la que inicia la ley 100 de 1993 solamente tenía 32 años de edad y 414,85 semanas cotizadas, es decir, que para el año que fue el mismo en que realizó el traslado le faltaban 25 años de edad para adquirir la edad que exige el régimen de prima media para adquirir alguna prestación de vejez y más de 800 semanas de cotización, además de los hechos de la demanda y el interrogatorio de parte se pudo evidenciar que efectivamente tenía conocimiento de las características del régimen de ahorro individual, lo que permite concluir que la AFP PROVERNIR cumplió con su deber de información.

Con respecto al proceso 2017-00834 demandante JORGE ENRIQUE RAMIIREZ, a 1994 solamente acreditaba 34 años de edad y 243, 53 semanas cotizadas por lo que tampoco tenía una expectativa legitima de pensionarse con mi representada y cuando se trasladó de régimen pensional en el año 1997 solo tenía 413,43 semanas cotizadas y 38 años de edad, es decir que le faltaban más de 886 semanas de cotización y 24 años para adquirir algún derecho en el régimen de prima media.

Por otra parte, en el proceso 2018-00047 JAIME JAIQUEL tenía 38 años de edad al primero de abril de 1994 y tampoco acreditaba 15 años de cotización, además para al año 1997, cuando se trasladó de régimen pensional tenía 44 años de edad, es decir que le faltaban 18 años la edad de estatus pensional en el régimen de prima media y también manifestó conocer características del régimen de ahorro individual como la posibilidad de pensionarse en cualquier edad.

Finalmente, en el proceso 2018-00759 de la señora LUCIA CAMPO esta tenía más de 35 años al primero de abril de 1994, lo cierto es que no tenía una expectativa legitima con mi representada ya que no acreditaba 750 semanas de cotización para 1994, es más, para el año 200 cuando se trasladó de régimen pensional tenía 545 semanas aproximadamente, lo que tampoco cumple con los requisitos de la SU062 DE 2010 para trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo. Además, en su interrogatorio de parte manifestó conocer características del régimen de ahorro individual como que se podía pensionar de una manera anticipada y también manifestó que tenía conocimientos que sus ahorros irían a una cuenta y que podía cotizar más, lo que se traduce en que podía realizar aportes voluntarios.

Así mismo, todos los demandantes que el motivo de sus inconformidad con el régimen de ahorro individual es el valor al cual ascendería su mesada pensional con respecto a lo que sería en el régimen de prima media, por lo que en el caso de existir algún tipo de error este no sería de hecho sino de derecho toda vez que sería sobre un punto de derecho, como son las características de cada régimen pensional y de conformidad con el artículo 1509 de la legislación civil colombiana, un error de derecho no vivía el consentimiento. Por tal motivo es dable aplicar aquella prohibición en la que ya se encuentran todos inmersos de no trasladarse de

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora BLANCA DEL CARMEN GUZMAN ESPITIA, **en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 3, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 7,** aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 12 de mayo de 1994 con la sociedad administradora de pensiones y cesantías HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe para que se trasladara al régimen de ahorro individual al cual pertenece dicha administradora. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a registrar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático; además, se ordene a ambas demandadas reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado de régimen "*sobre la no devolución de los aportes a pensión, a partir del 12 de mayo de 1994 hasta la fecha en que se verifique dicha devolución de los aportes pensionales efectuados por mi poderdante",* y la indexación de las sumas que sean condenadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora, ordenando la devolución de saldos de la demandante al Régimen de prima media con prestación definida y la activación de su afiliación en dicho régimen, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada HORIZONTE hoy PORVENIR, fondo al que se trasladó inicialmente la actora, no logró demostrar el suministro de la información idónea al momento del traslado.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de

---

régimen cuando ya les faltan menos de 10 años para adquirir la edad de estatus pensional. En tal sentido dejo planteado mi apelación. Muchas gracias."

pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

Así las cosas, a folio 16 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 4 de junio de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 16 de diciembre de 2016 (folio 19), es decir, cuando le faltaba más de un año para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 55 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 414,71 semanas de cotización (folio 100) equivalentes a 8,06 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 12 de mayo de 1994 (folios 17, 89, 90 vto. y 101) específicamente, conforme la información reportada el formulario de afiliación, en el SIAFP expedido por ASOFONDOS y en la historia laboral emitida por la oficina de bonos pensionales.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP quienes,

[4] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el

profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

[5] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a

lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
> *(…)*
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
> *(…).*
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que*

---

el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas por los testigos BEATRÍZ INÉS MÁRQUEZ MARTÍNEZ[6], SIMONA DEL ROSARIO PORTACIO VERGARA[7] y MANUEL OCTAVIO RANGEL VÁSQUEZ[8], ex compañeros de trabajo de la demandante, no acreditan en manera alguna que la actora conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario, pues no se encontraban presentes cuando ello ocurrió, adicionalmente, según su dicho, sólo compartieron espacio con la demandante en algunas de las reuniones realizadas por el fondo HORIZONTE, señalando que en dichas oportunidades se les informó que el ISS se iba a acabar, que su pensión sería mucho más alta en el fondo privado y que podrían pensionarse mucho más jóvenes. Adicional, MANUEL OCTAVIO incluso refirió que por tratarse de una AFP perteneciente al grupo de la entidad financiera donde trabajaban, hubo presión por parte de los superiores para realizar ese cambio de administradora.

Aquí es importante anotar, aunque COLPENSIONES en la alzada se refiere al interrogatorio absuelto por la demandante, lo cierto es que, aunque dicho medio de prueba fue decretado a su favor, este no fue practicado dada la inasistencia de

[6] CD folio 50, cuaderno despacho comisorio, récord 07:43.
[7] CD folio 50, cuaderno despacho comisorio, récord 27:50.
[8] CD folio 50, cuaderno despacho comisorio, récord 40:21.

las demandadas a la diligencia adelantada por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Montería, que auxilió la comisión ordenada por la juez *a quo,* en la que además de la prueba testimonial a favor de la demandante, se absolvería el interrogatorio de parte de la actora, pues así se dispuso en la audiencia realizada el 23 de mayo de 2019 (cd folio 165).

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folios 17, 89), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A antes HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, omitió en el momento del traslado de régimen (12 de mayo de 1994, folio 17), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así como tampoco importa en autos el hecho de tener 423,43 semanas cotizadas y no contar con una expectativa legítima de pensión en el RPM como lo dice la recurrente, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este punto.

En este punto conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala a efectos de solventar los cuestionamientos planteados por PORVENIR en la alzada, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción[9] (fl. 133), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

[9] Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 14 de marzo de 2019 (fol. 198)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JINA MARCELA VESGA ECHEVERRY CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, DANIEL EDUARDO VIASUS VESGA Y ABRIL ALEJANDRA VIASUS VESGA (RAD. 35 2018 00703 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, representada legamente por CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal, conforme la escritura pública N° 3368 del 2 de septiembre de 2019 (folio 159 a 162), y a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, como sustituta, de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poderes incorporados a las diligencias (folios 157 y 159 a 163) según corresponda.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por Colpensiones (folios 152 a 156), pues el demandante dentro de dicho lapso guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de octubre de 2019 (Cd. fl. 139, récord 27:23, acta a folio 140 y vto.), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES a reconocer y pagar el 50% de la pensión de sobrevivientes a la demandante señora JINA MARCELA VESGA ECHEVERRY en calidad de compañera permanente de JAIME EDUARDO VIASUS FIERRO, fallecido, en forma mensual y vitalicia a partir del 10 de mayo de 2018*
>
> ***SEGUNDO: REDUCIR** el porcentaje reconocido a los demandantes DANIEL EDUARDO VIASUS VESGA Y ABRIL ALEJANDRA VIASUS VESGA en un 25% cada uno a partir del 10 de marzo de 2018 y reconocer el 100% a la demandante a partir del momento en que los citados DANIEL EDUARDO Y ABRIL ALEJANDRA VIASUS VESGA pierdan el derecho al reconocimiento pensional.*
>
> ***TERCERO**: Se absolverá a COLPENSIONES de las demás pretensiones reclamadas en su contra*
>
> ***CUARTO**: Se declaran no probadas las excepciones planteadas por COLPENSIONES conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia*
>
> ***QUINTO**: Condenar a Colpensiones a las costas fijándose como agencias en derecho la suma de doscientos mil pesos ($200.000)"*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante JINA MARCELA VESGA ECHEVERRI, las pretensiones que relacionó en la subsanación de la demanda a folios 87 y 88, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a folios 85 a 87, solicitando se declare que es beneficiaria en un 50% y de manera vitalicia de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente, causada por el fallecimiento de JAIME EDUARDO VIASUS FIERRO (QEPD), reduciendo a un 25%, cada uno, la pensión que vienen percibiendo DANIEL EDUARDO y ABRIL ALEJANDRA VIASUS VESGA e incrementando al 100% la mesada a su favor, cuando sus hijos pierdan la calidad

de beneficiarios. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a pagar las mesadas pensionales que se generen a partir de su reconocimiento, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor en cuantía del 50%, a partir del 10 de mayo de 2018, se redujo el porcentaje reconocido a DANIEL EDUARDO VIASUS VESGA y ABRIL ALEJANDRA VIASUS VESGA en un 25% cada uno, advirtiendo, la pensión de la demandante deberá ser acrecentada a un 100% cuando los anteriores pierdan el derecho y se absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar que la demandante acreditó los 5 años de convivencia anteriores al deceso del afiliado, enfatizando, aunque hubo una separación de cuerpos 5 meses antes del fallecimiento del causante ello se hizo con el fin de salvaguardar la integridad de la demandante, persistiendo la ayuda mutua aunque no habitaban en lugares diferentes, esto es, se generó por motivos suficientes. Negó el pago de intereses moratorios por considerar atendibles las razones de COLPENSIONES para negar la prestación.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor JAIME EDUARDO VIASUS FIERRO, falleció el 9 de mayo de 2018, conforme se señala en el registro civil de defunción visible a folio 12, como tampoco que se encontraba afiliado a COLPENSIONES y que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, aspectos que además de no haber sido objeto de discusión dentro del proceso, se constatan de los actos administrativos SUB 201229 de 28 de julio de 2018 (folio 24 a 31), SUB217742 de 16 de agosto de 2018 (folio 32 a 35), SUB 239578 de 11 de septiembre de 2018 (folios 37 a 43), DIR 16962 de 18 de septiembre de 2018 (folios 44 a 49) y DIR18040 del 9 de octubre de 2018 (folios 51 a 55), en los cuales se reconoció una pensión de sobrevivientes en cuantía de $1.967.596 a favor de DANIEL EDUARDO VIASUS VESGA (folio 30 vto.) y ABRIL ALEJANDRA VIASUS VESGA (folio 42 vto.), en calidad de hijos supérstites del causante, distribuida en un 50% cada uno, a partir del 9 de mayo de 2018.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si la señora JINA MARCELA VESGA ECHEVERRI, en calidad de compañera

permanente, acreditó los requisitos previstos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante -9 de mayo de 2018, folio 12-, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Ahora bien, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[1], era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación en sentencia SL1730 de 2020[2], señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a)

---

[1] ***"ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.*** *<Artículo modificado por el artículo 12 de la 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 (…)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. 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[1]; (…)

[2] *Lo que discute en casación la censura, es la exégesis dada por el colegiado, al art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, respecto al número de años de convivencia exigidos a la compañera permanente de un afiliado al Sistema General de Pensiones, para establecer su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.*

En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual "el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes[L]"

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

"(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido"

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, ***es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia****. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias* ***pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia****; también se* ***ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional****. Por esto, dijo la Corte,* ***con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada****.*

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las

condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[…]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes "constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar".

*En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. **En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes**.*

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

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; (subraya y negrilla fuera de texto)*

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que "Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. ***Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes****" (subraya y negrilla fuera de texto).*

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de ***afiliados*** *al sistema no pensionados, y la de* ***pensionados****, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el ***literal a)*** *del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como "Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos". De su parte, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

"(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser

separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral"

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliar como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, "*una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador",* bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañera permanente- del afiliado fallecido, postura que desde este momento acoge esta Sala de Decisión,

---

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones en dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

atendiendo lo dispuesto por ese máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia.

En ese orden, en primer lugar, según se verifica de su registro civil de nacimiento de la demandante (folio 15), esta nació el 31 de agosto de 1977, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante contaba con 40 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

En lo que respecta a la convivencia, sostiene la demandante haber ostentado la calidad de compañera permanente del causante desde el mes de octubre de 1995[3], fecha desde la cual no se separaron sino hasta que se produjo el deceso.

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de compañera permanente del causante, de la señora JINA MARCELA VESGA ECHVERRY, por el lapso exigido en la norma, debe acudirse al acervo probatorio recaudado en autos.

En esa dirección, se absolvió el interrogatorio de los demandados ABRIL ALEJANDRA VIASUS VESGA[4] y DANIEL EDUARDO VIASUS VESGA[5], hijos del causante y la demandante, quienes fueron consistentes en indicar que sus padres tenían relación desde 1995, quienes vivieron juntos hasta octubre de 2017 cuando en familia tomaron la decisión que durante un tiempo DANIEL viviría con su papá y ABRIL con su mamá (demandante) en razón a que el causante tenía problemas de salud mental que conllevaron a dificultades intrafamiliares, advirtiendo, esta medida se tomó con el ánimo de asegurar la integralidad de la demandante pues habían episodios de violencia y maltrato hacia esta por parte de JAIME EDUARDO (QEPD), al igual que con el fin de que este último pudiera recibir tratamiento y reorganizarse. También indicaron que a pesar de la separación, sus padres siguieron teniendo contacto como pareja, frecuentemente JINA MARCELA visitaba a JAIME y se quedaba con él, estaba pendiente de su salud y parte emocional. Aseguraron, 5 o 6 meses después de ese distanciamiento falleció su progenitor quien estaba diagnosticado con bipolaridad, depresión, ansiedad, adicción al alcohol y otras drogas.

[3] Hechos 2 y 7 de la demanda (fls. 3 y 4)
[4] Cd. fl. 132, record 17:20.
[5] Cd. fl. 132, record 25:54.

Así mismo, a efecto de acreditar su dicho, se recaudaron los siguientes testimonios:

YADY LORENA VESGA[6], hermana de la actora, aseguró que la demandante y el señor JAIME vivieron juntos desde 1995 cuando nació su hijo DANIEL. Mencionó que la pareja se separó en octubre de 2017, para darse un tiempo mientras él tomaba el tratamiento, lo que le consta porque su hermana se lo comentó. Señaló, desde que conoció a JAIME quien tenía problemas mentales y de adicción; que la demandante fue objeto de violencia intrafamiliar, puntualizando que no siempre era así, que había temporadas en que el comportamiento de JAIME era muy agresivo, pero que igual ellos hacían terapias, charlas y quisieron ayudarlo con todo eso. Relató, la actora no sacó de la casa a su compañero, que esto fue de mutuo acuerdo entre los 4, acordando la separación mientras el causante recibía ayuda psicológica, que sería por un lapso corto y que apenas estuviera mejor volvería con ellos otra vez, lo que le consta porque la actora se lo comentó a ella y su mamá. Por otro lado, comentó, aunque vivían en casas diferentes estas eran muy cercanas por lo que su hermana visitaba a JAIME frecuentemente, que a veces se quedaba con él y lo acompañaba a citas médicas.

A su turno, LINA RIVAS CALDERON[7], dijo conocer a la demandante y al señor JAIME EDUARDO VIASUS desde hace más de 30 años, y aseguró que la pareja convivió hasta el fallecimiento del consorte, señalando, estos tenían un acuerdo de separación por el problema que él estaba pasando, para que estuviera un momento sin ella, según se lo comentó la demandante.

Por su parte, JULIETH ALEXANDRA GOMEZ CAÑAS[8], refirió ser novia del DANIEL EDUARDO, hijo de la demandante y el causante, que conocía a la pareja desde hace 10 años, que es el mismo tiempo que lleva de relación con DANIEL. Relató, que la pareja se separó por los problemas psicológicos y mentales de JAIME en octubre de 2017, lo que le consta porque permanentemente visita a la familia. Indicó, presenció algunas agresiones verbales hacia la demandante, lo que los llevó a separarse. Señaló, antes de separarse habían tomado tratamiento con una psicóloga de bomberos pero JAIME no quiso seguir y que después del

[6] Cd folio 132, record 36:43.
[7] Cd folio 132, record 50:26.
[8] Cd Cd folio 132, record 56:04.

distanciamiento, que se tomó de mutuo acuerdo, este estuvo internado por unos días en la clínica de la paz.

Ahora bien, con la demanda se incorporó certificado expedido por FAMISANAR EPS el 16 de mayo de 2018 (folio 58), en el que consta que JINA MARCELA VESGA ECHVERRI era beneficiaria del sistema general de seguridad social en salud de JAIME EDUARDO VAISUS FIERRO en calidad de compañera. Así mismo, reposa acta de declaración extrajuicio rendida ante la Notaría 51 del Círculo de Bogotá el 25 de enero de 2013 por JAIME EDUARDO VIASUS FIERRO y JINA MARCELA VESGA ECHEVERRI, en la que declararon bajo la gravedad del juramento que "*hace 18 años que nos encontramos conviviendo en unión marital del hecho en forma permanente e ininterrumpida bajo un techo"* (folio 59).

Se encuentra igualmente copia del correo electrónico del 12 de noviembre de 2017 enviado por JAIME EDUARDO VIASUS a la demandante (folio 79), de la cual se destacan los siguientes apartes:

> "*ojalá un día, y ojala, no tan lejano, podamos mirarnos a los ojos, y veas realmente ni escencia* (sic), ***así nuestros caminos se hayan separado temporal o definitivamente****….todo es un total misterio.*
>
> *Buen viaje mi Mallita… te lo deseo con el corazón en la mano."*

También se encuentra copia del registro civil de la demandante (folio 131) que tiene la siguiente anotación: *"SEGÚN SENTENCIA DEL* ***14 DE MAYO DE 2019*** *DEL JUZGADO OCTAVO DE FAMILIA DE BOGOTÁ, SE DECLARÓ LA EXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL DE HECHO DESDE EL 1 DE OCTUBRE DE 1995 HASTA EL 10 DE OCTUBRE DE 2017 Y SE DECLARÓ LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES DESDE EL 01 DE OCTUBRE DE 1995 HASTA EL 10 DE OCTUBRE DE 2017 DE JINA MARCELA VESGA ECHVERRI Y JAIME EDUARDO VIASUS FIERRO (FALLECIDO) BOGOTÁ D.C. 25-05-2019 LV113 FOLIO 192)"* (Negrillas y subrayas de la Sala)

De la prueba antes analizada se puede concluir que la señora JINA MARCELA, aunque ostentó la calidad de compañera permanente del causante, contrario a lo advertido por la demandante desde el libelo introductor, ello lo fue hasta un momento muy anterior a la muerte del causante y no hasta el deceso, o por lo

menos ello no lució acreditado, por el contrario, los medios de prueba a los que se hizo referencia dan cuenta que la relación de pareja perduró sólo hasta octubre de 2017, esto es, casi 7 meses antes de la muerte del afiliado.

Nótese, aunque la señora VESGA asegura en el libelo que convivió con el causante hasta su fallecimiento, refirió que hubo una separación en octubre de 2017 (folio 85, hecho 6), lo que de contera implica una fractura en la continuidad de la cohabitación, y aunque, si bien es cierto como lo refirió el a quo, no es necesario que la pareja viva bajo el mismo techo cuando ello obedezca a razones atendibles, no es menos cierto que debe permanecer entre la pareja el ánimo de mantener el vínculo, la ayuda mutua y el proyecto de vida en común, situaciones estas últimas que para la Sala no están acreditadas, pues aunque los hijos de la pareja indicaron que la separación fue de mutuo acuerdo y con el fin de que el causante se sometiera a tratamientos médicos, de ello nada consta en el plenario, aparte de su dicho y, en todo caso, no debe olvidarse que sus versiones deben valorarse con mayor rigurosidad notándose de sus versiones el ánimo de favorecer a la demandante.

De igual forma debe decirse, aunque las testigos refieren que hubo una separación consensuada de la pareja acaecida en octubre de 2017, lo cierto es que tal acuerdo no les consta directamente y su conocimiento deviene de lo referido por la demandante, tampoco dieron a conocer las circunstancias por las cuales les consta que continuó el ánimo de permanecer en unión de los compañeros, pues nada dijeron al respecto.

A lo anterior se suma, que de la comunicación electrónica de noviembre de 2017 (folio 79) que remitió el causante a la demandante se advierte la ruptura de la relación de la pareja y la culpa que siente por ello.

Las pruebas analizadas, guardan consistencia con la decisión del Juzgado 8 de Familia de Bogotá que consta en el registro civil de la demandante, en la que se declaró que la unión marital de la pareja estuvo vigente hasta octubre de 2017 (folio 131 vto.).

Así las cosas, conforme lo reseñado esta Sala de decisión una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la

decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, si bien la señora JINA MARCELA VESGA ECHEVERRI y el señor JAIME EDUARDO VIASUS FIERRO tuvieron una unión marital de hecho, ello solo fue hasta octubre de 2017, esto es, hasta 7 meses antes del deceso del causante, por lo que es claro que a la fecha de fallecimiento del señor JAIME EDUARDO VIASUS FIERRO no ostentaba la calidad de compañera permanente, requerida para acceder a la prestación que reclama, además, en el plenario no se acreditó una verdadera comunidad de vida con el vínculo existente de amor y protección, con sus consecuentes manifestaciones de ayuda y apoyo mutuos, por parte de la señora VESGA al momento de la muerte del pensionado de los que se pudiera derivar la continuidad de la unión pese a la separación de cuerpos de la pareja, de hecho, conforme lo anotó COLPENSIONES en la Resolución SUB 217742 del 16 de agosto de 2018 (folio 35) conforme la historia clínica emitida por la CLÍNICA SANTO TOMAS se indicó que "*la sintomatología se presenta luego de la ruptura sentimental con su esposa"*.

Por lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la señora VESGA ECHEVERRI dirigida a acreditar su calidad de compañera permanente respecto del señor JAIME EDUARDO VIASUS (q.e.p.d.), al momento de su muerte, sufriendo entonces la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, habiéndose arribado distintas conclusiones a las vertidas por el Juez a quo, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia consultada.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia, por las razones aquí expuestas y, en su lugar, ABSOLVER a COLPENSIONES, a DANIEL EDUARDO

VIASUS VESGA y ABRIL ALEJANDRA VIAUS VESGA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANDRÉS ENRIQUE CÁRDENAS GUITIÉRREZ CONTRA JAMMING S.A.S. (RAD. 35 2018 00523 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandante (folio 125), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso interpuesto por el extremo demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de enero del 2020 (Cd. fl. 119, record: 24:07 acta a folio 120), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a JAMING S.A.S., representada por ALEJANDRO CAZALLAS RODRÍGUEZ, o quien haga sus veces, por las razones indicadas en la parte motiva de esta sentencia, a pagar a ANDRÉS ENRIQUE CÁRDENAS GUTIERREZ, las siguientes sumas de dinero:*
>
> 1. *Por reliquidación de salarios del año de 2013: $148.500.*
> 2. *Por diferencia del pago de cesantías de 2013: $309.975.*
> 3. *Por diferencia del pago de intereses a las cesantías de 2013: $32.793.*
> 4. *Por diferencia del pago de las cesantías de 2014: $3.611.*
> 5. *Por diferencia del pago de intereses a las cesantías de 2014: $433.*
> 6. *Por sanción contenida en la Ley 52 del 75 la suma de: $33.226.*
> 7. *Por vacaciones la suma de: $910.000.*
> 8. *Por diferencias en el pago de prima del 2013: $309.975.*
> 9. *Por diferencia del pago de prima del año 2014: $3.611.*
> 10. *La indemnización consagrada en el artículo 65 del CST un día de salario por cada día de mora a razón de $43.333, diarios del 7 de septiembre de 2016 al 2 de diciembre del mismo año la suma de: $3.683.305.*
> 11. *Respecto de los aportes a pensión se ordenará la cancelación del cálculo actuarial previa emisión por parte de Porvenir.*

> ***SEGUNDO: CONDENAR** a JAMMING S.A.S., a reconocer y pagar el cálculo actuarial para que sea elaborado por la entidad pensional a que se encuentra afiliado el demandante ANDRÉS ENRIQUE CÁRDENAS GUTIERREZ, con base en el tiempo laborado por el demandado (Sic), del 1 de julio de 2013 al 6 de septiembre de 2016.*
>
> ***TERCERO: CONDENAMOS** en **COSTAS** a la demandada, por secretaria líbrense las costas correspondientes incluyendo como agencias en derecho $1.000.000."*

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora, interpuso recurso de apelación en primer lugar respecto de las horas extras laboradas, aduciendo que en la documental aportada con la demanda, puntualmente con las conversaciones que sostuvo el representante legal de la demandada con sus trabajadores, se pueden extraer las horas extras causadas tanto nocturnas como dominicales.

Por otro lado, refiere respecto de la indemnización moratoria su condena se debe reliquidar, ya que si bien se canceló una suma parcial de la liquidación al demandante, la accionada ha demostrado conductas de mala fe, ya que asegura se expidió una certificación en la que se indica que el actor era un contratista mas no un trabajador y no se presentó a las audiencias surtidas dentro del presente tramite, además expresa que conforme al memorial presentado el 1° de noviembre del 2019 ante el Juzgado de primera instancia el representante legal de la accionada se insolentó, pues desde el año 2018 la empresa JAMMING S.A.S. no volvió a renovar su matrícula mercantil y por el contrario crearon una empresa unipersonal, en la cual el señor Alejandro Casallas también funge como representante legal y como único socio, lo cual en su sentir constituye una conducta con la cual pretende evadir sus responsabilidades como empleador, evidenciándose así la mala fe que el empleador tuvo con su extrabajador buscando únicamente insolventarse para no tener como responder por las condenas impuestas.

Solicitando se condene al pago de la indemnización moratoria hasta la fecha en que se pague la condena impuesta bien sea a la nueva empresa o al señor Casallas como persona natural pues reitera éste ha actuado de mala fe con quien fue su trabajador[1]. (Cd. fl. 119, record: 26:18)

---

[1] "Gracias su señoría. Respetuosamente me permito interponer recurso de apelación parcial contra el fallo aquí proferido en su Honorable despacho.

En primer lugar, respecto de la exoneración respecto de las horas extras laboradas por mi poderdante, toda vez que, estas si bien es cierto, como lo manifestó el despacho pues no existía un documento en el que se pudiera corroborar su existencia, si lo es que en el material, en la documental aportada con la presentación de la

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

---

demanda, puntualmente me refiero a todas las conversaciones que el Señor Alejandro en su calidad de representante legal de Jamming S.A.S., sostenía con sus trabajadores, las cuales, se aportaron en sendos folios y que registran pues el tiempo, en el cual, el demandante estuvo vinculado laboralmente con la empresa pues es cierto que estas se podrían inferir o por lo menos habría alguna forma de tasar horas extras causadas y no solo horas extras sino también las que se pidieron respecto de las que tenían recargo nocturno, dominical, y pues en general el trabajo suplementario.

De esta manera me pronuncio frente a esta absolución, adicionalmente quisiera solicitar a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se sirvan condenar a la parte demandada respecto del artículo, más bien, reliquidar la condena que se dio del artículo 65, toda vez que, si bien es cierto el demandante (Sic) canceló una suma parcial de la liquidación de mi poderdante, pues también es que este desde que se contestó la demanda ha manifestado conductas de mala fe, en las cuales, por ejemplo, en una certificación laboral indicó que mi poderdante era un contratista mas no un trabajador.

Adicionalmente a ello, tampoco pues se presentó en esta diligencia ni siquiera su apoderado quienes denotan la total indiferencia respecto a este proceso, a este respecto, quisiera mencionar a los Honorables Magistrados, que si bien es cierto, el pasado mes de octubre el 30 de octubre, si no estoy mal, se rindió diligencia, en la cual, se realizó la audiencia inicial y parte de la audiencia de trámite y se cerraron alegatos de conclusión, pues también es que esta apoderada el pasado 1 de noviembre de 2019, aportó al despacho un memorial, en el cual, indicaba que como hecho sobreviniente pues por alguna información recibida de personas ajenas pues a este proceso el Señor Alejandro se había insolventado, desconociendo pues es muy probable que haya sido simplemente por desconocer las condenas que aquí se le pudieren imponer.

En vista de que el objeto social de la empresa Jamming S.A.S., era fomentar la realización de un festival que es nacionalmente conocido llamado Jamming Festival y que ese festival continua existiendo, sin embargo, la empresa demandada Jamming S.A.S., ya no volvió desde el año 2018, es decir, en el año que se notificó de la presente demanda a esta entidad en ningún momento volvieron a hacer la renovación de la matricula mercantil por lo contrario crearon una empresa unipersonal, en la cual, el Señor Alejandro Cazallas, también fungía como representante legal, también fungía como único socio, es decir, las mismas características de Jamming S.A.S., se trasladaron a esta nueva empresa y ese es el único objeto que pues de cambiarle básicamente el nombre a la razón social, porque finalmente el Señor Alejandro Cazallas, lo único que ha venido haciendo es tratar de evadir sus responsabilidades como empleador y de esa manera fue que él se insolventó, por eso en el precitado memorial que radicó la suscrita el 1 de noviembre, con gran sorpresa pues me enteré de esa información que con gran sorpresa pues claramente en el mismo documento se expresa que ya se había cerrado la etapa de alegatos, ya se había cerrado la etapa probatoria, pero pues quedaba en manos del Juez a quo, para que en sus facultades para poder reabrir la etapa probatoria o hacer algún tipo de reconsideración respecto a lo que ya se había suscitado en el transcurso del proceso pues fue por eso que se hizo esa solicitud, por lo cual, solicito muy respetuosamente a los Honorables Magistrados que claramente pues según su discrecionalidad y la pertinencia que le vean a reabrir este debate probatorio pues que detengan a revisar esos documentos que aporte ese día, en los cuales, señala o se permite evidenciar la mala fe que el empleador tuvo con su extrabajador y que lo único que él buscó fue insolventarse para no llegar pues a tener como responder por las condenas aquí impuestas.

Entonces, es por eso que respecto de la condena del artículo 65 que se profirió en este despacho pues que se vuelva a liquidar y de esa manera se condene al demandado hasta el pago total de la condena aquí impuesta, en razón a los $43.000, pues que el a quo señaló, no hasta el momento en el que el demandado pagó la suma de dinero citada en la sentencia sino hasta el momento en el que pague la totalidad de la condena y pues igualmente como lo solicité en ese memorial no es solamente para que condenen a Jamming S.A.S., que es una entidad que ya no existe o virtualmente ya no existe, sino que se condene ya sea a la nueva empresa o al Señor Cazallas, como persona natural quien flagrantemente ha actuado de mala fe en contra pues de quien fue su trabajador y hoy en día es el demandante. Gracias su señoría."

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor ANDRÉS ENRIQUE CÁRDENAS GUTIÉRREZ, en este ordinario, las pretensiones de folios 55 y 56 l**as que encontraron sustento en los hechos visibles a folios 56 a 63**, solicitando se declare, entre las partes existió un vínculo laboral entre el 1° de julio del 2013 y el 6 de septiembre del 2016, en consecuencia se condene al pago de horas extras diurnas, nocturnas, con recargo nocturno y con recargo dominical, aportes al sistema general de seguridad social, el restante de la sumas debidas por primas de servicios, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones proporcionales del último año laborado, 21 días de vacaciones dejadas de tomar, diferencia salarial, indemnización moratoria, expedición de una certificación laboral que se ajuste a los presupuestos legales, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a pagar la diferencia por reliquidación de prestaciones sociales del año 2013 y 2014, en atención a que se pagaron las prestaciones con un salario inferior al encontrado, declarando probado el vínculo laboral del 1° de julio del 2013 al 8 de septiembre del 2016, igualmente condenó al pago de los aportes a seguridad social en pensiones previo cálculo actuarial, el cual indicó debía ser emitido por parte de Porvenir y a la indemnización moratoria hasta el 2 de diciembre del 2016 cuando se le hizo un pago parcial al demandante, absolviendo de las horas extras reclamas al no encontrarlas probadas, de los aportes a salud y de la indexación de las sumas adeudadas.

Pues bien, previo a abordar el estudio de fondo de la controversia planteada, ha de señalarse, no es objeto de debate en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes aquí en contienda, desarrollado del 1° de julio del 2013 al 8 de septiembre del 2016, pues además de haber sido declarado por el Juez *a quo* se puede corroborar con la documental de folios 33 a 35, la cual no fue tachada ni desconocida por la demandada.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

De tal manera, se iniciará con el estudio de la procedencia de las **horas extras** reclamadas, advirtiendo desde ya, para esta Sala de decisión resulta clara la orfandad probatoria respecto del trabajo dominical, festivo o nocturno que diera lugar al pago de las condenas reclamadas por el actor, precisando las mismas no se pueden acreditar con las impresiones visibles a folios 36 a 45 las cuales solo contienen diversas conversaciones con "*Bar Casa Babylon Group"* y "*Alejandro Casallas",* sin que de allí se pueda extraer el trabajo suplementario alegado, pues en las citadas conversaciones no se encuentran discriminados los días y las horas que eventualmente hubiesen sido asignadas al demandante para trabajar por fuera de su horario y que efectivamente las hubiere laborado, aunado a que se desconoce de dónde provienen tales diálogos, y en cuanto a la planilla de folio 51, la misma no se puede tener en cuenta por cuanto fue elaborada por el propio demandante y en ese orden es bien sabido que nadie pueda fabricar su propia prueba.

Así las cosas, se itera, para esta Sala no hay prueba alguna que permita establecer si el actor realmente trabajo horas extras, o en horarios que generaran el pago de recargos y dominicales, circunstancia que de suyo impide la prosperidad de sus anhelos en este sentido, precisándose, la carga probatoria se encuentra en cabeza del actor y no le es dable al fallador efectuar cálculos o suposiciones acerca de un número probable. En relación con el asunto materia de estudio, en sentencia SL 1149 del 25 de marzo del 2020 se indicó:

> *"La jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario, debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los días y las horas en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones, efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo.*

Ahora en lo que respecta al pago de dominicales:

> *"Cuando el trabajador alega que trabajó en días de descanso obligatorio, debe probar que efectivamente los ha trabajado. Porque debe presumirse que el patrono da cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en esos días, y esa presunción ha de destruirse por medio de prueba directa." (Tribunal Superior del Trabajo, sentencia de septiembre 4/48.)*

Recuérdese como lo ha enseñado la H. Corte Suprema de Justicia que "*para que el juez produzca condena por (…) dominicales o festivos, las comprobaciones sobre el*

trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia; es decir, el caudal probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión, de forma que no le sea necesario al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias, para determinar el número probable de las que estimen trabajadas" (Sentencia SL 2051 Rad. 42256 del 19 de febrero del 2014).

Corolario de lo anterior, para esta Sala resulta evidente, el actor no cumplió con su carga probatoria, respecto del trabajo en horas extras, dominical, festivo y nocturno reclamado y ante una falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la parte demandante resulta acertada la decisión absolutoria, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "*EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"* lo que se itera conlleva a la absolución de la traída a juicio.

Finalmente, en lo atinente a los reparos formulados respecto a la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T**. por falta de pago oportuno de salarios y prestaciones debidas, se precisa esta procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe[2]. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[3].

---

[2] Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

[3] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).*

En el presente asunto, advierte la Sala, la pasiva no aludió a circunstancia alguna que justificara el pago incompleto de las prestaciones causadas a favor del demandante a la terminación de su contrato de trabajo, por lo que se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar con el verdadero salario las acreencias debidas al actor, pues como se dejó evidenciado, no tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, pues ni una sola justificación se presentó respecto a la mora en el pago, razón por la cual resultó procedente la condena a esta indemnización.

No obstante la citada mala fe a la que se refiere la parte demandante en su apelación no puede extenderse hasta el cumplimiento total de las condenas impuestas dentro del presente proceso ordinario, en primer lugar porque al haber tenido el demandante como último salario la suma de $1.300.000 esta condena de 1 día de salario por cada día de retardo solo procede por los primeros 24 meses luego de haber terminado el vínculo contractual, que en el presente asunto ocurrió el 8 de septiembre de 2016 conforme a la liquidación de prestaciones sociales de folio 33, esto es, que en principio solo sería procedente hasta el 8 de septiembre del 2019 y en segundo lugar porque tal como lo señala el demandante en los hechos 90 a 92 del libelo (fls. 62 y 63) y se aceptó por la pasiva (ver fls. 85 y 86) ésta si realizó una liquidación de prestaciones sociales cuyo valor fue consignado el 2 de diciembre del 2016 (ver fl. 48), por lo que no se puede predicar a partir de dicha fecha un actuar de mala fe de la accionada pues hasta esa data canceló lo que en su sentir correspondía, siendo únicamente con la interposición del presente ordinario que se logró determinar que para los años 2013 y 2014 existieron unas diferencias en los montos reconocidos lo cual dio lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales causadas para tales calendas, por lo que en este punto se deberá confirmar la sentencia recurrida.

Advirtiendo a la apelante en lo relacionado con la posible insolvencia de la accionada, debió haber acudido a lo dispuesto por el artículo 85 A del C.P.T. y S.S. en aras de que el Juez a quo definiera tal situación.

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).”

Igualmente en cuanto a la solicitud de que la condena se profiera en contra del señor ALEJANDRO CASALLAS RODRIGUEZ y/o de la empresa BUENA VIBRA EVENTOS E.U., baste con señalar estos no formaron parte de la presente Litis pues aquí solo se demandó a la sociedad JAMMING S.A.S. y en ese orden al no haber sido llamados como demandados y no girar el debate en torno a su posible responsabilidad frente a lo adeudado al demandante, resulta improcedente esta petición.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

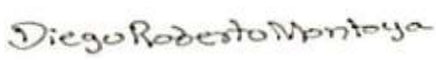
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

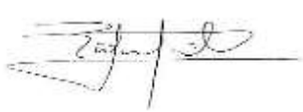
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

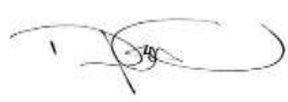
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



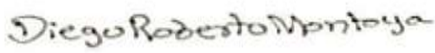
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN





RAFAEL MORENO VARGAS **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO FERNANDO GAVIRIA PEREZ CONTRA SEGURIDAD IVAEST LTDA hoy SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA[1] (RAD. 35 2018 00152 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado NESTOR EDUARDO AVILA ROBLES, como apoderado sustituto de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias (folio 85).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte del demandante (fls. 89 y 90), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de octubre del 2019 (Cd. fl. 77, audio 2, record 18:17 acta a fl. 82), en la que se resolvió:

[1] Conforme al Certificado de existencia y representación legal de folios 78 a 81 por escritura pública No. 3797 del 19 de diciembre del 2018, la sociedad cambio su nombre de SEGURIDAD IVAEST LTDA. por el de SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA.

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA., a pagar por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia a FERNANDO GAVIRIA PÉREZ, las siguientes sumas de dinero:*
>
> 1. *Por salario de mes de marzo de 2015, $574.680.*
> 2. *Por cesantías $165.175,11.*
> 3. *Intereses a las cesantías $4.624,90.*
> 4. *Por prima de servicios $165.175,11.*
> 5. *Por vacaciones $516.172,22 debidamente indexados.*
> 6. *Por indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 del año 90, la suma de $11.453.680*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA., por las razones indicadas en la parte motiva de este proveído, a pagar a FERNANDO GAVIRIA PÉREZ, la indemnización del artículo 65 del CST, es decir, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superfinanciera, sobre el salario y las prestaciones adeudadas a partir del 25 de marzo de 2015, y hasta la fecha en que se verifique el correspondiente pago.*
>
> ***TERCERO:** se **CONDENA** en **COSTAS** en esta instancia a la entidad demandada, señalando como agencias en derecho la suma de $1.000.000."*

Inconforme con la sentencia, el apoderado del demandante manifestó su desacuerdo únicamente respecto de la indemnización moratoria expresando que la sanción para el trabajador que presenta la demanda después de los 24 meses, es como lo señala la norma de forma expresa y clara, que a partir del mes 25 se liquidará con los intereses moratorios señalados por la Superintendencia Bancaria, esto es, que los primeros 24 meses del trabajador deben ser liquidados conforme a un día de salario por cada día de retardo, y la sanción solamente aplica a partir del mes 25, considerando que la interpretación dada por el Juez de primer grado es contraria a la disposición normativa, porque en el artículo 65 se señala que si el trabajador, vencido los 24 meses no ha presentado la demanda, se liquidara dicha indemnización moratoria con el interés bancario a partir del mes 25, de manera que, en su sentir anticipar dicha sanción dos años es contrario a la ley.[2] (Cd. fl. 77, audio 2, record 19:54).

---

[2] "Si señor Juez, para interponer recurso de apelación solamente con uno de los aspectos que no tenemos coincidencia con el despacho, y es en cuanto a la indemnización moratoria por el no pago de los salarios y prestaciones contenida en el artículo 65 del CST.

Me permito entonces, presentar el argumento de la siguiente manera:

La interpretación que el artículo 65 tiene es muy clara señor Juez, para la defensoría pública, en el sentido que la indemnización moratoria, ha de calcularse durante los primeros 24 meses, sin distinción alguna, si el trabajador presentó la demanda antes de este plazo, no, siempre liquidada con un salario diario por cada día de retardo, cuál es la sanción que opera para aquel trabajador que presenta su demanda después de los

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en éste ordinario, las pretensiones incoadas a folios 5 a 7, **las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 3 a 5**, aspirando principalmente se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo de un año el cual inició el 9 de octubre del 2013 y terminó por renuncia del trabajador el 24 de marzo del 2015, en consecuencia se condene al pago de la indemnización por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías del año 2013 y 2014, los salarios correspondientes del 1° al 24 de marzo del 2015, cesantías, intereses, prima de servicios del año 2015, compensación de vacaciones por todo el tiempo laborado, la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales y la indexación sobre la compensación de vacaciones. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a la encartada al pago del salario del mes de marzo del 2015, cesantías, intereses a las cesantías,

---

24 meses como en efecto ocurrió en este caso y pues valga la pena recordar que el trabajador presenta esa demanda, después de los 24 meses, en cuanto a que había agotado varios recursos, intentando hacer el cobro directo a la empresa, inclusive hasta acciono por vía de tutela, entonces, reitero, la sanción para el trabajador que presenta la demanda después de los 24 meses, es como lo señala la norma de forma expresa y clara, que a partir del mes 25 se liquidará con los intereses moratorios señalados por la Superintendencia Bancaria, la interpretación que desafortunadamente han venido realizando algunos despachos, desatiende el principio constitucional y legal de interpretación favorable a los trabajadores, en qué consiste esta interpretación.

En efecto el despacho al emitir su sentencia ahora, señala que se sanciona al trabajador por haber demandado después del mes 24, y que dicha sanción es aplicable desde el primer día de mora hasta el último en que se efectúa el pago, la tasa de intereses de la Superintendencia Bancaria, esta interpretación no está acorde a la Ley, lo que deviene entonces en una sentencia contra leyen, la sentencia está en contra de la misma Ley, no solamente porque vulnera la interpretación de la literalidad de la norma, sino porque la interpretación pues termina siendo desfavorable.

Reitero, entonces señor Juez, que el criterio que defendemos y la razón por la cual interponemos el recurso de apelación, es que los primeros 24 meses del trabajador deben ser liquidados en su indemnización moratoria, un día de salario por cada día de retardo, y la sanción solamente aplica a partir del mes 25, decirlo de forma contraria como su despacho lo señala, pues es contrario a la disposición normativa, porque en el artículo 65 señala que si el trabajador, vencido los 24 meses no ha presentado la demanda, se liquidaran dicha indemnización moratoria con el interés bancario a partir del mes 25, de manera que, anticipar dicha sanción dos años es contrario a la ley y en este sentido dejamos entonces presentado el argumento de apelación.

Solicitando al Honorable Tribunal, primero al Señor Juez, conceda el recurso, y en segunda medida a los Honorables Magistrados del Tribunal que se sirvan revocar única y exclusivamente este aspecto de la condena, en lo demás estamos de acuerdo con usted señor Juez. Muchas gracias.*"*

prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías del 2013 y 2014 y los intereses moratorios por el no pago del salario y las prestaciones sociales, desde el 25 de marzo del 2015, tras considerar, que la demandada pese aceptar la existencia del contrato laboral no canceló las acreencias al demandante a la terminación del vínculo, precisando que como la demanda se interpuso pasados 2 años luego de la finalización del contrato y el actor devengaba más de 1 salario mínimo solo se podía condenar a los intereses moratorios.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en el punto concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

De tal manera, es claro que no existe controversia sobre la vinculación laboral del demandante con la pasiva, como tampoco los extremos de la relación y el salario determinado por el Juez de primer grado, en tanto tales aspectos no fueron objeto de reproche ante esta instancia.

En este sentido la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar la forma en que se debía liquidar la INDEMNIZACIÓN MORATORIA apelada por la parte demandante, para lo cual baste con recordar que justamente al no encontrarse acreditada la buena de la fe de la accionada por el no pago de las acreencias del actor, el Juez *a quo* condenó a esta sanción en los términos del artículo 65 del C.S.T., el cual señala:

> *"<Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria* ~~***o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial***~~*, el empleador deberá pagar al trabajador intereses*

> *moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.*
>
> *Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero."*
>
> *PARÁGRAFO 2o.* ***Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente****. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.*

Ya en el tema concreto objeto de apelación, considera oportuno la Sala traer a colación, a sentencia No. 36577 del 06 de mayo de 2010, proferida por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en la cual señaló de manera clara, la interpretación que debe darse al artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, tal como se transcribe a continuación:

> *"En este caso es un hecho no discutido que la relación laboral de la demandante terminó el 31 de diciembre de 2003, de tal suerte que, como lo afirma la censura, para ese momento ya se encontraba rigiendo el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que introdujo una modificación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Según aquella norma, luego de que fuera parcialmente declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-781 del 30 de septiembre de 2003, que retiró del ordenamiento jurídico las expresiones "o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial", la indemnización por falta de pago, en lo que aquí interesa, quedó regulada de la siguiente manera:*
>
> > *"Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique".*
>
> *La anterior disposición, según el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.*
>
> *No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del*

> *Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.*
>
> *Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.*
>
> ***Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.***
>
> *De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.*
>
> ***Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico***.
>
> *(…)".* (Negrillas fuera de texto)

De este modo, es claro que para los casos en que un trabajador devengue más de un salario mínimo, como ocurre en el sub examine por cuanto conforme se declaró en primera instancia para el año 2015 el salario del accionante ascendía a $878.000 de acuerdo al extracto bancario de folio 51 (*situación que no fue objeto de apelación por la parte actora*) se debe limitar la condena hasta el mes 24 siempre y cuando haya acudido a la jurisdicción durante este lapso contado a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral y en ese orden se encuentra acertada la decisión de el *a quo* al disponer que solo se deberán cancelar al ex trabajador los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos

de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales, pues la demanda la presentó el 16 de marzo del 2018 (fl. 57), después de 2 años,11 meses y 18 días de haber finalizado el vínculo laboral del actor con SEGURIDAD IVAEST LTDA hoy SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA que lo fue el 24 de marzo del 2015, se confirma por ende en este aspecto la sentencia de primera instancia.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por el *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia, en virtud del amparo de pobreza que se concedió (fl. 58).

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

RAFAEL MORENO VARGAS **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HECTOR RODOLFO ACEVEDO STRAUCH CONTRA LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS Y PORVENIR S.A. (RAD. 34 2018 000499 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR (folios 250 a 252) y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (folios 253 a 257), lapso durante el cual la parte actora guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación formulados por PORVENIR y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de diciembre de 2019 (Cd. folio 242, record 46:19 acta a folios 243 a 246), en la que se resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, omitió su obligación legal de pagar los aportes a pensión del demandante HÉCTOR RODOLFO ACEVEDO STRAUCH, por el periodo comprendido entre el 12 de mayo de 1980 al 28 de marzo de 1985.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de la cual es afiliado el demandante y actualmente se encuentra pensionado, a realizar el respectivo cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión por el periodo laborado a favor de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, comprendido entre el 12 de mayo de 1980 al 28 de marzo de 1985, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1887 de 1994, incluyendo las consecuencias por mora y teniendo en cuenta las normas legales aplicadas para la forma de efectuar el cálculo actuarial, teniendo como base salarial las siguientes sumas y conceptos:*

- *Por lo devengado por el demandante desde el 12 de mayo de 1980 en un salario certificado en la suma de $4.968.*
- *Del 12 de agosto de 1980 la suma de $6.250.*
- *Del 1 de abril de 1981 la suma de $7.813.*
- *Del 1 de julio de 1982 por la suma de $9.571.*
- *Del 2 de noviembre de 1982 $9.571.*
- *Del 1 de abril de 1983 $11.677.*
- *Del 1 de abril de 1984 por la suma de $13.312.*
- *Del 1 de marzo de 1985 por la suma de $15.176.*

***TERCERO: CONDENAR** a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, a trasladar el monto total del cálculo actuarial obtenido por el tiempo comprendido y laborado por el trabajador entre el 12 de mayo de 1980 al 28 de marzo de 1985, a favor de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que una vez sea acreditado en la cuenta individual del demandante HÉCTOR RODOLFO ACEVEDO STRAUCH, la AFP PORVENIR S.A., proceda a efectuar la reliquidación de la mesada pensional que actualmente devenga el demandante.*

***CUARTO: ABSOLVER** a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de las demás pretensiones invocadas en su contra por el demandante HÉCTOR RODOLFO ACEVEDO STRAUCH.*

***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.*

***SEXTO: CONDENAR** en **COSTAS** a las demandadas FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, y la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., fijando como agencia en derecho a favor del demandante HÉCTOR RODOLFO ACEVEDO STRAUCH, la suma equivalente a 3 SMLMV valor en que se estiman las agencias en derecho."*

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, la apoderada de PORVENIR S.A. refirió puntualmente al numeral tercero en tanto dispuso la reliquidación de la pensión que viene siendo cancelada al actor, y la imposición en costas. En ese sentido, y con relación a lo primero señaló, en este momento es incierto si el demandante tendrá derecho a la reliquidación o no de su mesada pensional por cuanto los cálculos actuariales se realizan a fecha presente teniendo en cuenta parámetros que son constantemente cambiantes y no es posible anticiparlos, debiendo disponerse, en su lugar, que PORVENIR una vez reciba los dineros correspondientes al cálculo actuarial proceda a hacer un nuevo estudio en aras de determinar si existe o no derecho a la reliquidación.

En lo atinente a las costas considera, dado que no dio lugar al presente proceso pues actuó conforme a derecho en todo momento, no debió ser condenada por ese concepto[1] (Cd. folio 242, record 49:42, acta a folios 243 a 246)

A su turno, el apoderado de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, refiere, nunca incurrió en una omisión de la afiliación del actor a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en razón a que en el periodo comprendido entre mayo de 1980 y mayo de 1985, este prestó sus servicios como extensionista en los municipios de Charalá y Zapatoca en el Comité Departamental de Cafeteros de Santander donde no existía cobertura por parte del ISS, la cual solo inició con la expedición de la Ley 100 de 1993, esto es, a partir del 1 de abril de 1944.

Resalta, debe tenerse en cuenta que con fundamento en la Resolución 01002 del 18 de marzo de 1983 procedió a la afiliación del demandante -aun cuando dicho acto administrativo fue derogado con posterioridad- anticipándose a la inscripción y afiliación del trabajador ante el ISS, antes de que hubiera cobertura, de allí que no sea cierto que incurrió en omisión, como se declaró en el numeral primero de la sentencia, pues para esa fecha no existía cobertura y por tanto, la obligación legal de afiliar a los trabajadores en esos municipios.

---

[1] *"Muchas gracias su señoría.*

En mi calidad de apoderada judicial de Porvenir S.A., procedo a presentar recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de proferir el despacho, puntualmente en lo referente al numeral 3 y a las costas, recurso que procedo a sustentar de la siguiente manera:

El numeral 3 de la sentencia proferida condena a mí representada a que una vez se acredite en la cuenta de ahorro individual del demandante el cálculo actuarial a pagar por la Federación Nacional de Cafeteros, proceda a reliquidar la pensión de vejez reconocida al demandante.

No obstante, su señoría tal y como se manifestó en la contestación de la demanda en este momento es incierto si el Señor Héctor Rodolfo Acevedo, tendrá o no derecho a la reliquidación de su mesada pensional y ello es así, por cuanto, los cálculos actuariales o los estudios actuariales que se realizan para efectos de determinar si hay lugar o no a la reliquidación, se realizan a fecha presente, teniendo en cuenta las circunstancias que se presentan para ese momento, circunstancias tales como la expectativa de vida del afiliado y su núcleo familiar, el estado de validez o invalidez, la tasa de interés técnico y en general una serie de parámetros que son constantemente cambiantes en el tiempo y que por ende, no es posible anticiparlos.

En consecuencia su señoría y Honorables Magistrados, considero que hay lugar a revocar el numeral citado, y en su lugar condenar a mi representada a que una vez reciba el valor del cálculo actuarial proceda a efectuar un nuevo estudio en aras a determinar si existe o no derecho a dicha reliquidación, pues reitero, en este momento este derecho es incierto y pues no podría efectuarse dicha condena a mi representada sin saber si el valor de la cuenta de ahorro individual para dicho momento le permitía acceder a los mencionados ajustes.

Así mismo, Honorables Magistrados, considero que en la medida en que no fue mi representada quien motivo el inicio del presente proceso, pues actuó todo el tiempo conforme a derecho reconociendo la prestación en su momento y de buena fe, considero que no debería ser condenada en costas.

De esta manera dejo presentado y sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias."

De otro lado, solicita, de confirmarse la sentencia, se de aplicación al inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 que dispone que la tasa de cotización continuará en el 13,5%del IBC, y que de ese 13.5% pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante, debiendo entonces descontar del valor del cálculo actuarial el 25% correspondiente a las cotizaciones a cargo del trabajador, petición que estima procedente en la medida en que no incurrió en omisión de la afiliación como se dejó dicho en la providencia atacada[2].

---

[2] "*Gracias su señoría.*

Con el respeto y comedimiento a usted debidos, me permito manifestarle que interpongo recurso de apelación para ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que revoque las condenas proferidas en esta audiencia, concretamente los numerales 1, 3 y 6, de la misma, y tiene relación con la declaratoria de Federación Nacional de Cafeteros Colombia, en el sentido de que omitió la afiliación del demandante a la Seguridad Social en el periodo comprendido entre el mes de mayo de 1980 al mes de mayo de 1985.

En realidad sustento el derecho, perdón, sustento el recurso en las siguientes consideraciones:

Se tienen que revocar estos numerales habida cuenta que la Federación Nacional de Cafeteros Colombia, nunca incurrió en omisión de afiliación por los riesgos de IVM del demandante, toda vez que, el demandante en el tiempo comprendido entre el mes de mayo de 1980 al mes de mayo de 1985, prestó sus servicios laborales como extensionista en los municipios de Charalá y Zapatoca, en el Comité Departamental de Cafeteros de Cundinamarca, perdón, el Comité Departamental de Cafeteros de Santander, donde no existía cobertura por parte del ISS, hoy día Colpensiones.

Cabe agregar que la cobertura por parte del ISS, en estos municipios se llevó a cabo con el advenimiento de la Ley 100 de 1993, o sea, que la cobertura en estos municipios comenzó a partir del 1 de abril de 1994.
No obstante, lo anterior la Federación Nacional de Cafeteros Colombia, con fundamento en la Resolución 01002 del 18 de marzo de 1983, procedió a afiliar al demandante por los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, en la seccional del ISS, de Bucaramanga el día 1 de marzo de 1985, con fundamento en la Resolución que acabo de mencionar, Resolución que es bueno aclarar que fue derogada mediante la Resolución 0005302 del 24 de noviembre de 1988, por el Director del Seguro Social, teniendo en cuenta que se trató de un acto administrativo ilegal.

Así las cosas, la Federación Nacional de Cafeteros Colombia, se anticipó a la inscripción y afiliación del trabajador al ISS, antes de que hubiera cobertura en los municipios precitados, con fundamento en la mencionada Resolución 01002 del Seguro Social de 18 de marzo de 1983, o sea, que en la sentencia en el punto 1 se dice que se declara que la Federación Nacional de Cafeteros Colombia, incurrió en omisión, lo cual, realmente no es cierto porque es que no existía cobertura y por lo tanto, no había obligación, era prohibida legalmente la afiliación en estos municipios de los trabajadores para la época en que el demandante prestó servicios allí.

De otra parte, para que se revoque el numeral 3, que es el que condena a la Federación Nacional de Cafeteros Colombia, a tener que trasladar a Porvenir, el valor del cálculo actuarial por la no afiliación del demandante en los periodos entre mayo de 1980 y mayo de 1985, y el numeral 6 que tiene que ver con las costas donde condenaron a la Federación Nacional de Cafeteros Colombia, a 3 SMLMV, compartidos con Porvenir.

De otra parte, y sin que implique allanamiento o aceptación de la condena proferida en esta sentencia en contra de la Federación Nacional de Cafeteros Colombia, le quiero solicitar a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que se sirva darle aplicación al artículo que en caso de ser confirmada esta sentencia, se sirva dar aplicación al artículo 20 inciso 1 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, que dispone que la tasa de cotización continuará en el 13.5% del IBC, el inciso 9, ibídem, dispone que los empleadores de ese 13.5% pagaran el 75%, de la cotización total y los trabajadores el 25% restante.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante HECTOR RODOLFO ACEVEDO, las pretensiones relacionadas 80 a 82, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 82 a 86, solicitando principalmente se declare a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, responsable de la obligación de efectuar aportes o aprovisionar el dinero para el pago de los aportes en pensión a la AFP PORVENIR destinados a cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por el periodo comprendido entre el 12 de mayo de 1980 y el 28 de febrero de 1985, los cuales no figuran en su historia laboral. En consecuencia se le condene a pagar y transferir a satisfacción a PORVENIR el valor de los aportes a pensión por el periodo señalado, con base en el cálculo actuarial. De otra parte, pide se declare que PORVENIR S.A. debe incluir además del bono pensional y el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, el capital recibido de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS por concepto de cálculo actuarial a efectos del reconocimiento o reliquidación de la pensión de vejez, teniendo como fecha de causación el 3 de mayo de 2018, data en la que tenía 62 años de edad. Pretende se imponga a las demandadas el pago de intereses moratorios y las costas. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se ordenó a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS a trasladar el dinero del cálculo actuarial que para el efecto realice PORVENIR por concepto de aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 12 de mayo de 1980 y el 28 de marzo de 1985. Así mismo dispuso a PORVENIR, que una vez acreditado dicho cálculo en la cuenta de ahorro individual del demandante, procediera a efectuar la reliquidación de la pensión de la mesada pensional que actualmente

---

Esta solicitud la elevo a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, toda vez que de acuerdo con el criterio doctrinal de esta Sala, en los procesos de cálculo actuarial ha condenado a las Administradoras de Pensiones a liquidar los cálculos actuariales y ordenándoles a estas Administradoras que se sirvan descontar del valor del cálculo actuarial el 25% correspondiente a las cotizaciones a cargo del trabajador.

En el caso que nos ocupa con relación a la Federación Nacional de Cafeteros Colombia, es más que evidente esta solicitud toda vez que como se dijo la Federación Nacional de Cafeteros Colombia, nunca incurrió en omisión de afiliación del trabajador tal como se dice en la sentencia, sino que no pudo afiliar al trabajador por mandato legal.

En estos términos dejo sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias su señoría."

devenga el actor. Lo anterior, tras considerar que la empleadora está obligada a pagar los aportes con independencia de la razón o justificación de su omisión, previa realización del cálculo actuarial que realice el fondo de pensiones al que está afiliado el actor.

Así pues, en primer lugar de acuerdo con los términos de la apelación ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a estudiar los aspectos expresamente consignados por las recurrentes en la alzada, en virtud del principio de consonancia.

En este orden de ideas, no se controvirtió la existencia de las relaciones laborales del señor HÉCTOR RODOLFO ACEVEDO STRAUCH con la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, así: entre el 12 de mayo de 1980 y el 25 de mayo de 1989 y entre el 17 de junio de 1989 al 31 de marzo de 1996, aspecto que además de no haber sido objeto de discusión en el proceso se constata de la documental de folios 4, 5, 211 a 212, 213, 214, 215, 220. Adicionalmente, no es objeto de controversia que por el periodo comprendido entre el 12 de mayo de 1980 y el 28 de marzo de 1985, la demandada no efectuó aportes al sistema general de pensiones a favor del empleado, hoy demandante.

De esta manera, en cuanto a la falta de cobertura del ISS para el periodo laborado por el actor del 12 de mayo de 1980 y el 28 de marzo de 1985, ha de recordarse la Corte Suprema de Justicia cambió su postura desde la Sentencia SL 9856 del 16 de julio de 2014 dentro de la Radicación No. 41475, considerándose inviable estimar que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligaciones respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, con fundamento en que ello desconoce la protección integral que se debe al trabajador pasando por alto que este último no tiene por qué ver frustrado su derecho al excluirse el periodo durante el cual prestó su servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, pues esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

Agregó la Corte en dicho pronunciamiento que el empleador tiene una serie de compromisos por los periodos en los que no existió cobertura, y no se puede imponer la afectación del derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo; por lo tanto el

patrono debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, como quiera que solo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

Sobre el mismo aspecto también puede consultarse la sentencia SL 3892 del 2 de marzo del 2016[3], de la cual se destaca el siguiente aparte:

> *"En lo que atañe a los* ***tiempos de servicio prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria****, situación que claramente difiere de la ausencia de afiliación por omisión acabada de ver, esta corporación, igualmente, le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en comento; como se puede apreciar en las sentencias CSJ del 22 de julio de 2009, No. 32922; del 24 de enero de 2012, No. 35692 y SL 17300 de 2014, donde se impuso condena en este sentido, por haberse encontrado que el empleador, si bien no tuvo el deber de afiliación al ISS en todo el tiempo de la prestación del servicio, de todas formas sí era de su cuenta la pensión mientras no hubo afiliación, y que los contratos de trabajo estaban vigentes cuando comenzó a regir el nuevo sistema integral de seguridad social (...)"*

A más de lo anterior, debe tenerse en cuenta, la posición asumida por la Corte Constitucional y que puede leerse por ejemplo en la sentencia T-784 de 2010, en la cual concluyó que:

> *"i. La ley 6ª de 1945 asigna a los empleadores la obligación de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.*
>
> *ii. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumirá esta obligación de forma progresiva en reemplazo de las empresas a ello obligadas.*

[3] *" (...) Así fue como esta corporación reconoció el principio de la protección integral de la seguridad social al trabajador subordinado, la cual se logra a través de la entidad de la seguridad social respectiva, siempre y cuando se den las exigencias legales y reglamentarias a cargo del empleador, en cualquier evento en que él deba la atención de riesgos, esto es por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la seguridad social ante la falta de cobertura del ISS, o por la omisión del responsable ya sea en la afiliación o en el pago de las cotizaciones debidas, o porque, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, se trata de una empresa que pertenece al sector petrolero que fue llamado a afiliarse mucho después, a partir del 1º de octubre de 1993.*

Y tales exigencias deben servir para garantizar que el empleador responda al ISS por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo por su cuenta, pues solo en ese evento él puede liberarse de la carga que le correspondía; sobre todo porque no puede imponérsele al trabajador que, ante la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el nuevo ente de seguridad social, los cuales estaban en cabeza del empleador al momento de la subrogación, pierda el derecho adquirido, con base en el artículo 260 del CST, a que sus tiempos de prestación del servicio como trabajador subordinado sean computados para obtener la pensión y tenga que comenzar de cero ante el nuevo sistema, y quedar como si no hubiese estado aplicando para conseguir una pensión, a causa de la implementación del nuevo régimen de ese entonces, el cual justamente fundamenta la adquisición de este derecho vitalicio en la suma de cotizaciones al sistema, con independencia de si prestó sus servicios o no ante un mismo empleador."

> *iii. Cuando el Instituto asumía el pago de dichas prestaciones, el empleador debía realizar un aporte proporcional al tiempo que el trabajador había laborado en la empresa –artículo 72 de la ley 90 de 1946-.*
>
> *Como puede observarse, a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 adquirió carácter general la obligación por parte de los empleadores de afiliar al régimen de seguridad social en pensiones a sus trabajadores, incluidos incluso aquellos patronos del sector privado que se dediquen a la industria del petróleo.*
>
> *Sin embargo, resulta fundamental para la solución del caso en concreto resaltar que, si bien para las empresas de petróleos la obligación de afiliar sus empleados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales surgió con la expedición de la resolución 4250 de 1993, la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para hacer los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación surge con el artículo 72 de la ley 90 de 1946, plenamente aplicable a las empresas de petróleos.*
>
> *En resumen, desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste. Aunque, el llamado de afiliación a las empresas que se dedicaban a la actividad petrolera y a los trabajadores de éstas, se hizo con posterioridad, esto no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el tiempo es que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales."*

Valga precisar, aunque la cita jurisprudencial se refiere particularmente al caso de las petroleras, la situación allí expuesta es aplicable al asunto de marras en tanto hace referencia a la falta de cobertura y la obligación del empleador de realizar los aprovisionamientos para las cotizaciones al sistema de seguridad social, que es en últimas lo que aquí no cumplió la demandada.

De tal suerte, no es de recibo para la Sala la hipótesis expuesta por el gestor judicial de la enjuiciada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, en cuanto da a entender que no es ordenar el pago de dicho periodo donde no existió afiliación, bajo la premisa que no existía disposición normativa alguna que facultara a la ex empleadora del actor, para la realización de la afiliación y el correspondiente pago de los aportes, por lo que, conforme las razones expuestas de manera precedente, no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones.

Por otra parte, en lo que hace a la inconformidad que se hizo consistir en disponer el pago únicamente del porcentaje que le correspondía al empleador, baste con señalar, la demandada no probó en autos que durante la vinculación laboral al demandante se le hicieran los descuentos correspondientes para tal fin, siendo

precisamente el empleador el obligado a recaudarlos; además, tampoco acreditó que hubiese cumplido con la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de Seguro Social, mientras entraba en vigencia este, pues si bien el ISS llamó a inscripción a los municipios donde no existía cobertura con posterioridad al inicio del vínculo contractual con el actor, ello no significa que tal deber haya quedado condicionado en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó fue la posibilidad de transferir las cotizaciones al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, lo cual como se vio, no se hizo, por ello deberá efectuarse el pago del cálculo actuarial en las condiciones expuestas por el Juez a *quo,* confirmándose su decisión.

Adicionalmente, para los efectos de este particular caso, no tiene trascendencia la proporción con la que tanto el empleador, como el trabajador deban contribuir al sistema para la construcción de la pensión de este último, por cuanto en verdad el fundamento de la condena estriba en que para ese entonces -cuando no había cobertura del ISS- la pensión estaba a cargo del empleador, así que, asumido por ese lapso el pago del cálculo actuarial, este se libera de su obligación. Recuérdese para el efecto lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 90 de 1946.

Con relación a la apelación formulada por PORVENIR, se tiene que la juez *a quo* en el numeral tercero dispuso:

> "*(...) una vez sea acreditado en la cuenta individual del demandante HÉCTOR RODOLFO ACEVEDO STRAUCH, la AFP PORVENIR S.A.,* -el cálculo actuarial- *proceda a efectuar la reliquidación de la mesada pensional que actualmente devenga el demandante".*

Atendiendo lo anterior, la Sala encuentra fundados los reparos formulados por la AFP, pues la orden tal como está dada, impone el deber de reliquidar la pensión -aun cuando no se indicó una fecha cierta a partir de la cual deba proceder a recalcular el monto de la pensión o una cifra determinada a cancelar a favor de este- precisamente debido a que no se tiene certeza del valor al que asciende el cálculo actuarial dada la necesidad de que previamente se acredite en la cuenta de ahorro individual el pago del mismo por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, de allí que se desconozca en este momento si en efecto, hay lugar a reliquidar la prestación económica que devenga el actor, debiendo modificarse la

sentencia apelada únicamente en el entendido que, una vez acreditado el valor del cálculo actuarial, la demandada PORVENIR deberá proceder a estudiar si hay lugar a reliquidar la mesada pensional del demandante.

Finalmente, en lo que atañe a la condena en costas procesales, se advierte que como lo señala el artículo 366 del C.G.P, esta procede contra la parte vencida en juicio, siendo en este caso precisamente las demandadas y, en esa medida, procede la confirmación de la sentencia de primer grado en este punto.

En los términos que anteceden no hay lugar a acceder a la revocatoria deprecada, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, procediendo la modificación del numeral TERCERO de la sentencia apelada y la confirmación de lo demás.

COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral TERCERO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de indicar que una vez acreditado en la cuenta individual del demandante el valor del cálculo actuarial ordenado a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, PORVENIR deberá proceder a estudiar si hay lugar a la reliquidación de la mesada pensional que actualmente devenga el demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EIDER GUILLERMO TRIANA VIA CONTRA TERESA DE JESUS BARACALDO ALDANA (RAD. 34 2017 00300 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada SANDRA MILENA HERRERA OSORIO, como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias (folio 178).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 175 a 177, 184 y 185), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

PROVIDENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del extremo demandado, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de septiembre del 2019 (Cd fl. 166, record 33:20 acta a fls. 167 y 168) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante EIDER GUILLERMO TRIANA VIA, y las demandada TERESA DE JESÚS BARACALDO ALDANA, existió un contrato de mandato, denominado de servicios profesionales jurídicos especializados en derecho, vigente a partir del 13 de agosto del 2013 y que termino de manera unilateral y por casusa imputable a la demandada.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada TERESA DE JESÚS BARACALDO ALDANA, al reconocimiento y pago a favor del demandante EIDER GUILLERMO TRIANA VIA, por la suma total de $368.238.020, por concepto de honorarios profesionales generados en ejecución parcial del contrato de mandato, de que da cuenta el numeral anterior.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses regulados en el artículo 1617 del Código Civil, equivalente al 6% anual generados a partir del 13 de agosto del 2013, y hasta que se verifique el pago total de la obligación.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en **COSTAS** a la demandada, tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 6 SMLMV. **"***

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, manifestando su inconformidad frente al fallo de primer grado en los siguientes puntos:

En relación con la excepción planteada de cosa juzgada, expreso que el incidente de regulación de honorarios elevado por el abogado Triana ante el Juzgado 4 de Familia, contiene las mismas partes del presente litigio, pues los intervinientes son como incidentante el abogado Triana y como incidentada la señora Teresa Baracaldo.

En cuanto al objeto del incidente que interpuso el demandante, indica que era precisamente regular los honorarios presuntamente adeudados por la gestión desplegada y el reconocimiento del contrato la base que tuvo el incidentante hoy demandante Doctor Triana, para hacer la reclamación de lo que a su juicio le correspondería como contraprestación por su gestión.

Respecto de la causa de la Litis, señala, que la actual como la del incidente, precisamente fue la relación contractual existente entre la señora Baracaldo en virtud del mandato que esta extendió a favor del abogado Triana, para que la representara judicialmente durante la sucesión de su difunto esposo, precisando ser claro en esta causa como en el incidente de honorarios la base fue el mismo contrato de prestación de servicios suscrito entre los extremos de esta Litis y que perseguía como único fin, igual que hoy, en su momento el reconocimiento en

favor del demandante de los honorarios que le competen por el ejercicio de sus funciones.

Advirtiendo el fallo del incidente bajo ningún entendido puede revestirse de nulidad, puesto que, no ha vulnerado derechos del aquí demandante y otrora incidentante, como se ha pretendido hacerlo ver, indicando este tuvo la oportunidad para presentar su peritaje y defenderlo y como negligentemente no lo hizo en el tramite incidental, pretende ahora aludir como vulneración de la Juez de Familia, falladora del precitado incidente de honorarios, el haberse basado en la tasa de honorarios de Conalbos. Razón por la cual insiste, no es procedente que se declare que no existe la cosa juzgada por cuanto, como lo ha manifestado si existe la triple identidad.

Por otro lado frente al contrato de prestación de servicios expresa, las obligaciones contraídas fueron reciprocas, quedando obligada la señora Baracaldo a pagar la remuneración siempre y cuando se hubiese fijado de manera justa y equitativa el valor a pagar.

Manifiesta que de conformidad con la Ley 1123 del 2007 y la sentencia SL 18096 del 2016, en la tasación de los honorarios se debe tenerse en cuenta, no solamente la cuantía del objeto del proceso dentro del cual se va a actuar, sino también, la experticia, los conocimientos del profesional del derecho contratado, aduciendo el accionante no tenía ni idea de cómo llevar el proceso de sucesión, tanto es así, que él mismo confiesa que el cálculo para tasar los honorarios los hizo sobre el total de los bienes que componen la masa herencial, pero que también era consciente de que la señora Teresa de Jesús Baracaldo, no tenía gananciales, por cuanto los bienes que componían esa masa sucesoral, totalmente era bienes propios del causante. Indicando la recurrente, si el valor que se le adjudicaría a la cónyuge por gananciales iba a ser 0, de donde podía pagar la suma desproporcionada que taso el abogado aquí demandante, refiriendo ello no era secreto para el abogado quien afirmó que ella tenía bienes propios, pretendiendo cobrar el porcentaje sobre la totalidad de la masa a sabiendas que dicho patrimonio nada le sería adjudicado a quien lo estaba contratando.

Considerando la apelante, en el fallo de primera instancia no se determinaron los alcances de dicho contrato y el cumplimiento del objeto del mismo por parte del

demandante, para justificar si existe o no posibilidad como ahora lo ha planteado de que se le imponga una carga adicional económica a la demandada, máxime cuando la demandada, confiando en la seguridad y estabilidad jurídica, acató la orden de la Juez 4 de Familia, en lo que concernía al pago de los honorarios en suma de $105.000.000, señalando el contrato pactado es un contrato leonino, desproporcionado, abusivo, que no contó con el consentimiento informado, pues indica ser deber del abogado, ofrecer incluso de manera pedagógica los alcances del contrato y la estrategia jurídica que se va a plantear en las gestiones encomendadas, comportamientos que en su sentir el demandante no realizo[1]. (Cd. fl. 166, record: 34:43)

[1] Si señora Juez, siendo esta la oportunidad procesal, manifiesto mi inconformidad con el fallo acabado de leer por su señoría y procedo a presentar recurso de apelación contra el mismo, el cual, sustentaré de la siguiente manera:

Empezaré refiriéndome primero a la decisión frente a la excepción planteada de cosa juzgada, que teniendo un carácter de mixta, como bien lo expuso su señoría hizo el estudio en esta instancia, difiere la suscrita de las considerativas de su despacho, en cuanto a que no existe la triple identidad, entre el incidente de regulación de honorarios elevado por el abogado Triana ante el Juzgado 4 de Familia, dentro de la mortuoria del señor que adelantaba como cónyuge supérstite de la señora Teresa Baracaldo, por cuanto que, las partes como si bien lo manifestó, son idénticas, los intervinientes son como incidentante el abogado Triana y como incidentada la señora Teresa Baracaldo.

El objeto del incidente, era precisamente regular los honorarios presuntamente adeudados por la gestión desplegada por el abogado Triana. El contrato que es una pretensión elevada en esta causa, el reconocimiento del contrato, pues es una pretensión inane, por cuanto, nunca se ha desconocido de la existencia del mismo, tanto es así, que el incidente de regulación de honorarios, otrora debatido ante la jurisdicción de familia, fue la base que tuvo el incidentante hoy demandante, Dr., Triana, para hacer reclamación de lo que a su juicio le correspondería como contraprestación por su gestión desplegada.

Gestión que como fue parte del pronunciamiento de la primera cesión de esta audiencia, me referiré a ella, posteriormente.

En cuanto a que la causa de la Litis, la actual, como la del incidente, precisamente fue eso, la relación contractual existente entre la señora Baracaldo en virtud del mandato que esta extendió a favor del abogado Triana, para que la representara judicialmente durante la sucesión de su difunto esposo. Actuación que evidentemente se surtió parcialmente y no por un capricho de la señora Baracaldo, sino como quedó demostrado en este mismo proceso, y en virtud al interrogatorio de parte rendido por el abogado Triana, por la deficiente gestión que este desplegó.

El despacho en audiencia anterior, señalo como referente jurisprudencial y línea a seguir entre otras la sentencia SL 18096 del 2016, la cual, por analogía pretende equiparar la conciliación del caso en concreto con el fallo del incidente de honorarios alegados en la contestación, resaltando su señoría, la necesidad de que exista una triple identidad que ya hemos analizado, entre la casusa del objeto y la identidad jurídica de las partes.

Esta apoderada considera que el despacho aplica exegéticamente el concepto cuando es menester analizar los factores adicionales habida cuenta que, lo que sí es claro es que en esta causa como en el incidente de honorarios la base fue el mismo contrato de prestación de servicios suscrito entre los extremos de esta Litis, y que perseguía como único fin, igual que hoy en su momento el reconocimiento en favor del demandante de los honorarios que le competen por el ejercicio de sus funciones.

En tal tenorio y basados en la misma jurisprudencia debe resaltarse en las consideraciones de la Corte conforme al párrafo que cito a continuación: “el proceso ordinario laboral es el mecanismo apto para procurar la nulidad de la conciliación por la existencia de algún vicio en el consentimiento, objeto ilícito, causa ilícita, o por violación de derechos en el consentimiento, en ciertos e indiscutibles”.

Así pues que teniendo como válida la analogía de la conciliación y la sentencia, seria este el escenario para ahondar en dichas vulneraciones lo que a todas luces no existe en nuestro caso, pues lo que el fallo del incidente bajo ningún entendido puede revestirse de nulidad, puesto que, no ha vulnerado derechos del aquí demandante y otrora incidentante, como se ha pretendido hacerlo ver, máximo, cuando este tuvo la oportunidad para presentar su peritaje y defenderlo y como negligentemente no lo hizo en el tramite incidental, pretende ahora aludir como vulneración de la Juez de Familia, falladora del precitado incidente de honorarios, el haberse basado en la tasa de honorarios de Conalbos, téngase en cuenta con respecto a este punto, que la misma sentencia invocada esto es la T-625 de 2016, que la invoca la parte actora es enfática, en referir la necesidad de honorarios equitativos y justificados y claramente cita: "frente al acuerdo de voluntades, el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, indicó que la existencia del mismo, no blinda la conducta del abogado frente a las normas disciplinarias, las cuales, entran a sancionar precisamente por esos comportamientos que la contravengan".

Ello refiriéndose a la tasación de los honorarios dentro de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, y continúa: "no basta con suscribir un contrato con su cliente para considerar que todo lo allá acordado, por el hecho mismo, de ser un acuerdo de voluntades se encuentra conforme a la Ley, como el abogado conocedor del derecho sabe que existen normas disciplinarias que regulan o limitan los beneficios o remuneración que pueda percibir un abogado por su gestión".

Claramente, el Estado ha puesto en manos de la Ley la capacidad de regular las disposiciones de los honorarios y por ende, se ratifica que la tasación hecha en sentencia judicial no fuera vulneradora del acuerdo de voluntades suscrito entre las partes, por medio del contrato, como se pretende ver. La señora Juez, en su fallo, acabado de proferir, cita la jurisprudencia del Dr., José Gregorio Hernández, en cuanto a que, es dable la oportunidad para elevar un nuevo pleito entre las mismas partes, si se hace ante jurisdicciones diferentes, efectivamente, en esta instancia pues se está ante la jurisdicción laboral, y anteriormente fue ante la jurisdicción de familia dentro de la mortuoria, sin embargo, es de resaltar que no es procedente que se declare que no existe la cosa juzgada por cuanto, como se ha manifestado si existe la triple identidad.

Ahora bien, frente al contrato que ha servido de base y que fue piedra sobre la cual, recae la primera parte de su decisión. Las obligaciones contraídas en el contrato suscrito entre la señora Teresa de Jesús Baracaldo y el Dr., Eider Triana, pues fueron obligaciones reciprocas, porque es que el contrato de mandato, también es un contrato bilateral, donde ambas partes se obligan a diferentes cosas, en el caso de la señora Baracaldo a pagar la remuneración siempre y cuando se haya fijado de manera justa y equitativa.

Dice la Ley 1123 del 2007, y también la sentencia SL 18096 del 2016, que en la tasación de los honorarios debe tenerse en cuenta, no solamente la cuantía del objeto del proceso dentro del cual se va a actuar, sino también, la experticia, los conocimientos del profesional del derecho contratado y es evidente señora Juez porque así quedó demostrado en el interrogatorio de parte que el colega Triana, no tenía ni idea de cómo llevar el proceso de sucesión, tanto es así, que él mismo confiesa que el cálculo para tasar los honorarios los hizo sobre el total de los bienes que componen la masa herencial, pero que también era consciente de que la señora Teresa de Jesús Baracaldo, no tenía gananciales, por cuanto, que los bienes que componían esa masa sucesoral, totalmente era bienes propios del causante.

Entonces, sobre que tasó la suma que hoy reclama como honorarios, es necesario examinar en error que se induce al despacho judicial cuando se afirma por parte del demandante, que el Consejo Superior de la Judicatura avalo, la tasación de los honorarios y en tal sentido, esta jurisdicción debió analizar el audio, no solamente en el tiempo en que lo citó el despacho en su fallo, sino también, en el minuto 10:44 segundos del audio de la audiencia disciplinaria donde claramente el Magistrado Ponente afirmo que en esa instancia no se fijan honorarios, y cuando afirma que los mismos no eran desproporcionados fue cuando en forma descontextualizada, leyó que la masa herencial era de quince mil millones de pesos aproximadamente, lo que no puede ser criterio de tasación, máximo cuando su señoría en audiencia anterior y dentro del interrogatorio de parte, rendido por el togado demandante acertadamente le preguntó, minuto 2:43 segundos de la audiencia, que para que época el causante amasó su fortuna y el demandante en esta causa reconoció que fue antes del matrimonio con la demandada, de donde no existe lógica alguna, tal como lo ratifico la suscrita en preguntas adicionales que en el contrato se hubiese pactado un porcentaje sobre la totalidad de la masa herencial, máximo cuando dicha masa en su totalidad era bien propio del causante y por ende, no entraría en liquidación de la sociedad conyugal, en donde todos los gananciales en tal sentido serian 0.

Entonces, reitero, se pregunta entonces esta togada, si el valor que se le adjudicaría a la cónyuge por gananciales iba a ser 0, de donde podía pagar la suma desproporcionada que taso el abogado, lo que no era secreto para el abogado quien afirmó que ella tenía bienes propios, entonces pretendió cobrar el porcentaje sobre la totalidad de la masa, a sabiendas que dicho patrimonio nada le sería adjudicado a quien lo estaba contratando.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante EIDER GUILLERMO TRIANA VÍA en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 24 y 25, las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos a folios 25 y 26; aspirando de manera principal se declare la existencia de un contrato de mandato denominado de Servicios Profesionales Jurídicos Especializados en Derecho, el cual fue terminado sin justa causa por parte de la contratante y en consecuencia se ordene a la demandada el pago de $949.695.500 correspondiente al valor pactado como honorarios, descontando el valor de $96.000.000 ya cancelado, igualmente se ordene el reconocimiento y pago de los correspondientes intereses, costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia parcialmente**

Al final de la gestión el Dr., Eider Triana, al tenor del rumbo jurídico que el planteó en la demanda, esto es, que la acá demandada era cónyuge que optaba por gananciales, era la adjudicación de pasivos y lamenta la suscrita que dicho análisis no se haya llevado a cabo por su señoría.

Y se pretenda un doble pago por parte de mi mandante, de unos honorarios, por demás no ganados y no porque mi cliente le hubiese revocado unilateralmente e injustificadamente como lo considera el despacho, el poder al togado, sino porque de los mismos planteamientos hechos en el interrogatorio demostró el abogado no poseer la idoneidad, conocimiento y experticia, para la representación judicial para la que fue contratado. Criterios que constituyen los pilares sobre los cuales se deben tasar los honorarios de abogado, tal como lo ha previsto la Ley 1123 de 2007, Estatuto del Abogado, y en tal sentido, era menester que este Juzgado ante el planteamiento del problema jurídico hecho en audiencia, valorara si en efecto hay lugar al pago de los honorarios en forma adicional a lo ya pagado.

Y son toda esta series de factores que no pueden dejarse de lado, en el análisis de este proceso, toda vez que si nos limitáramos a ver la existencia o no del contrato como único problema jurídico, él mismo ni siquiera ha sido debatido puesto que mi clienta, reconoce haberlo suscrito, pero si es menester y considera la suscrita que eventualmente el despacho no ahondo en ello en determinar los alcances de dicho contrato y el cumplimiento del objeto del mismo por parte del demandante, para justificar si existe o no posibilidad como ahora lo ha planteado de que se le imponga una carga adicional económica a la demandada, máximo cuando ella de por sí, confiando en la seguridad y estabilidad jurídica, acato la orden de la Juez 4 de Familia, en lo que concernía al pago de los honorarios en suma de $105.000.000, es evidente, por haber sido probado en este proceso que el contrato respecto del cual se pretende que mi representada tiene a cargo obligaciones pendientes de cumplir, a todas luces es un contrato leonino, desproporcionado, abusivo, que no contó con el consentimiento informado, pues como bien lo trata la sentencia tantas veces mencionada, es deber del abogado, incluso de manera pedagógica los alcances del contrato, y la estrategia jurídica que se va a plantear en las gestiones encomendadas, comportamientos que el demandante no realizo.

También fue probado con el mismo interrogatorio rendido por el demandante que sus pretensiones económicas como contraprestación a sus servicios fueron totalmente desproporcionados en relación con los derechos económicos que efectivamente le iban a ser adjudicados dentro de la mortuoria de su difunto esposo, a mi representada la señora Teresa de Jesús Baracaldo, y así mismo, fue probado que el togado hoy demandante incumplió con sus obligaciones contractuales, puesto que al no contar con la idoneidad requerida para llevar a cabo la representación judicial de mi mandante dentro de la causa mortuoria, pues como ya se ha dicho reiteradamente, lo más adecuado para la señora Baracaldo, no era optar por gananciales, pues ellos eran 0, sino optar por porción conyugal, lo cual no hizo el demandante, tal vez por desconocimiento en el área específica del derecho de familia. Tal como quedó demostrado, hoy pretende beneficiarse de su propia culpa,

favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a la encartada al pago de $368.238.020 por concepto de honorarios profesionales junto con los intereses regulados en el artículo 1617 del Código Civil a partir del 13 de agosto del 2013, tras considerar que aunque la pasiva desconoce la obligación por el monto que considera excesivo, no fue objeto de la Litis ninguno de los elementos del vicio del consentimiento y al no haberse tachado ni desconocido el contrato que dio origen a las obligaciones del mandato dicho pacto tiene validez, precisando dicho mandato fue incumplido por la demandada pues dejo de pagar los honorarios pactados ya que éstos se debían cancelar a la fecha de suscripción del mismo, ordenando el pago de la suma citada en atención a lo plasmado en el contrato de mandato realizando los respectivos descuentos de los valores recibidos por el actor.

Respecto de la excepción de cosa juzgada refirió la juez *a quo* que si bien el accionante inicio un incidente de regulación de honorarios ante el Juzgado Cuarto de Familia donde se inició el proceso de sucesión para el cual fue contratado, incidente que tiene identidad de partes y de causa con el presente litigio, adujo la juzgadora no existir identidad de objeto, pues en el incidente de regulación de honorarios se solicitó el pago de la suma de $348.847.770 y en este litigio solicitó la declaratoria de la existencia de un contrato de mandato y el reconocimiento de $949.695.500 correspondientes a todos los honorarios pactados, precisando el objeto difiere porque en el incidente pretendió honorarios parciales y aquí el pago total de la suma pactada, declarando por ende no probada la excepción de cosa juzgada.

De esta manera en primer término la Sala precisa, no se discute la existencia del mandato entre las partes, con ocasión del CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES JURIDICOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO suscrito el 13 de agosto del 2013 y que se encuentra a folios 2 a 4 del expediente, con el fin de que el Doctor EIDER GUILLERMO TRIANA VIA se comprometiera a iniciar y llevar hasta su culminación "*Acción Judicial (Demanda de Sucesión o conciliación) … Asesorar, investigar, solicitar e instaurar demanda de sucesión intestada del señor ALFREDO LUIS GUERRERO ESTRADA"* tal como se puede leer en la cláusula primera del mencionado acuerdo, el cual finalizó por voluntad de la demandada tal

---

y obtener un lucro inmerecido conforme lo expuesto y probado. Es así señora Juez, que en estos términos queda sustentada mi inconformidad respecto del fallo por usted acabado de proferir. Gracias."

como lo acepta en la contestación de la demanda a los hechos Nos. 10 y 11 (fls.25, 26, 53 y 54).

En este orden de ideas, se procederá al estudio del recurso de apelación, a través del cual se pretende la declaratoria de la Cosa Juzgada.

En esa orientación, se advierte que de manera oportuna y expresa, la apoderada judicial de la demandada propuso la excepción de cosa juzgada (fls. 54 y 55[2]), con fundamento en el INCIDENTE DE REGULACIÓN DE HONORARIOS que se adelantó ante el Juzgado 4 de Familia del Circuito de Bogotá dentro de la sucesión No. 2013-704 (fls. 110 a 112), en el cual se profirió decisión el 4 de octubre del 2016 (fls. 145 a 150).

Así las cosas, ha de recordarse la COSA JUZGADA es una ficción legal que se encuentra amparada en el artículo 32 del C.P.L. modificado por el artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y por el artículo 1º de la Ley 1149 de 2007, y en el artículo 303 del C.G.P.[3]., el cual dispone que para la operatividad de la misma se requiere que el "nuevo" proceso, *"verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".*

De este modo, las partes que se sometieron a una decisión judicial están obligadas a respetar su pronunciamiento. Igualmente será acatada por todos los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes no podrán ni desconocer ni modificar la decisión; no podrán tramitar nuevo proceso cada vez que se proponga la misma pretensión, entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, pues la ley prohíbe que sobre una misma petición haya doble pronunciamiento, ya que un segundo pronunciamiento puede ser contradictorio, y sobre el mismo caso no puede haber distinta solución. Los fallos judiciales tienen que estar dotados de fuerza legal, basados en autoridad de cosa juzgada, para que tengan la virtualidad de las cosas inmutables.

Así mismo, es la decisión del Estado la que se impone a las partes querellantes, porque es necesario garantizar los derechos adquiridos. *"La cosa juzgada es el fin natural del proceso"* y ella debe garantizar la estabilidad del orden legal.

[2] Se tuvo por contestada la demanda por auto del 16 de mayo de 2019 (folio 157).

De tal manera, como quedó visto, para la operatividad de la excepción de cosa juzgada se necesita entonces que exista identidad de partes, causa y objeto, en proceso anterior en el que se haya decidido en forma definitiva el conflicto sometido a consideración jurisdiccional (Art. 303 del C.G.P.), circunstancias que pasan a analizarse a continuación teniendo en el material probatorio vertido en el proceso.

A folios 110 y 111, milita copia del Incidente de Regulación de honorarios presentado por el doctor EIDER GUILLERMO TRIANA VIA en contra de TERESA DE JESUS BARACALDO ALDANA, ante el Juez Cuarto de Familia de Bogotá, razón por la cual se acredita la identidad de partes con el presente litigio.

Ahora bien en lo atinente a la identidad de causa y objeto, se tiene que el incidente de regulación de honorarios se promovió en virtud del contrato de prestación de servicios que se suscribió con la aquí demandada para llevar a cabo el proceso de sucesión que se tramitó ante el mencionado juzgado de familia. En el presente proceso ordinario el origen de las pretensiones derivan igualmente del contrato de mandato suscrito para el proceso de sucesión, por ende ambos litigios están ligados a la misma causa, es decir, la presente demanda y el incidente de regulación de honorarios tiene los mismos fundamentos y hechos como sustento.

Frente al objeto, advierte esta Sala de decisión en primer lugar revisado el escrito del Incidente de Regulación de Honorarios visible a folios 110 y 111, se tiene que el actor allí formalmente solicitó el pago de la suma de $378.847.770 correspondiente "*al saldo del anticipo del contrato, por concepto de honorarios profesionales de Abogado según contrato de prestación de servicios (…)"* y según se lee en la providencia proferida por el Juzgado 31 de Familia el 4 de octubre del 2016 (fls. 145 a 150), pese a tal petición el juzgador resolvió fue sobre la actuación desplegada por el profesional del derecho en el tramite sucesoral señalando (fls. 148 y 149):

> *"En este orden de ideas, es el valor de los honorarios profesionales, el que corresponde fijar a través de la presente acción, con el fin de que la misma se pueda hacer exigible coactivamente.*
>
> *(…)*

---

[3] *"**Artículo 303. Cosa juzgada.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".*

> *De igual forma ha de tenerse en cuenta que según lo pactado en el contrato de prestación de servicios allegado por el incidentante, el mismo se comprometió a surtir el trámite del proceso de SUCESIÓN, de lo cual se evidencia que el mismo actuó únicamente hasta instancias del embargo de los bienes objeto del presente sucesorio, sin que su actuación hubiese llegado a la diligencia de inventarios y avalúos, en consecuencia la suscrita procede a entrar a tasar los mismos (…).*
>
> *De acuerdo a lo anterior tenemos que el abogado aquí incidentante solo actuó hasta antes de las diligencias de inventarios y avalúos pues al momento de hacerse presente en la diligencia de secuestro de unos de los inmuebles objeto de la presente sucesión, le fue revocado el poder por su mandante, en consecuencia sus honorarios se pactarán de acuerdo a como ya se dijo su gestión en el proceso (…)"*

Ahora bien, en el presente litigio conforme se desprende de las pretensiones (ver fl. 24), el querer del accionante era el reconocimiento de la totalidad de los honorarios pactados en el contrato de servicios profesionales suscrito con la señora Teresa de Jesús Baracaldo, esto es, la suma de $949.695.500, en virtud de que el referido contrato fue terminado sin justa causa por la misma, precisándose si bien expresamente no se indica el fundamento de su petición se extrae que lo es en virtud de lo pactado en la CLAUSULA OCTAVA del citado contrato en la que se estableció que "*el presente contrato se termina por: (…) 3) La revocatoria sin justa causa por parte del mandante (sic) cancelara la totalidad de los honorarios"*(fl. 3).

Sin embargo pese a lo anterior, resulta que en autos la fijación del litigio fue del siguiente tenor:

> *"Por la forma en que fue contestada la demanda en que la pasiva señora Teresa de Jesús Baracaldo Aldana se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y respecto a los hechos manifestó ser ciertos los numerados 1 a 4, 6 a 8, 11 a 14, 16, 17 y 18 y no ser ciertos o no constarles o ser parcialmente ciertos los hechos 5, 9, 10, 15 y 18, serán en consecuencia esos hechos relacionados con el trámite de proceso sucesoral con radicación 2013-1293 que curso en el Juzgado 4 de Familia, los honorarios pactados entre las partes, la revocatoria del poder conferido al demandante EIDER GUILLERMO TRIANA VIA, el reconocimiento y pago de los honorarios serán objeto de debate probatorio de conformidad con las pruebas allegadas las que serán valoradas en la debida oportunidad procesal.*
>
> *De manera que dentro del presente asunto el problema jurídico se centra en determinar si entre las partes existió un contrato de mandato en el que la demandada contrato con el actor el trámite de un proceso sucesoral con ocasión del deceso del señor ALFREDO LUIS GUERRERO ESTRADA y en consecuencia determinar si en ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales es procedente el reconocimiento y pago de honorarios profesionales causados y adeudados al demandante con ocasión de ese contrato de servicios profesionales existente entre EIDER GUILLERMO TRIANA y TERESA DE JESUS BARACALDO ALDANA más las costas procesales y agencias en derecho"* (Cd. fl. 159, record: 27:18 a 29:28)

Y este orden de ideas el desarrollo del debate giro en torno a determinar la actividad desplegada por el actor en virtud de la gestión que se le había encomendado para el proceso de sucesión, para con ello determinar el valor de los honorarios adeudados, razón por la cual se infiere que contrastados los dos litigios (*incidente de regulación de honorarios y el presente proceso ordinario laboral*) luce claro que se trata del mismo objeto, pues como ya se analizó en ambos tramites se determinó estudiar la suma adeudada por honorarios pero en razón al mandato desarrollado por el togado aquí demandante en favor de la señora TERESA DE JESUS BARACALDO ALDANA, situación que conforme a la providencia proferida el 4 de octubre del 2016 ya fue definida por el Juzgado 31 de Familia de Bogotá (fls. 145 a 150) en donde se dispuso (fl. 149):

> *"**PRIMERO: FIJAR** como honorarios profesionales al doctor **EIDER GUILLERMO TRIANA VÍA** y a cargo de la señora **TERESA DE JESUS BARACALDO ALDANA,** la suma de **NUEVE MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS** ($9.300.000.oo)"*

De ésta manera se evidencia la concurrencia de los elementos exigidos por el artículo 303 del C.G.P., es decir, identidad de partes, causa y objeto entre el incidente promovido ante el Juzgado 4 de Familia del Circuito de Bogotá y el presente trámite, que en conjunto traen como efecto ni más ni menos la configuración de la institución jurídica de cosa juzgada.

Recuérdese, la regulación de honorarios comprende la controversia en relación con el reconocimiento pecuniario del servicio prestado estipulado en un contrato de mandato, estableciéndose este trámite para regular la contraprestación del apoderado cuya gestión termina en la actuación procesal, de tal manera que el profesional del derecho que concluye su labor a causa de la revocatoria del poder, puede solicitarle al juez a través de un incidente que liquide sus honorarios teniendo en cuenta simplemente la labor realizada, situación que como ya se dijo fue la estudiada dentro de este trámite ordinario al igual que se realizó en su momento a través del respectivo incidente.

Advirtiendo esta Corporación un eventual yerro en la liquidación de tales honorarios por la aplicación o no de las tarifas de Conalbos o la interpretación de los honorarios pactados en el contrato de mandato, se relacionan con aspectos que debieron debatirse al interior del incidente de regulación de honorarios, sin que pueda en ésta ocasión resolverse de manera diferente o incluso efectuar un

pronunciamiento que eventualmente correspondería al Juez que conoció del trámite incidental, aunado a ello se tiene que la parte actora no recurrió la decisión tomada por el Juzgado de familia o por lo menos de ello no se tiene conocimiento dentro de éste trámite, razón por la cual se itera en este litigio no resulta procedente realizar un nuevo estudio y pronunciamiento sobre un aspecto que ya fue objeto de decisión judicial (fijación de honorarios profesionales), por lo que sin más consideraciones se habrá de revocar la decisión de primer grado.

Por sustracción de materia, se hace inocuo el pronunciamiento sobre los demás puntos de la apelación de la pasiva.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se revocará la sentencia de primera instancia, para declarar probada la excepción de cosa juzgada y absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Las de primer grado se revocan y se imponen cargo de la parte actora.

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

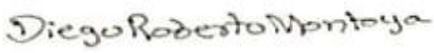
REVOCAR la sentencia proferida por la Juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones anteriormente expuestas, y en su lugar, se dispone:

PRIMERO: **DECLARAR PROBADA** la excepción de **COSA JUZGADA** propuesta por la demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **TERESA DE JESUS BARACALDO ALDANA** de las pretensiones incoadas en su contra por **EIDER GUILLERMO TRIANA VIA.**

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo del demandante. Las de primera se revocan y se imponen a cargo de la parte actora.

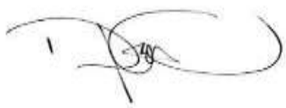
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

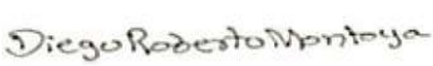


RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ANTONIO CELIS ALONSO CONTRA INGESANDIA INGENIEROS CONTRATISTAS S.A.S. y CONSTRUCTORA MEPSAT S.A.S. integrantes del CONSORCIO ANDENES PARQUE CAJICA (RAD. 34 2015 00575 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandante (folios 190 a 192), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del extremo demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de enero del 2020 (Cd fl. 182, record 28:00 y acta a folios 183 y 184), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a las sociedades INGESANDIA INGENIEROS CONTRATISTAS S.A.S. y la constructora METSAP S.A.S en calidad de integrantes del consorcio ANDENES PARQUE DE CAJICA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda invocadas en su contra por el actor LUIS ANTONIO CELIS ALONSO y en razón de las motivaciones expuestas en precedencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte a la demandante, inclúyase en la liquidación la suma equivalente a $300.000, valor en que se estiman las agencias en derecho.*
>
> ***TERCERO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, **ENVIESE** en grado jurisdiccional de consulta por haber resultado la sentencia totalmente adversa a la parte demandante.**"***

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, insistiendo en que el CONSORCIO ANDENES PARQUES DE CAJICA tiene responsabilidad frente a los hechos del libelo introductorio, precisando el contrato número 0010 cuyo objeto era el plan de optimización de alcantarillado del centro urbano del municipio de Cajica, se vio extendido en el tiempo con el otrosí número 001, razón por la cual asegura no existe diferencia entre el uno y el otro, pues en su sentir uno es consecuencia del otro y en razón a ello fue la carta de despido donde no se tuvo consideración frente a la labor que estaba desempeñando como director de obra el Ingeniero Celis.

Así mismo advirtió el recurrente que quienes integran el consorcio ANDENES PARQUES DE CAJICA son MEPSAT e INGESANDIA y que el contrato de obra número 010 de 2014 para el mejoramiento y construcción de andenes en el parque principal del municipio de Cajica no se ejecutó en un 100%, aduciendo que fue precisamente con el otrosí número 001 que se le dio extensión a ese contrato, por lo que no entiende cual es la diferencia dentro de los contratos que se manifiesta en la sentencia de primer grado[1]. (Cd. fol. 182, record: 28:59)

[1] "Su señoría, interpongo recurso de apelación. Respetando su pronunciamiento pero no compartiéndolo toda vez que considera este extremo procesal que a "ojos vista" y salta de bulto en el plenario, es más que evidente que el susodicho consorcio ANDENES PARQUE CAJICA tiene su responsabilidad laboral frente a los hechos del libelo introductorio y este extremo discrepa de su decisión en cuanto a la disimilitud que dicen tener los contratos de obra número 010 y el otrosí 001 militan en la foliatura en los folios 8, 9 y 21 del legajo, pues toda vez, su señoría que si bien es cierto en la génesis de este contrato, el número 0010 que cuyo objeto era el plan de optimización de alcantarillado del centro urbano del municipio de Cajicá, este se vio extendido en el tiempo con el otrosí número 001, sin embargo, la extensión el otrosí, se vio el objeto ampliado, no obstante el plan de mejoramiento, el plan de optimización del centro urbano del municipio de Cajicá siguió siendo del contrato principal que era el 0010 del 2014.

Por esa razón su señoría, considera este extremo que no es posible diferencia uno del otro, no hay disimilitud, al contrario, uno es consecuencia del otro, por eso mismo fue la carta de despido que no tenía consideración frente a la labor que estaba desempeñando como director de obra el señor ingeniero Celis. Por otro lado su señoría, manifiesta que no hubo claridad frente a los demandados, desde el principio hubo un pequeño traspié frente a esta situación que de hecho en el plenario se puede advertir, que el consorcio ANDENES demandó en principio y después hubo un a claridad en el interregno del proceso para advertir que de ese consorcio hacia partes las empresa METSAP e INGESANDIA. No entiende esta parte demandante, el por qué no le quedó claridad al despacho frente a esta situación, si bien es cierto duramos más de un año en pos de la admisión de la demanda y aclarando esta situación, que el mismo despacho nunca advirtió ninguna irregularidad ni mucho menos ningún vicio de fondo dentro del plenario nosotros hicimos claridad ante su digno despacho para manifestarle quienes hacían parte de este consorcio ANDESNES PARQUE CAJICA que eran MEPSAT e INGESANDIA. Por ultimo su señoría quiere que se haga claridad que en el contrato de obra número 010 de 2014, mejoramiento y construcción de andenes en el parque principal del municipio de Cajicá no se ejecutó, eso quedó claro, tanto con las testimoniales como con las documentales que están militando dentro del proceso, que no se ha ejecutado en un 100% la obra, entonces se pregunta este extremo su señoría si no se había dado continuidad y no se había ejecutado el 100% de la obra, Cómo se hubiera hecho para ejecutar el 100%? Pues precisamente fue con el otrosí 001 que se le dio extensión a este contrato, entonces no es de recibo para este extremo su señoría que se advierta que hay disimilitud dentro de los contratos. En estos términos dejo planteado mi intervención del recurso de apelación."

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, LUIS ANTONIO CELIS ALONSO las pretensiones visibles a folios 58 a 60, las cuales se sustentaron con los supuestos facticos narrados a folios 56 a 58, encaminadas de manera principal a que se declare que existió una relación laboral con Ingesandia Ingenieros Contratistas S.A.S. y Constructora Mepsat S.A.S. desde el 11 de agosto del 2014 al 21 de abril del 2015, desempeñando el cargo de Director de Obra, con un salario de $3.750.000 el cual terminó por decisión unilateral, injusta y de mala fe por parte de estos, en consecuencia se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, primas de servicios, gastos efectuados en el desarrollo de la obra, salario de diciembre del 2014, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita,* costas del proceso incluyendo agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones** por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas en contra de las accionadas, tras considerarse, si bien existió un contrato de obra o labor con las accionadas el cual inició el 11 de agosto del 2014, se desconoce el extremo final de dicha relación laboral, ya que la prueba aportada como de terminación contractual corresponde a un consorcio diferente al demandado en el presente proceso, razón por la cual adujo la Juez *a quo* el demandante no probó el hecho del despido con el Consorcio Andenes Parques Cajica, sin que se pronunciara sobre las demás pretensiones relacionadas con el pago de acreencias laborales e indemnización moratoria.

Establecido lo anterior, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en el punto concreto objeto de censura, esto es, la indemnización por despido sin justa causa, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

De tal manera, previo a abordar el estudio de fondo de la controversia planteada, ha de señalarse no es objeto de debate en esta instancia que entre el demandante y las empresas traídas a juicio INGESANDIA INGENIEROS CONTRATISTAS S.A.S. y MEPSAT S.A.S integrantes del CONSORCIO ANDENES PARQUES DE CAJICA como se evidencia del documento de constitución visible a folios 5 y 6, existió un contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada el cual inició el 11 de agosto del 2014, aspecto que además de no ser objeto de apelación, puede constatarse con la documental visible a folios 10 a 12 del expediente.

Pues bien, procede la Sala con el estudio de los motivos de apelación en aras de determinar si en la terminación de la relación laboral medio o no justa causa y en consecuencia, establecer la procedencia de la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T.

En este orden de ideas, es menester analizar en primer lugar si en verdad el despido se produjo, y más aún, si este obedeció a una justa causa, para lo cual, es preciso recordar que, el trabajador corre con la carga de demostrar el hecho del despido y una vez acreditado ello, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido, no pudiendo detenerse el fallador en el examen de conductas que no se adujeron como causal de despido.

Pues bien, frente al punto es menester traer a colación la misiva de terminación aportada por el accionante y que obra a folio 13 del plenario, a través de la cual el señor JORGE ENRIQUE PINTO RIAÑO del CONSORCIO ALCANTARILLADO CAJICA le comunica al accionante lo siguiente:

> *"Debido a los inconvenientes continuos que se han presentado en desarrollo de la obra que tiene por objeto "PLAN DE OPTIMIZACION DEL ALCANTARILLADO DEL CENTRO URBANO DE MUNICIPIO DE CAJICA", en la cual usted venía desarrollando el cargo de Director de Proyecto, y por lo tanto responsable de la calidad de obra, avance de obra, administración de la obra, relaciones con interventoría y supervisión; el consorcio ha decidido prescindir de sus servicios a partir de la fecha."*

Frente a esta documental, nótese que la misma se suscribe por persona diferente a los aquí demandados, pues se encuentra firmada por el señor JORGE ENRIQUE PINTO RIAÑO del CONSORCIO ALCANTARILLADO CAJICA, cuando los aquí accionados son INGESANDIA INGENIEROS CONTRATISTAS S.A.S. y MEPSAT S.A.S integrantes del CONSORCIO ANDENES PARQUE CAJICA es decir se tratan de dos consorcios diferentes con proyectos a desarrollar igualmente distintos.

Lo anterior en atención a que de conformidad con el contrato de obra o labor atrás citado, el accionante fue contratado para el desarrollo del CONTRATO DE OBRA No 010 DE 2014 “MEJORAMIENTO Y CONTRUCCION DE ANDENES EN EL PARQUE PRINCIPAL DEL MUNICIPIO DE CAJICA” (ver fl. 10) con el CONSORCIO ANDENES PARQUE CAJICA y conforme a la documental de folio 177 a 181 el CONSORCIO ALCANTARILLADO CAJICA (*quien suscribió la misiva de terminación de folio 13)* en primer lugar está integrado por INGESANDIA S.A.S., OSCAR RODRIGO ZAMBRANO GARNICA y OSCAR RODRIGO ZAMBRANO GARNICA, éstos dos últimos diferentes a los aquí accionados, y en segundo lugar el contrato a cargo del Consorcio Alcantarillado Cajica fue el No. 007 DE 2014 “CONTRUCCIÓN PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO DEL CENTRO URBANO CAJICA-CUNDINAMARCA ETAPA I”, esto es, se trata de contratos y consorcios diferentes a los que se alegan con la presente demanda, en la cual el actor fue claro en señalar que la pasiva estaba conformada era por los integrantes del CONSORCIO ANDENES PARQUE DE CAJICA y no por los del CONSORCIO ALCANTARILLADO CAJICA.

Aunado a lo anterior, conforme a los dichos de los testigos WILLIAN BARICHARA ARAGON[2] y MAURICIO TOLOSA DIAZ[3], el promotor del litigio tenía su cargo dos proyectos y por ende tenía dos contratos diferentes, uno era el proyecto de andenes y otro el de alcantarillado en el municipio de Cajica.

Razones por las cuales, independientemente de que el actor haya desarrollado sus funciones en dos proyectos distintos, lo cierto es que el presente ordinario se entablo única y exclusivamente con el fin de declarar la existencia de la relación laboral con los integrantes del CONSORCIO ANDENES PARQUE CAJICA y en

[2] Cd. fl. 170, record: 12:04
[3] Cd. fl. 174, record: 05:02

consecuencia es frente a estos que se solicita la indemnización por despido sin justa causa, de modo que era deber del actor probar la terminación del contrato frente al proyecto desarrollado por el mencionado consorcio y no otro, sin que en nada tenga que ver el otrosí de ampliación de plazo en la ejecución del contrato visible a folios 8, 9 y 21 del plenario, pues éste hace alusión única y exclusivamente al contrato de obra No. 010 de 2014 sobre el mejoramiento y construcción de andenes en el Municipio de Cajica y no sobre la optimización de alcantarillado, por lo que no se le puede dar el mismo alcance, en aras de determinar que se trató del mismo contrato para la optimización del sistema de alcantarillado y por ende, como lo quiere hacer ver el recurrente en su apelación se le pudiera dar validez a la carta de terminación aportada a los autos.

Conforme a las anteriores consideraciones, se tiene que revisado el material probatorio no se logra establecer ni la fecha en que se dio la desvinculación del accionante con las sociedades INGESANDIA INGENIEROS CONTRATISTAS S.A.S. y CONSTRUCTORA MEPSAT S.A.S. integrantes del CONSORCIO ANDENES PARQUE CAJICA ni mucho menos si se dio por la decisión arbitraria y unilateral de estas o si fue por una decisión voluntaria del actor, pues no obra en el acervo probatorio recolectado demostración de la razón de la terminación del contrato de trabajo con el citado consorcio, advirtiendo si bien los testigos refirieron que el proyecto de andenes para abril del 2015 tan solo llevaba un 60% o 70% de ejecución, nada indican si fue decisión de las demandadas o del actor la finalización del vínculo, precisándose para la procedencia de la condena de Indemnización por despido sin justa causa, era necesario que se demostrara el hecho del despido, por manera que al no probarse de manera certera el modo de la terminación del vínculo, no se puede acceder a su reconocimiento; carga que le correspondía a la parte actora tal y como lo ha expuesto en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 01 de noviembre de 2011, 06 de marzo de 2012 y 24 de julio de 2013, Rads. 36572, 42167 y 34260, por hacer mención de algunas.

Siendo las razones hasta aquí expuestas, suficientes para prohijar la decisión de primer grado en este punto.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y habiéndose arribado las mismas

conclusiones halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

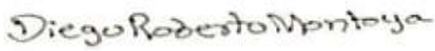
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

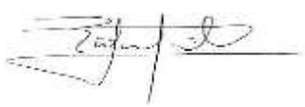
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



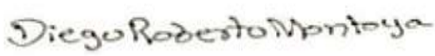
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN





RAFAEL MORENO VARGAS **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA INES AMAYA TORRES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 33 2018 00422 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes demandante y demandada (fls. 97 y 103 a 105), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte demandante como por la demandada, como también en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de diciembre del 2019 (Cd fl. 89, record 36:54 acta a fls. 90 y 91) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios en favor de MARÍA INÉS AMAYA TORRES identificada con cédula de ciudadanía 41.494.307 de Bogotá, en cuantía de $46.305.366,29, por el periodo comprendido del 4 de agosto de 2008 hasta el 1 de diciembre de 2015 y como consecuencia del reconocimiento tardío de la pensión de vejez, ello aplicado al fenómeno prescriptivo a partir del 7 de abril del año 2013 hacia atrás.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción frente a los intereses moratorios causados y no pagados con anterioridad al 7 de abril de 2013, conforme a la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a la parte demandada COLPENSIONES de la pretensión de reliquidación del retroactivo pensional conforme a lo expuesto en parte motiva de esta providencia.*

> ***ORDINAL CUARTO:*** *y* ***ABSOLVER*** *a la demandada de la pretensión de la indexación.*
>
> ***ORDINAL QUINTO: COSTAS*** *de esta instancia quedan a cargo de la parte demandada COLPENSIONES, como agencias en derecho el despacho señala 3 SMLMV.****"***

Inconforme con la decisión las apoderadas de las partes interpusieron recurso de apelación, inicialmente la demandante señaló no estar de acuerdo con la fecha desde la cual se están liquidando los intereses moratorios, expresando que éstos se generaron desde el 4 de abril (sic) de 2008, habida cuenta que como lo reconoce la demandada en la Resolución VP 9657 del 29 de febrero de 2016, una vez revisado el cuaderno administrativo se puede evidenciar que el recurso de apelación presentado contra la resolución 38332 del 21 de agosto de 2008, que negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez no lo resolvió el funcionario que correspondía por lo cual se procedió a revocar tal resolución y las posteriores, por lo que asegura dicha mora no derivó por errores o negligencia de la demandante para iniciar una acción judicial o para reclamar, sino simplemente como las Resoluciones negaban el derecho era imposible adivinar que tuviera que presentarlo antes en el 2013, porque simplemente el reconocimiento se hizo el 1° de diciembre de 2015 y no antes, y entonces desde esa calenda es que tenía la actora para reclamar por vía judicial. (Cd. fl. 89, record: 41:33)[1]

Colpensiones por su parte afirma, los intereses moratorios solamente aplican en el caso en que se presente mora injustificada de prestaciones ya reconocidas por

---

[1] "Gracias señoría, me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir por no estar completamente de acuerdo con la misma, para que sea resuelta por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral.

Habida cuenta que si bien es cierto, reconoce unos intereses moratorios a partir del 7 de abril de 2013, no es menos cierto, que los mismos se generaron desde el 4 de abril de 2008 (SIC), habida cuenta que como lo reconoce la demandada, según la Resolución VP 9657 del 29 de febrero de 2016, indica que una vez revisado el cuaderno administrativo se puede evidenciar que el recurso de apelación presentado contra la resolución 38332 del 21 de agosto de 2008, que negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez no lo resolvió el funcionario que correspondía por lo cual se procedió a revocar las Resoluciones y revoca todas las Resoluciones y parcialmente la Resolución GNR 389745 del 1° de diciembre de 2015, esto indica que esta mora no se vio a errores o negligencia de mi poderdante para iniciar una acción judicial o para reclamar sino simplemente como las Resoluciones negaban el derecho no se podía y por lo tanto, era imposible adivinar que tuviera que presentarlo antes en el 2013, por ejemplo., Porque simplemente el reconocimiento se hizo el 1 de diciembre de 2015 y no antes, y entonces desde esa calenda es que tenía la actora para reclamar ya por vía judicial.

Por lo que en este caso estaría perdiendo más de 5 años de unos intereses que la compensarían de alguna manera de todo lo que tuvo que esperar para que se le reconociera el derecho. Esto para que el Honorable Tribunal revise en lo pertinente. Muchas gracias Señor Juez."

parte de Colpensiones o el ISS, situación que asegura que no se presentó en este caso, dado que se reconoció la prestación, se han venido reconociendo los retroactivos pensionales y se han realizado los pagos de manera inmediata posterior a su reconocimiento y por lo tanto, la demandada no estaría en mora de esas prestaciones.

Por otro lado asegura la prestación pensional no fue reconocida en aplicación integra de la Ley 100 de 1993, dado que el reconocimiento pensional se dio conforme el artículo 36 de esta misma disposición y en régimen de transición, reconociéndose con una normatividad para la cual no estaban fundamentados esos intereses moratorios de que trata el artículo 141, advirtiendo la norma indica que procederán es con respecto de las obligaciones que trata esta Ley, esto es la Ley 100 de 1993 y por tanto, es en integridad de esta o en aplicación de esta que se deben reconocer estos intereses moratorios. (Cd. fl. 89, record: 41:33)[2]

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA INES AMAYA TORRES en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el respectivo

[2] "Si Señor Juez, siendo esta la oportunidad pertinente le solicito a usted me sea concedido el recurso de apelación para que sea resuelto por los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, con la finalidad de que se revoque de manera total el fallo proferido en esta instancia, de manera parcial, que pena Señor Juez y Señores Magistrados y en lo que tiene que ver con la imposición a cargo de mi representada del pago y reconocimiento de estos intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Básicamente por encontrar inconformidad con la tesis del despacho y en lo que tiene que ver con que estos intereses moratorios solamente aplican es en el caso en que se presente mora injustificada, de prestaciones ya reconocidas por parte de Colpensiones o el ISS, situación que no se presentó en este momento, dado que se reconoció la prestación y se han venido reconociendo los retroactivos pensionales y respecto de estas Resoluciones se han venido realizando los pagos de manera inmediata posterior a su reconocimiento y por lo tanto, pues mi representada no estaría en mora de estas prestaciones.

Aunado a lo anterior, pues no fue en aplicación integra de la Ley 100 de 1993, dado que el reconocimiento pensional se dio conforme el artículo 36 de esta misma disposición y en régimen de transición, Yéndose a reconocer con una normatividad para la cual pues no está fundamentado estos intereses moratorios de que trata el artículo 141, justamente la norma nos dice que procederán es con respecto de las obligaciones que trata esta Ley, cuando dice que trata esta Ley, significa que trata la Ley 100 de 1993 y por tanto, es integridad de esta o en aplicación de esta que se deben reconocer estos intereses moratorios.

Así mismo, se toma en cuenta, la sentencia C-601 del 24 de mayo del 2000, en el cual, se dice que solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la Ley de Seguridad Social, que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma y no como ocurre en este caso.

Situación por la que le solicitaría a los Honorables Magistrados que se revocara de manera parcial el fallo proferido en esta instancia con respecto a los intereses moratorios y se absolviera a mi representada de la imposición de los mismos, de esta forma Señor Juez, dejo sustentado mi recurso de apelación."

acápite, a folio 5 las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 3 y 4, aspirando principalmente se declare tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 4 de agosto del 2008, al pago de la diferencia existente entre el retroactivo cancelado y el real por $128.840.380 y $67.989.00 con los correspondientes intereses moratorios, en subsidio la indexación de los intereses moratorios, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó al pago de los intereses moratorios causados por el reconocimiento tardío de la prestación pensional, sobre las mesadas causadas del 4 de agosto del 2008 al 1° de diciembre del 2015, pero a partir del 7 de abril del 2013 (3 años anteriores a la reclamación de los intereses moratorios), declarando parcialmente probada la excepción de prescripción y condenando por la suma de $46.305.966,29, absolviendo de las diferencias de retroactivos reclamados en tanto la demandante no elevó reclamación frente a estos, aduciendo el retroactivo al que tiene derecho la actora es de $61.118.200 y no $128.840.380.

De tal manera, además de los recursos de apelación interpuestos se estudiará el presente asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, precisándose el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar la procedencia en la imposición de intereses de mora a cargo de la enjuiciada y la fecha a partir de la cual proceden los mismos.

En esta dirección, no es motivo de controversia en esta instancia que mediante Resolución GNR 389745 del 1° de diciembre del 2015 (fls. 24 a 27), se reconoció pensión de vejez a la demandante de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aplicado en virtud del beneficio del régimen de transición, a partir del 4 de agosto del 2012, en cuantía inicial de $566.700, esto es, equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente para ese año (fl. 26 vto), prestación que posteriormente a través de la Resolución VPB del 29 de febrero del 2016 (fls. 29 a 33) se reliquidó concediéndola a partir del 1° de febrero del 2008 (fl. 32), ordenándose el pago de un retroactivo desde esa fecha en suma de $27.670.070 (mesadas) y $4.584.700 (mesadas adicionales) (fl. 32 vto).

En ese orden, para resolver la apelación de COLPENSIONES debe advertirse, atendiendo a que, el derecho pensional de la accionante fue reconocido con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 (fls. 24 vto y 25 vto), es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones, del cual en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 hacen parte las prestaciones de invalidez, vejez y muerte reguladas por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones, entre ellas la contenida en Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 26666 del 18 de abril de 2006, en la cual se enseña que el Acuerdo 049 de 1990 debe entenderse incorporado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dado que no se evidencia razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la actora[3] desde el 1° de febrero del 2008, en tanto Colpensiones en la Resolución VPB 9657 del 29 de febrero del 2016 estableció que hubo un error de tipo administrativo en el estudio del recurso de apelación presentado contra la resolución No. 38332 del 29 de agosto del 2008 que negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la cual procedió a revocar todos los actos administrativos proferidos (ver fl. 30) modificando parcialmente la resolución que otorgó el derecho a la actora –GNR 389745 del 1° de diciembre del 2015- en el sentido de conceder el pago de un retroactivo pensional a partir del 1° de febrero del 2008 día siguiente a la última cotización realizada por la actora (ver fl. 32), razón por la cual es evidente que sin justificación alguna se sustrajo al pago de la pensión de vejez desde esa data, lo cual únicamente hizo 7 años después con la expedición de la Resolución GNR 389745 del 1° de diciembre del 2015 (fls. 24 a 27), incluso en acto administrativo posterior -VPB 9657 del 29 de febrero del 2016- se modificó la anterior resolución en el sentido de conceder el derecho a partir del 1° de febrero del 2008 (día siguiente de la última cotización realizada por la demandante fl. 32).

---

[3] *Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013*.

Así las cosas, el reconocimiento y pago tardío de la prestación pensional, incuestionablemente dio lugar a la causación de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del vencimiento del plazo de cuatro meses previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003[4], con el que contaba la entidad para el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, el cual, en el presente asunto deben contabilizarse a partir del **4 de abril del 2008**, fecha en que la demandante elevó la solicitud de reconocimiento del derecho pensional conforme se extrae de la lectura de la resolución No. 038332 del 2008 (fl. 16).

De esta suerte, los intereses moratorios deberían ser impuestos sobre las mesadas pensionales reconocidas a la demandante, lo cual hizo COLPENSIONES en dos oportunidades así:

1. A través de la Resolución GNR 389745 del 1° de diciembre del 2015 (fls. 24 a 27), con un retroactivo del 4 de agosto del 2012 y hasta el 30 de noviembre del 2015 (mes anterior al de inclusión en nómina que fue en diciembre del 2015 fl. 26 vto) y,

2. En la Resolución VPB 9657 del 29 de febrero del 2016 (fls. 29 a 22), otorgando un retroactivo pensional del 1° de febrero del 2008 al 3 de agosto del 2012 (pues en Resolución anterior se reconoció el derecho a partir del 4 de agosto del 2012).

Intereses moratorios que deben pagarse a partir de la fecha del vencimiento del plazo con el que contaba la entidad para realizar el reconocimiento, es decir, **4 de agosto del 2008** como quiera que la solicitud de reconocimiento pensional como ya se dijo fue elevada el 4 de abril de ese año y se debían liquidarse de la siguiente manera:

- Del 4 de agosto del 2012 al **30 de noviembre del 2015**, mes anterior a la inclusión en nómina del retroactivo otorgado en Resolución GNR 389745

[4] *"Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003 "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, 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"*

del 1° de diciembre del 2015, sobre las mesadas causadas en tal periodo (4/08/2012 al 30/11/2015).

- Del 4 de agosto del 2008 al **29 de febrero del 2016**, mes anterior a la inclusión en nómina del retroactivo otorgado en Resolución VPB 9657 del 29 de febrero del 2016 (fl. 33), sobre las mesadas causadas del 1° de febrero del 2008 al 3 de agosto del 2012.

No obstante el anterior análisis, resulta que el Juez *a quo* dispuso que los intereses moratorios procedían sobre un solo retroactivo causado por las mesadas del 1° de febrero del 2008 al 1° de diciembre del 2015 (ver liquidación fl. 92), punto sobre el cual no mostró inconformidad la parte actora y en ese orden no se pueden liquidar de otra manera los referidos intereses moratorios pues ello haría más gravosa la situación de Colpensiones respecto de la cual se surte el grado jurisdiccional de Consulta.

Conforme lo anterior, procede la Sala a estudiar el punto de apelación de la parte actora relacionado con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la accionada (fl. 66)[5], respecto de la cual se tiene que el derecho a reclamar los intereses moratorios se hizo exigible el 9 de diciembre del 2015, data en que la accionante se notificó de la Resolución GNR 389745 del 1° de diciembre del 2015 (fl. 23), a través de la cual se dispuso otorgar el derecho pensional (fl. 26 vto), elevando la demandante la respectiva reclamación administrativa dirigida a obtener los intereses por la demora injustificada en el pago de su prestación pensional, el 7 de abril del 2016 (fls. 52 y 53), acudiendo la demandante a la jurisdicción el 31 de julio del 2018 (fl. 58), es decir, sin que hayan transcurridos los tres años a los que se ha hecho alusión, por lo que la prescripción no cobró operatividad respecto de los intereses moratorios y ese medida no se encuentra probado el medio exceptivo alegado, revocándose en este punto la sentencia apelada.

Así las cosas se procede a concretar el monto de la condena, con apoyo del grupo Liquidador creado por el Consejo Superior de la judicatura teniendo en cuenta que no operó el fenómeno extintivo de la prescripción, y una vez

[5] Por auto del 27 de junio del 2019 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones (fl. 81).

realizadas las operaciones aritméticas, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, se obtiene por concepto de intereses moratorios el valor de **$52.431.948**[6], que corresponden a los intereses moratorios generados del **4 de agosto del 2008** (vencimiento de los 4 meses después del reclamo) al **30 de noviembre del 2015** (mes anterior a la inclusión en nómina de la prestación reconocida en la Resolución GNR 389745 del 1° de diciembre del 2015), sobre las mesadas causadas del 1° de febrero del 2008 al 30 de noviembre del 2015, pues como ya se dijo el Juez de primer grado dispuso que sobre éste retroactivo era que se debían liquidar los intereses moratorios, no siendo objeto de reproche por la parte actora, razón por la cual se modifica el valor por el cual se condenó a Colpensiones en primera instancia, atendiendo a que la modificación de la liquidación varió en virtud de la NO declaratoria de la excepción de prescripción.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, procediendo a modificar la fecha hasta la cual que se deben pagar los intereses moratorios y concretando el valor de la condena.

COSTAS en apelación a cargo de COLPENSIONES.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia para en su lugar disponer:

> **PRIMERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la demandante, los intereses moratorios generados del 4 de agosto del 2008 al 30 de noviembre del 2015, sobre las mesadas causadas del 1° de febrero del 2008 al 30 de noviembre del 2015, los cuales ascienden a la suma de **$52.431.948.**

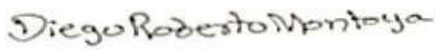
[6] VER LIQUIDACIÓN ANEXA AL PROYECTO

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** del fallo apelado, en cuanto a que se **DECLARA NO PROBADA la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás.

CUARTO: COSTAS en apelación a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

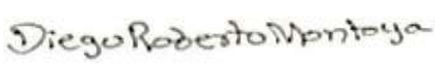


RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR YESSY YOHANA GÓMEZ DAZA, CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ACTIVOS S.A.S. (RAD. 33 2017 00234 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 306 a 312), ACTIVOS S.A.S (folios 294 a 299) y COLPENSIONES (folios 300 a 305), así como la intervención por parte de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDIA DEL ESTADO (folios 313 a 324), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ACTIVOS S.A.S y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de septiembre de 2019 (Cd fl. 288, record 41:51 acta a folios 289 y 290) en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre YESSY YOHANA GÓMEZ DAZA y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, existió un contrato de trabajo comprendido entre el 22 de febrero de 2016 y el 31 enero de 2017.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que la demandante YESSY YOHANA GÓMEZ DAZA, no es beneficiaria del pacto colectivo celebrado el 14 de julio de 2012, entre COLPENSIONES y sus trabajadores oficiales a nivel profesional, técnico y asistencial, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES, al pago de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el salario que le fue cancelado a la demandante y el salario devengado para el 2016 y enero de 2017, por un profesional sénior grado 2, debidamente indexadas a la fecha de su pago.*

> ***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reliquidar prestaciones sociales y vacaciones, de la demandante, teniendo en cuenta como base salarial lo devengado en el 2016 y 2017, por un profesional sénior grado 2, y pagar las diferencias que resulten entre lo pagado y el resultado de la reliquidación debidamente indexados.*
>
> *Aclaro que el ordinal **TERCERO**, hace referencia exclusivamente a diferencias salariales, el ordinal **CUARTO** hace referencia exclusivamente a reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones.*
>
> *Paso al ordinal **QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del demandante indemnización por despido sin justa causa, de que trata el artículo 4 del reglamento interno de trabajo, en concordancia con el Decreto 2127 de 1945 modificado por el Decreto 1083 del año 2015, en cuantía de 30 días de salario con base en el salario devengado por un profesional sénior grado 2, para enero de 2017, debidamente indexado a la fecha de pago.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** solidariamente a ACTIVOS S.A., en el pago de los conceptos objeto de condena a COLPENSIONES.*
>
> ***SÉPTIMO: ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES, de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***OCTAVO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, junto con los demás medios de defensa planteados.*
>
> ***NOVENO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de las demandadas COLPENSIONES y ACTIVOS S.A., cada una deberá cancelar 3 SMLMV, a la demandante."*

Inconformes con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas Colpensiones y Activos S.A.S, respectivamente, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia.

Inicialmente, la apoderada de Colpensiones advierte, erró el Despacho al asimilar el contrato de una persona en misión con un contratista, pues en el presente caso la prestación personal del servicio nunca se negó, ya que si bien Colpensiones asignó horario, lugar, funciones y brindó los elementos para que el trabajador misional realizara su actividad, ello se ejecutó en virtud de la subordinación delegada, sin que el ejercicio de dicha facultad implique la existencia de una relación laboral entre el trabajador en misión y la empresa usuaria. Además precisó, por el contrario, en el interrogatorio de parte el representante legal de Activos admitió que la demandante era su trabajadora, que fueron ellos quienes asumieron la afiliación y pago al sistema general de seguridad social, así como el pago de salarios y demás prestaciones sociales en relación con el contrato comercial pactado con Colpensiones.

Por otro lado, critica el entendimiento dado a la Ley 50 de 1990 a partir de la cual el Juzgado determinó que no se dieron los elementos necesarios para justificar la contratación del personal en misión, señalando, dicha disposición alude al aumento de producción en general, sin que se estipule que tal incremento debe ser con respecto a solicitudes antiguas. En ese sentido, resalta, cuando Colpensiones inició su operación asumió el conocimiento de más de 15.000 solicitudes, de las cuales algunas no habían sido reportadas por el ISS, debiendo recurrir a la contratación de personal en misión para poder dar cumplimiento a las solicitudes pensionales y al Auto 110 de 2013 de la Corte Constitucional, mediante el cual le ordenó a esa entidad iniciar un plan de acción con el fin de corregir el atraso estructural de manera inmediata.

También refiere, aunque con la sentencia T-774 de 2015 se levantó el estado de cosas inconstitucional, en ella, e incluso con posterioridad, se dieron nuevas órdenes que no fueron estudiadas por el Despacho, siendo estas las que debían considerarse en el asunto de autos pues con ello resultaba claro que el aumento de producción continuó, lo que obligaba a permanecer con trabajadores misionales, de allí que no comparta la conclusión de que no existieron los elementos para justificar la contratación de la demandante como trabajadora en misión, porque efectivamente si existió y fue el atraso estructural que recibió Colpensiones por parte del ISS, enfatizando, no es posible deducir que por el simple hecho de que la actora resolviera solicitudes nuevas no se cumplía con el objeto de la vinculación en misión pues Colpensiones es una sola entidad y no se encuentra dividida entre los expedientes represados y las solicitudes actuales.

En ese orden estima, ACTIVOS no fue un simple intermediario en tanto la actora si estuvo en el plan de acción, existiendo por tanto una justificación, esto es, el incremento de la producción.

De otra parte, arguye, el *a quo* carecía de competencia para entrar a analizar las características previstas en el contrato comercial celebrado entre Colpensiones y la Empresa de Servicios Temporales, para concluir que la prórroga del contrato 005 fue de carácter genérico y no estableció el grupo de medicina laboral al cual perteneció la actora, por ende, no hacía parte del atraso estructural,

desconociendo el estudio técnico en el que se señaló que fue por el aumento de la producción y la orden de la Corte Constitucional.
Alude, no se tuvieron en cuenta las consecuencias aplicadas por la inasistencia de la demandante a la audiencia de conciliación y a absolver el interrogatorio de parte.

Adicional a lo expuesto, menciona, no se tuvo en cuenta los parámetros de temporalidad y causalidad que ha determinado la Corte Suprema de Justicia para la existencia de un contrato con las Empresas de Servicios Temporales, pues en el presente caso, no se excedió el límite permitido para la contratación del personal en misión.

Ahora, con relación a la nivelación salarial, indica, para dar aplicación al trabajo igual salario igual, se tienen que cumplir ciertos requisitos establecidos en la Ley que no fueron acreditados. Así, dice, el Juzgado equiparó el cargo de la demandante, con un sénior 2 de Colpensiones que alude inexistente dentro de la planta de personal, y aunque se entendiera que es el "*profesional sénior 2 grado 310"* no se probó que la actora realizara las funciones de dicho cargo, máxime cuando, conforme con la demanda y la fijación del litigio la demandante pretendía ser equiparada con el "*profesional máster 07",* advirtiendo, la actora no tenía y no cumplía las mismas funciones del trabajador oficial.

En consonancia con esto, no encuentra fundamentos para ordenar el pago de una diferencia salarial y la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones cuando nunca se probó el salario.

Finalmente, con relación a la indemnización por despido sin justa causa, aduce, el contrato comercial 005 de 2016 finalizó el 31 de enero de 2017, y en consecuencia, Activos debía retirar su personal en misión de las instalaciones y funciones que desarrollaban en Colpensiones[1] (Cd fl. 288, record 47:07, acta a folios 289 y 290).

[1] "*Muchas gracias su señoría. Estando dentro el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de emitir su despacho junto con la aclaración solicitada, recurso de apelación que sustento dentro de los siguientes términos:*

Aduce el despacho, después del análisis que realiza después de su argumento, que efectivamente existió una prestación personal del servicio con respecto a Colpensiones que no se estaba reemplazando personal en vacaciones ni atendiendo incremento en la producción que el salario se cancelaba por medio de Activos, que los elementos se entregaba a Colpensiones, y que Colpensiones establecía el horario y el lugar para que el

trabajador misional prestara el servicio personal y partiendo de dicha base efectivamente existiría un contrato realidad con respecto a mi representada.

Con respecto a ese argumento su señoría, cabe la pena aclarar que el despacho confunde un verdadero contrato laboral entre un contratista y la figura del trabajador en misión, porque la prestación personal del servicio si bien es cierto se dio, se dio con respecto a su verdadero empleador en este caso es Activos, si Colpensiones entrego los elementos con los cuales el trabajador misional debía hacer su actividad, dicha situación en nada tiene que ver con la existencia de un contrato verdadero con respecto al usuario, pues estamos hablando de un trabajador misional.

Si bien es cierto, el horario y el lugar se le establecía a el trabajador en misión por parte del usuario, esa es una facultad que tiene efectivamente el usuario con respecto al trabajador misional partiendo de la base de la existencia de una figura que se llama la subordinación delegada, y es que la figura de la subordinación delegada parte y ha sido entendida como la facultad que tiene el tercero beneficiario para ejercer subordinación para con los trabajadores directos de la empresa de servicios temporales, sin que el ejercicio de dicha facultad implique la existencia de una relación laboral entre el trabajador en misión y la empresa usuaria, entonces partiendo de esa confusión, queda claro que ese no puede ser el argumento para determinar que efectivamente existió un contrato laboral con respecto a mi representada, porque no estamos hablando de la solicitud de un verdadero contrato laboral con respecto a un contratista sino un trabajador misional que tiene un verdadero contrato laboral con una EST y la cual la función de esa EST, es remitir trabajadores misionales para cumplir el objeto social de la usuario.

Ahora bien, con respecto a que Colpensiones y pues de hecho el juzgado lo que dice es que no critica la contratación que se realizó con la empresa de servicios temporales, sino que efectivamente no se acreditaron los elementos que justificaran la contratación de la demandante, no nos encontramos de acuerdo por las siguientes razones:

El despacho no analizo en debida forma que efectivamente Colpensiones al momento de su creación y con la planta de personal que tenía en ese momento no podía llevar a cabo todas las solicitudes pensionales que tenía acumuladas el ISS, pero es que acá hay una confusión terrible es que la Ley 50 del 90 en ningún momento estipula que el aumento de la producción tiene que ser con respecto a las solicitudes antiguas, habla es de un aumento de la producción, entonces, yo analizo y pongo un ejemplo que una empresa de camisetas le llega un contrato que no es normal en esa empresa de camisetas para que realice 1000 camisetas más, pero hay un aumento en la producción, pero obviamente la empresa tiene que seguir haciendo camiseta porque es su objeto social y lo mismo pasa con Colpensiones, efectivamente hubo un aumento en la producción porque cuando el ISS, entrega todo el cumulo de solicitudes de pensiones atrasadas fueron más de las que se habían reportado, más de 15.000, cuando entra Colpensiones, con su planta de personal efectivamente no alcanza y eso fue una situación que fue de conocimiento público, porque la Corte Constitucional mediante auto 110 de 2013, le ordeno a Colpensiones, que debía iniciar un plan de acción para poder corregir ese atraso estructural, y ese atraso estructural tenía que ser de manera inmediata.

Debido a la naturaleza de mi representada es claro que el tema de la contratación no se podía hacer con particulares sino que tenía que haber un proceso, tenían que haber unas autorización y teniendo en cuenta que había un aumento de la producción claro, pues se contrató por medio de EST, y es que es importante señalar que los autos de la Corte no solamente fueron uno, sino varios, inclusive la sentencia T-774 de 2015 que fue la que debió haber estudiado el despacho y de hecho a la que nunca hizo alusión, que fue la sentencia que levanto el estado de cosas inconstitucional y en el momento en el que se contrata a la trabajadora en misión que se trata de esta demanda que es la señora Gómez Daza, en esa sentencia T 774 la Corte Constitucional, de manera clara, le dice a Colpensiones que si bien es cierto se levanta el estado de cosas inconstitucional, se tiene que seguir cumpliendo con ciertas ordenes, eso que quiere decir, que la Corte Constitucional le emite a Colpensiones otras ordenes diferentes, incluso posterior a ello.

Pero hay que tener en cuenta, su señoría que partiendo de esa base de que efectivamente existió un estado de cosas inconstitucional, que si bien es cierto, que se levantó mediante una sentencia que se notificara en el año 2016, y que emitió unas ordenes que no fueron estudiadas por el despacho, existió un aumento en la producción, entonces no se puede argumentar por parte del Juez que no se justificó la contratación de la demandante, porque efectivamente había una justificación y era ese atraso estructural que tenía Colpensiones, no sé si es que el despacho se refería a que el contrato comercial se debía explicar contratación de los trabajadores en misión individualmente considerados cuando en el expediente se encuentran los estudios previos que se allegaron con memorial posterior, inclusive fue por requerimiento del despacho, donde están los estudios técnicos del contrato 005 de 2016, y se hace alusión, a las razones por las cuales se contrata y se firma ese contrato comercial, y se explica las razones atadas a la sentencia 774 y las nuevas órdenes de la Corte Constitucional.

Entonces no es de ninguna manera, que efectivamente no existía una justificación para contratar a la demandante porque si la había y era un aumento en la producción. Ahora bien, no puede el despacho aducir que como la demandante también realizaba solicitudes de día a día entonces no pertenecía al atraso estructural de Colpensiones, es que Colpensiones no estaba divido entre el atraso estructural del ISS, y las de día a día, porque no, somos solo una entidad que tenía un atraso estructural con todo el cumulo de atraso que tenía el ISS, y con las actuales.

No podemos de dejar de atender las actuales porque es que tampoco nuestro objeto social es el RPM, entonces, no tiene sentido argumentar que como la señora también llevaba a cabo también y resolvía las solicitudes del día a día entonces, no se encontraba atada al atraso estructural, porque el atraso estructural es uno solo, no se encontraba dividido en dos.

Ahora bien, tampoco nos encontramos de acuerdo con lo atinente a que Colpensiones, pagaba el salario de la demandante a través de activos eso fue algo que no se probó dentro del proceso, no entiende la razón por la cual se llegó a esa conclusión, en el interrogatorio de parte del representante legal de Activos, el mismo confeso que efectivamente se le cancelaban los salarios que con ellos se habían firmado el contrato laboral, que efectivamente había una subordinación delegada, que ellos fueron los que la afiliaron al sistema de seguridad social que ellos eran los que pagaban prestaciones sociales y las vacaciones, entonces, no entiendo la razón por la cual se llegó a esa conclusión, si eso fue un tema que jamás fue de discusión en este proceso. Partiendo de esa base, es claro entonces que Activos no fue un simple intermediario, que efectivamente la demandante, sí estuvo en el plan de acción y que si había una justificación y era el aumento de la producción y que el Tribunal deberá analizar en debida forma los autos de la Corte Constitucional que pusieron de presente dicha situación incluyendo la sentencia T-774 que emite otras ordenes diferentes a Colpensiones. Igualmente, en el expediente está el estudio técnico que se hizo para suscribir el contrato número 005 de 2016, la cual estuvo atado la aquí demandante.

Igualmente, el despacho asume o concluye, que la prorroga que se dio con respecto al contrato 005 fue de carácter genérico y que no estaba establecido el grupo de medicina laboral de la aquí demandante y por lo tanto se concluye que ese grupo no estaba incluido en el atraso estructural, tampoco entiendo la razón, porque es que es un contrato comercial que estaba suscrito entre Colpensiones y la EST, el estudio técnico es claro en afirma que efectivamente fue por el aumento de la producción y por la orden de la Corte Constitucional, tendiente al plan que tenía Colpensiones para poder solucionar dicho atraso estructural, no creo que fuera objeto o que el juez tuviera competencia para poder analizar los términos del contrato comercial, cuando la demandante no asistió al interrogatorio y se aplicaron las consecuencias establecidas, tampoco asistió a la audiencia de conciliación, y se aplicaron las consecuencias establecidas en el código de procedimiento, situación que el despacho tampoco tuvo en cuenta, pues debió tenerse como cierto los hechos susceptible de confesión que de hecho se tuvieron como ciertos en la etapa procedente pero que pues en la sentencia tampoco se hizo alusión a lo mismo, pero si se llegaron a conclusiones que no fueron objeto de prueba dentro del proceso, como este, como no hay necesidad de especificar grupo por grupo, pues Colpensiones tenía subgrupo, subgrupo, en el plan de acción y pues obviamente era un tema de carácter general que toda la entidad se encontraba inmerso en un aumento de la producción.

También su señoría, es importante establecer las siguientes situaciones: y es que la misma parte demandante, en su escrito introductorio confiesa que estuvo vinculada a la EST, desde el 22 de febrero de 2016 al 31 de enero de 2017. La CSJ, ya estableció inclusive en sentencias de este año y sentencias del año 2018 que el único escenario posible para que se pueda declarar al usuario como un verdadero empleador, es que supere el límite de temporalidad y causalidad que habla la Ley 50 del 90, cual es este límite de temporalidad y causalidad, 6 meses prorrogables por 6 meses, si se hace la cuenta, inclusive hay que establecer que fueron contratos totalmente independientes, pero si aún sumados los mismos el Tribunal, hace la relación de los contratos laborales, se puede establecer a plena vista que no se superó el límite de temporalidad y causalidad, eso quiere decir, que la aplicación que le dio este despacho, para declarar un verdadero contrato laboral, es contrario a la Ley, pues el análisis que se dio, fue un análisis netamente comercial y lo que se tenía que analizar era el contrato laboral y el supuesto de la CSJ, que establece que solamente en ese supuesto y en esa causa se podría dar como consecuencia la aplicación de un verdadero contrato realidad, y eso fue un tema que aquí se probó plenamente, que la parte demandante confeso desde la demanda inicial y por lo tanto no se puede dar la consecuencia de declarar a Colpensiones como un verdadero empleador, pues los supuestos no se dan.

Ahora bien, con respecto a la nivelación salarial, el despacho pretende equiparar a la demandante con el profesional sénior 02 y concluye que efectivamente Colpensiones tiene que reliquidar tanto los salarios como las prestaciones sociales con respecto a dicho profesional. Para dar aplicación al principio trabajo igual, salario igual, se tienen que cumplir con ciertos requisitos que establece la Ley, requisitos que aquí no se dieron. Los testigos en ningún momento dieron fe de que efectivamente la demandante cumpliera con las mismas funciones del el profesional sénior 02. Empezando porque el profesional sénior 02, no existe en Colpensiones, en Colpensiones existen profesionales que tienen un código y un grado y aquí solamente hay

un código y el profesional sénior 02, tiene un grado y tiene varios grados, entonces es imposible que el juez pretenda equiparar a la aquí demandante con un profesional que es inexistente en la planta de Colpensiones y en la cual, no existe un manual de funciones establecido, máxime cuando reitero que los testigos, porque también reitero que la demandante tampoco asistió al interrogatorio de parte, los testigos en ningún momento pudieron dar fe de cuales era las funciones que la demandante tenia y cuales era las que el profesional sénior 02 tenia, partiendo de esa base, me permito dar lectura a alguna de las funciones que tenía el profesional sénior 2, código 310, porque insisto que en Colpensiones la estructura tiene código y tiene grado, en este caso solamente hablamos de un grado pero, ok, tengo código 310:

Aportar al seguimiento de los planes, programas, proyectos y procesos requeridos por la empresa. En ningún momento se probó que la demandante llevara a cabo esa función.

Aplicar y colaborar en el seguimiento de planes, programas, proyectos, procesos y procedimiento requeridos en la empresa.

Aplicar y colaborar en la verificación de la información para elaborar los indicadores de seguimiento y desempeño empresarial.

Aplicar y colaborar con la ejecución de las acciones necesarias para el mejoramiento continuo del SGI, sistema y control interno.

Solamente con las primeras cuatro se puede deducir que efectivamente la parte demandante tenía la carga probatoria, de probar en este proceso que cumplía con las funciones del profesional con el cual el juzgado pretendió equiparar y que valga la pena señalar en ningún momento se solicitó, porque tal y como lo puede ver de las pretensiones en la demanda, el demandante solicitaba equipararse con el profesional master 7, entonces, yo no entiendo en que momento el despacho concluye que no era con el profesional master 07, que de hecho fue el objeto del litigio sino que efectivamente, entonces el demandante si era equiparable con el profesional sénior 02, cuando nunca fue objeto del litigio, cuando no existe un manual de funciones dentro del proceso que pretenda establecer que efectivamente la demandante cumplía las mismas funciones, y cuando aun así, tampoco se puede establecer ni los testigos dieron fe, que la demandante hubiere cumplido con las funciones que están establecidas para tal profesional, el despacho no puede entonces, decir que en el Decreto 2469 que establece que efectivamente los trabajadores misionales tienen derecho al mismo salario, entonces por tal situación, se deba nivelar, porque es que aparte de eso, se tuvo que tener en cuenta que es que la demandante tenía era un tema simplemente de un atraso estructural, o sea era un tema que no era trascendental, en la estructura de Colpensiones, en ese momento y por lo tanto, no tenia y no cumplía las mismas funciones del trabajador oficial y era carga probatoria de la parte demandante, realizar ese ejercicio probatorio que no se dio dentro de este proceso.

Así las cosas, es claro que la nivelación salarial no es procedente porque no se cumplieron con los requisitos que se dan en el artículo 143 del CST.

Por último, con respecto a la indemnización con despido sin justa causa, el despacho aduce que se deberá pagar una indemnización con respecto al despido por un valor de 30 días de salario. Su señoría, se suscribió un contrato comercial con la empresa Activos, el 005 de 2016 que fue por el medio del cual la demandante estuvo vinculada, se probó en el proceso que ese contrato 005 finalizo el 31 de enero de 2017, por lo tanto, ya no teníamos ningún tipo de vínculo contractual, situación que lleva a concluir que efectivamente, todos los trabajadores misionales que se encontraban vinculados a Colpensiones, finalizaban la obra o labor porque ya no teníamos ningún vínculo, y es un tema que se encuentra probado con las documentales. No entiendo la razón por la cual, se condena a esa indemnización cuando está totalmente probado que el 31 de enero de 2017, se finalizó el contrato comercial y es claro que la consecuencia de finalizar un contrato comercial, es que Activos tuviere que retirar a todos sus trabajadores misionales que se encontraban vinculados en ese momento en las instalaciones de Colpensiones, por lo cual, queda probado que efectivamente, que la obra o labor finalizo en esa época, que no prosiguió en Colpensiones, y por lo tanto, esa indemnización tampoco sería procedente.

Y por último, su señoría no es de ninguna manera claro, que se condene a una diferencia salarial a nivelar a la demandante y cancelarle una diferencia salarial y reliquidar prestaciones sociales con un salario que en este proceso nunca se probó. Cuando solicito la adición y su decisión es establecer que entonces para efectos de determinar la diferencia salarial se tendrán que tener en cuenta, los acuerdos vigentes para 2016 y 2017, ok, pero la verdadera pregunta es cuál es el salario, porque es que los acuerdos lo que determinan es el aumento salarial, el porcentaje del aumento salarial, pero la pregunta es cuál es la base salarial que voy a tomar en cuenta para esa diferencia salarial, y no se tiene por qué su señoría, porque simplemente el profesional sénior 2 no existe en la entidad, primero; dos, porque dentro de este proceso en ningún momento fue objeto del litigio establecer o nivelar al demandante como un profesional sénior 2 y mucho menos fue objeto del litigio ni tampoco de debate probatorio, el salario que devengaba dicho profesional 2, en la

A su turno, el apoderado judicial de Activos S.A, no entiende por qué el Despacho desligó a la demandante de su verdadero empleador tomando como fundamento las instrucciones que impartía Colpensiones, así como la asignación de horarios, materiales y lugar de trabajo, señalando, se debe tener presente la vinculación de la actora a la empresa de servicios temporales como trabajadora en misión, de allí que deba considerarse la subordinación delegada a la que alude Colpensiones.

Por otra parte, con relación a los presupuestos para la contratación de personal en misión, considera, conforme al material probatorio quedó acreditado que la vinculación tuvo como fin garantizar la actividad de aseguramiento y la superación del estado de cosas inconstitucional declarado, en virtud del plan de acción creado para corregir la falla estructural, advirtiendo, dada la naturaleza jurídica de Colpensiones no era posible que ampliara la planta de personal sin la autorización previa del gobierno. Bajo tales consideraciones, estima, es claro que la contratación de esa empresa de servicios temporales se hizo a efectos de i) superar el atraso estructural y ii) la estabilización del modelo de producción de Colpensiones, sin que fuera posible aducir la imposibilidad de la demandante de ejecutar actividades de día a día y que su dedicación debía ser únicamente frente a tareas atrasadas.

Señala, hay que tener en cuenta que la duración de la obra o la labor contratada va enlazada a un contrato comercial, y en este caso, se logró demostrar que el contrato 005 de 2016 terminó en enero de 2017 el cual no se prorrogó, lo que originó la desvinculación de la trabajadora.

---

entidad, por tal razón, el despacho no puede solicitar o no puede declarar o condenar más bien a mi representada a un pago de un salario que no se probó dentro del presente proceso y que efectivamente no se encuentra claramente determinado como es el caso.

Por las anteriores razones, su señoría le solicito al Tribunal se sirva revocar la sentencia en su totalidad, toda vez que el límite de temporalidad y de causalidad que habla la Ley 50 del 90, en este proceso no se vulneró con respecto a la demandante, pues ni siquiera sumados todos los contratos se puede establecer que efectivamente hubiere durado más de lo que la Ley establece que es 1 año, por tal razón, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la CSJ, que en ningún momento establece que la demandada tenga que probar un alza en la producción ni que tampoco, deba demostrar que efectivamente el grupo independientemente, tenga que estar en el contrato comercial, sino que se hubiere violado dicho termino de temporalidad para que se tenga al usuario como verdadero empleador, se hubiere dado en este proceso.

Solamente con esa conclusión a la que se llega es claro que no es procedente la declaración de un verdadero contrato con Colpensiones, que efectivamente la nivelación no tiene ningún tipo de sustento jurídico y probatorio, y que la indemnización mucho menos pues se probó que el contrato comercial que se suscribió entre Activos y Colpensiones finalizo en la misma época del contrato laboral, por tales razones, solicito su señoría, el Tribunal revoque la sentencia en su totalidad y absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas que expuso este despacho. Muchas gracias."

Por otro lado, refiere, la demandante al no asistir a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte dio origen a que el Despacho diera por ciertos los hechos susceptibles de confesión, es decir, de la contestación de la demanda de Activos desde los numerales 1 al 7, en los que se puede determinar que este era el único empleador, es decir, frente a cargo, salario, prestaciones y reconocimientos salariales, el contrato de trabajo era del resorte de la E.S.T.

Con relación a la nivelación salarial, menciona, con el acervo probatorio no se logró demostrar que la demandante cumplía las funciones de elaboración de informes a entidades en relación con las actuaciones de carácter disciplinario ni fiscal, ni la de implementar planes con respecto a los indicadores de desempeño, por lo que no había lugar a la equiparación de salarios.

Frente a la solidaridad, dice, esta no está llamada a prosperar por cuanto el contrato de trabajo de la demandante nunca superó el año, aunado a que si se demostraron las razones para la contratación de trabajadores en misión.

Concluye, está demostrado que la demandante fue trabajadora de Activos, y que los salarios y prestaciones le fueron debidamente canceladas[2] (Cd fl. 288, record 01:07:39, acta a folios 289 y 290).

---

[2] "*Muchas gracias Doctor.*

Dentro del término trasladado me permito interponer recurso de apelación solicitando al Tribunal sea revocada la sentencia que su señoría acaba de proferir

.

Me causa curiosidad con el mayor respeto que su señoría merece, los condicionados o los argumentos que se han expuesto y que han dado argumentación a la condena a mi representada. Causa curiosidad que se haya vinculado o se haya desligado la existencia de un contrato realidad con Colpensiones, con base en la prestación o una actividad personal en esta, con base que existía una subordinación porque existían documentos en los cuales se lograba desvirtuar el cumplimiento de órdenes, metas, instrucciones a través del material probatorio que se anexo por parte de la demandante.

Y que se haya indicado que como quiera que se prestaba a través de materiales y herramientas de Colpensiones, instrucciones como quiera que se daba la instrucción de horario, del lugar indicado por Colpensiones, existía un contrato realidad. No puede perderse de vista que como quiera que la vinculada y fue netamente demostrado dentro del proceso que nos ocupa, fue vinculada por la empresa que represento como una trabajadora en misión, en ese sentido y conforme lo ha manifestado la codemandada debe tenerse en cuenta la subordinación delegada, y que es ampliamente aplicable a este tipo de contratación, sin que esto implique la configuración de una relación contractual, es decir, hay un traslado únicamente frente al modo del desarrollo del trabajo a la empresa usuaria, situación que no implica que esta sea la empleadora, es decir, y es de tener en consideración que jurisprudencialmente que existe esa facultad que existe esa potestad, en la empresa usuaria y esto no implica que exista un contrato o una relación entre las mismas. Es de diferenciar, que una cosa es la coordinación y otra cosa es la subordinación, que efectivamente existe facultad o potestad para la empresa usuaria.

Por otra parte, ha manifestado el despacho que no se lograron probar los elementos que justificaran la contratación misional, a contrario sensu, y conforme al elemento material probatorio que se aportó es de tener de talante que en efecto la contratación de la hoy demandante tuvo el fin de garantizar la actividad de aseguramiento y de superación del estado de cosas inconstitucionales que había sido ordenado y que estaba

en búsqueda de superación por parte de la codemandada Colpensiones, es así, que mediante el auto 110 del 2013, la Corte Constitucional verificando el estado de cosas inconstitucionales, ordeno a la entidad que en el marco de sus competencias adelantara o tomara las medidas necesarias para asegurar el presupuesto, el personal y la infraestructura de la entidad a efectos de que esta fuera suficiente para cumplir con el plan de acción para corregir el atraso estructural del RPM y las metas fijadas.

En ese orden de ideas, y con base en la orden impartida por la Corte Constitucional, pues la entidad adopto las medidas tendientes a garantizar la suficiencia de recursos, tanto operativos como de personal, como humanos, para cumplir con el plan de acción, uno, para corregir la falla estructural como dijo el despacho como así lo sostuvo, y dos, a efectos de garantizar el debido tramite y la actividad congruente.
En ese sentido, como quiera que la naturaleza jurídica de Colpensiones no podía dentro de su ámbito de competencia, ampliar la planta de personal conforme así lo han dicho, así lo ha sostenido la codemandada, dentro de la competencia para ampliar la planta de personal y sin las autorizaciones previas del gobierno más los previos tramites que debían realizarse, el tramite fue la contratación a través de una EST, legalmente constituida como lo es mi representada.

En ese orden de ideas, fue que Colpensiones vinculo a mi representada a efectos de 1: superar el atraso estructural, y 2: la estabilización del modelo de producción de Colpensiones. Es importante precisar que frente al punto de que se mesclaron las labores misionales como las actividades propias de Colpensiones, que en si el objeto contractual buscaba la superación de ese atraso estructural, situación es divergente a que la demandante únicamente pudiese dedicarse a recibir y dar trámite a solicitudes que versaran antes de la declaración del estado de cosas inconstitucionales, es decir, como quiera que es una sola entidad y que tenía atraso de solicitudes no podría o ilógico seria que como quiera que atendieran únicamente las actividades atrasadas entonces, las actividades de día a día se descuidaran. Simplemente debe tenerse en consideración que el objeto contractual tenía esa superación del aumento de producción, que incluye tanto actividades del atraso estructural como las actividades de día a día.

En ese sentido debe tenerse además en consideración que conforme dijo el despacho, la contratación dependía de la necesidad de la empresa usuaria y esto no puede desligarse de la actividad misional, es decir, conforme se logró probar y se aportaron los documentos específicos existió un contrato 005 que precisamente y conforme lo estudio el despacho culminaba para la fecha de desvinculación de la hoy demandante, junto con la desvinculación de otros trabajadores en misión que denota la culminación del contrato.

En ese sentido, como quiera que hay un antecedente al caso que hoy nos ocupa y que ruego tener a consideración por parte del Tribunal, para la decisión a adoptar, es que la duración de la obra o labor del trabajo no puede identificarse simplemente con la finalización física de una obra sin tener en cuenta o desligarse del contrato civil o comercial madre, pues precisamente, para que la vinculación de la trabajadora en misión fuese lega mi representada como empresa temporal, debe ligar la vinculación de estas a un contrato de suministro, en ese sentido, se logró probar y como se ha sostenido fue ligado al contrato 05 que terminó pues no existió prorroga posterior a la fecha en la que fue desvinculada la trabajadora, como quiera que se ha sostenido que el nexo de causalidad, es decir, el contrato de suministro del contrato comercial, había finiquitado, entonces esto da lugar a que como existe la terminación de aquel acuerdo, el empleador quede jurídicamente relevado de continuar con la ejecución pactada por lo que los acuerdos laborales también se verían afectados con esta exclusión y podían dar lugar a la terminación, por expiración de su contrato madre, o de ese contrato principal.

Importante precisar, también es extraño que el despacho haya manifestado que no se logró probar ese justificante de la contratación o que se contratara a través de la naturaleza contractual, y sin tener en consideración este acervo probatorio que anexo estudios previos allegados por esta con la contestación, pruebas de que existía una justificación para la vinculación y para la contratación de personal en misión.
Por otra parte, no puede perderse de vista que el despacho ante la ausencia de la demandante, a la asistencia a rendir, bueno tanto a la audiencia de conciliación, a rendir su interrogatorio de parte, dio por ciertos los hechos susceptibles de confesión, es decir, conforme al acta del lunes 10 de septiembre de 2018, dio por ciertos los hechos del 1 al 7 de la contestación de Activos, indicando además, que el demandante y la empresa Activos suscribieron un contrato individual de trabajo, esto significando que este era el único empleador frente al contrato de trabajo que sostenía la demandante.

Además se manifestó en el numeral 2 fue suscrito de manera voluntaria por la demandante, lo que implica un consentimiento pleno y objeto de causa licita, es decir, concluimos frente a cargos, salarios, prestaciones y reconocimiento salariales, y extrasalariales, y además lo acordado entre la empresa temporal y la demandante, en el contrato de trabajo solo era resorte de ellos, aunque al haberse constituido documento escrito por la demandante, esta acepto la remuneración para el cargo contratado, situaciones que no fueron desvirtuadas por la parte demandante.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante YESSI YOHANA GÓMEZ DAZA las pretensiones relacionadas a folios 2 y vto., sustentadas con los supuestos fácticos narrados a folios 2 vto. a 5, las cuales están encaminadas a que se declare que entre esta y COLPENSIONES existió un contrato de trabajo entre el 22 de febrero de 2016 y el 31 de enero de 2017, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por las demandadas. Además, se declare que no le fue pagado por Activos S.A. el mismo salario recibido por el personal de planta de Colpensiones que desempeñaban sus mismas funciones y que ACTIVOS S.A. actuó como simple intermediaria a la luz del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, se reconozcan, liquiden y pague a su favor la sanción por despido sin justa causa entre el 1 de febrero de 2017 y la fecha en que cesó la obra o labor contratada, las diferencias salariales y prestacionales entre lo devengado por los trabajadores oficiales de Colpensiones que desempeñan las mismas funciones (profesional master 7) y lo fijado como salario de profesional II Enfermero, la reliquidación de la prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima legal de navidad, bonificación extralegal y bonificación de recreación junto con la

---

Ahora, frente al tema de la nivelación salarial, frente a que el despacho a dado lugar al reconocimiento de la diferencia salarial, y conforme se manifestó en los alegatos oportunamente, es de tener en consideración, que el acervo conforme al testimonio, frente a los testimonios que se aportaron por la parte demandante, estos manifestaron que dentro del perfil o dentro de las actividades que ejercía la demandante, no estaba la de elaborar informes a entidades en relación con las actuaciones de carácter disciplinario ni fiscal, ni se encontraban tampoco la de implementar planes con respecto a los indicadores del desempeño de resultado de seguimiento institucional, en ese sentido, no habría lugar a la equiparación de salarios, toda vez que si bien, seguramente prestaba alguna de estas funciones asignadas al cargo frente al cual se planteó el litigio no aplicaba o no ejercía la totalidad de las mismas.

Frente, a la solidaridad que incumbe a mi representada cabe resaltar que la solidaridad es una figura de excepción frente a la violación de la Ley, en ese sentido que como quiera mi representada, fue respetuosa y acuciosa, uno de los términos de temporalidad, es decir, porque el contrato de trabajo de la demandante, nunca supero el año, no hay lugar a que esta se le declare la solidaridad, aunado a que se encuentra legal y soportado cual fue la razón a la justificación para la contratación de trabajadores en misión cual fue el aumento de la producción en este caso de la producción administrativa, al momento de la actividad administrativa.

En ese sentido, por otra parte es de precisar y contrario a lo que ha manifestado el juzgador, Activos fue quien contrato a la demandante, pago en su totalidad salarios, prestaciones y todo emolumento laboral a que hubiese lugar según la ley, situación que estaba soportada con las declaraciones del representante legal y con el acervo probatorio con el documental que se aportó, en ese sentido se solicitaría al Tribunal sea revocada la decisión y en consecuencia se absuelva a mi representada de las condenas que se incoaron en contra de la misma, gracias."

indexación, los perjuicios morales por el despido injusto, las condenas ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo con Colpensiones, condenándola a pagar a favor de la actora, y solidariamente a ACTIVOS S.A.S, las diferencias entre el salario que le fue cancelado y el devengado para el 2016 y 2017 por un profesional sénior grado 2, y a reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta la base salarial devengada en las anualidades anotadas por el profesional sénior grado 2, pagando las diferencias que resulten entre lo pagado y el resultado de la reliquidación, además, la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 4 del reglamento interno de trabajo, en concordancia con el Decreto 2127 de 1945, modificado por el Decreto 1083 de 2015. Lo anterior, tras considerar el juez de primer grado que la contratación a través de la empresa de servicios temporales no se justificó en los términos de la Ley 50 de 1990, advirtiendo, la demandante realizaba tareas relacionados con el atraso y el día a día, no encontrando acreditado que la contratación fuera para atender contingencias del plan de acción, mezclando actividades del trabajador en misión frente al objeto social de Colpensiones, por lo que era claro que el empleador era Colpensiones por ser quien ejerció la subordinación. Con relación a la nivelación salarial, consideró, aunque la demandante no probó que cumpliera las funciones del máster grado 7, sus funciones si se enmarcaban dentro de las realizadas por un profesional sénior 2 y por ende, debía disponerse la reliquidación pretendida, pero dada la falta de prueba del salario con el que se retribuía dicho cargo, emitió condena en abstracto. Frente a la indemnización por despido sin justa causa, adujo, no se probó que se hubiera terminado la labor por lo que procedía la indemnización en los términos del Decreto 2145. Finalmente, frente a la solidaridad, señaló la consecuencia legal por ser simple intermediaria era la responsabilidad solidaria respecto del verdadero empleador.

Establecido lo anterior, de conformidad con los argumentos de la alzada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar en primer lugar si la verdadera empleadora de la demandante era COLPENSIONES y si por ende ésta debe concurrir con el pago de las condenas a que hubiere lugar, si es procedente condenar a la indemnización por despido sin justa causa y a la nivelación salarial del la accionante.

Pues bien, dado que la señora GÓMEZ DAZA prestó sus servicios como trabajadora en misión en la empresa de servicios temporales ACTIVOS S.A.S, tal como lo adujo la parte actora en la demanda y se evidencia de la documental aportada al plenario (folios 12, 13, 14, 73, 75, 74 y 79), se hace necesario indicar, la contratación de trabajadores en misión[3] mediante empresas temporales, se encuentra sujeta a lo dispuesto en el artículo 6 del decreto 4369 de 2006 el cual reza:

> *"Artículo 6. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> *2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
>
> *3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.*
>
> *Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio."*

Conforme lo anterior, la contratación de la actora para la prestación de servicios en COLPENSIONES, como trabajadora en misión, se ciñe a la causal tercera, esto es para incrementos de producción, la cual establece un término máximo de duración de 6 meses prorrogables por 6 meses más, destacando en este aspecto, en el evento de superación de dicho término temporal, sobreviene la responsabilidad de la empresa usuaria del servicio, bajo el entendido, que se considera a esta como verdadero empleador y a la empresa de servicios temporales como una simple intermediaria, en consecuencia, en caso de que la empresa usuaria no cancele los derechos laborales del trabajador en misión, la empresa de servicios temporales no queda eximida de responder solidariamente. Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, tuvo la

---

[3] *Artículo 4°. Trabajadores de planta y en misión. Los trabajadores vinculados a las Empresas de Servicios Temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las Empresas de Servicios Temporales.*

Trabajadores en misión son aquellos que la Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. Se entiende por dependencias propias, aquellas en las cuales se ejerce la actividad económica por parte de la Empresa de Servicios Temporales.

oportunidad de pronunciarse mediante sentencia de fecha 22 de febrero del año 2006, radicación No 25717[4].

Así las cosas, en el caso de marras, para la Sala resulta claro que el término legal permitido para los trabajadores en misión no fue superado, en tanto el contrato de la demandante con ACTIVOS S.A. tan solo fue por 11 meses 9 días –del 22 de febrero de 2016 al 31 de enero de 2017, folios 14 y 79- es decir, no excedió el año por el cual se podía contratar a la demandante en calidad de trabajadora en misión.

---

[4] *"En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de1997, radicación 9435.*

Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales.

Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

Es éste entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

" Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T." (Lo resaltado es de la Sala).

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones".

Téngase en cuenta, los contratos celebrados por Colpensiones y ésta misma empresa de servicios temporales u otras (Serviola o Coltempora) (Cd folio 32[5]), no pueden ser tenidos en cuenta con el fin de sumar prórrogas superiores a los 6 meses, o el año, permitidos por la Ley para la contratación de trabajadores en misión, en tanto, la aquí demandante no fue objeto de contrato para tales épocas, pues como ya se señaló ésta únicamente prestó sus servicios entre el 22 de febrero de 2016 y el 31 de enero de 2017 (folios 73, 75, 14 y 79), aunado a que la facultad de efectuar esas contrataciones con las E.S.T. encuentra justificación en los requerimientos expresos y perentorios dados por la Corte Constitucional a Colpensiones mediante Autos 110 y 320 de 2013, y 130 y 259 de 2014, en los cuales se instaba a esa entidad a descongestionar el retraso con el que contaba el ISS en beneficio de los afiliados, advirtiendo, aunque en Sentencia T-774 de 2015 se declaró superado el estado de cosas inconstitucional decretado en el referido auto 110 de 2013, la Corte Constitucional puntualizó que "*ello no quiere decir que se suprimieron las violaciones a los derechos fundamentales de los usuarios de la entidad. Lo que constata la Sala es que actualmente no se reúnen las condiciones dispuestas en la jurisprudencia para continuar la intervención judicial en la operación de Colpensiones a través de la figura del estado de cosas inconstitucional, cuyo carácter es excepcional, intenso y transitorio"*, y reconoció que los avances logrados en la disminución de solicitudes administrativas con plazos vencidos "*se deben en buena medida al aumento de personal en la operación de Colpensiones"* el que aduce transitorio por crearse con el fin de dar cumplimiento a las órdenes dadas por esa Corporación, por lo que se exhortó a COLPENSIONES para que "*impulsen y adopten las medidas necesarias para adecuar la capacidad operativa (…) de conformidad con la demanda de los usuarios, de manera que se garantice una atención digna y de calidad y no se repita el escenario de masiva violación de los derechos fundamentales verificada a partir del Auto 110 de 2013 proferido en el asunto de la referencia",* razones por las cuales resulta ausente la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- de responsabilidad, en el pago de las acreencias adeudadas al demandante por quien fuere su empleador ACTIVOS S.A., pues dicha responsabilidad, conforme a los pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de justicia en Sala de Casación Laboral[6], surge de la superación del tiempo de la

[5] Reposan contratos con diferentes temporales, celebrados por Colpensiones en fecha anterior al contrato de la demandante.

[6] *Sentencia 3241 de 6 de julio de 2011: "No obstante lo dicho la acusación no logra su propósito puesto que, al optar por la vía directa y al manifestar su conformidad con las conclusiones fácticas del ad quem; esto es, no haber probado las demandadas, encontrándose en el deber de hacerlo, que la contratación temporal se ajustó a las exigencias de ley y que, por el contrario, al establecerse que la demandante trabajó por espacio de 9 años sucesivos en un mismo cargo- secretaria bilingüe- no se cumplieron las previsiones legales; la Sala reitera el que sigue siendo su criterio mayoritario, apuntalado en sentencia* ***9435 de abril 24 de 1997****, según*

contratación o cuando esta se hace fuera de las disposiciones legales, y en consecuencia no puede emerger de la simple prestación del servicio como trabajador en misión, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Aunado a lo anterior y en relación con las directrices que impartía la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la demandante para el cumplimiento de sus funciones, baste con señalar que ello en nada puede representar el elemento de subordinación para la declaratoria de un contrato realidad pues como lo ha expresado la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral *"Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T., pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de representante convencional del patrono E.S.T., con el alcance previsto por artículo 1, inciso 1 del decreto 2351 de 1965 (C.S.T. art.32) esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación."*[7]

Así las cosas, definido que el verdadero empleador del demandante fue ACTIVOS y no COLPENSIONES, debe señalarse de entrada y sin más consideraciones la improcedencia de la **nivelación salarial** de la demandante respecto de un profesional sénior II de Colpensiones, que fuera ordenada por el *a quo,* como quiera que dicho cargo no se encuentra probado en la planta de personal de su ex empleador Activos S.A., razones que impiden hacer un estudio de fondo de la pretendida diferencia salarial.

Igual ocurre en relación a la **Indemnización por despido sin justa causa,** como quiera que la misma tuvo como sustento la declaración del contrato de trabajo con

---

el cual la empresa de servicios temporales y la usuaria, cuando se quebrantan los supuestos temporales del inciso tercero del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o, la contratación tiene un objeto diferente a aquél que de manera exclusiva la autoriza; son solidariamente responsables respecto a las obligaciones laborales al paso que la segunda se convierte en empleador directo del trabajador.

[7] Radicación 12382 del 31 de mayo del 2000.

Colpensiones, que como se adujo, no existió.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia del Tribunal, por el estudio de los motivos expresamente sustentados por los recurrentes y surtido el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme a las motivaciones que anteceden, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia objeto de apelación.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá. En su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas COLPENSIONES y ACTIVOS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante conforme a las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALEXANDER RIVEROS ALTURO CONTRA BBVA COLOMBIA S.A. (RAD. 33 2017 00082 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 363 a 375 y 376 a 379), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Tres Laboral del Circuito el 19 de julio de 2019 (folio 358, récord 41:41, acta folio 359), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO**: **ABSOLVER** a la demanda BBVA Colombia, de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor Alexander Riveros Alturo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO**: **DECLARAR PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, impuestas por la demandada BBVA Colombia.*
>
> ***TERCERO**: **ABSOLVER** al señor ALEXANDER RIVEROS ALTURO, de las pretensiones planteadas en demanda de reconvención por parte del Banco BBVA Colombia.*
>
> ***CUARTO**: **COSTAS** quedan a cargo de la parte demandante, en demanda principal esto es el señor Alexander Riveros, como agencias en derecho el Despacho señala un salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***QUINTO**: Como quiera que la demanda principal, en donde actúa como demandante el trabajador, y sus pretensiones fueron adversas conforme el artículo 69 del Código*

> *de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, se tiene procedente el grado jurisdiccional de consulta, así no se presente recurso de apelación por la parte demandante."*

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación. En primer lugar, el demandante solicitó se revoque la sentencia, argumentando, en el fallo se incurrió en un defecto sustantivo pues se otorgó una interpretación errada a la Ley 1527 de 2012 y a los artículos 53 y 13 de la Constitución Política, al darles un alcance que, a su juicio, no tienen.

En tal sentido, señala, el descuento realizado respecto de las deudas que tenía con el Banco dada la finalización del contrato, no se compadece con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, en tanto esta disposición no busca desproteger al trabajador al momento del retiro de la empresa, sino por el contrario, garantizar un estatus de vida al empleado mientras accede a otro empleo, el cual se vio afectado en el caso del actor, quien desde el finiquito de la relación laboral ha tenido múltiples problemas financieros y personales que han imposibilitado el acceso a cargos en el sector financiero, precisando, debe entenderse que el salario implica también las prestaciones, vacaciones, cesantías, entre otros.

De otra parte, indica, según lo asentó el juez en el fallo apelado el límite del 50% de los emolumentos del trabajador aplica sólo cuando está vigente el vínculo laboral con la empresa pero que una vez finalizado el mismo se puede descontar la totalidad; sin embargo, asegura, se contradice el juzgado respecto de la utilización de esta postura al verificar la procedencia de la sanción por no consignación de las cesantías ya que no se verificó que los descuentos sobre las cesantías de las anualidades 2012 y 2013 fueron mayores al 50%. Si ello fue así, dice, debe imponerse el pago de la indemnización pretendida. Sobre este aspecto, considera además, no se tuvo en cuenta que la pasiva no contestó la reforma de la demanda, entendido con ello, el allanamiento a las pretensiones allí contenidas por parte de este extremo procesal.

Indica, en criterio de la Corte Constitucional, debe verificarse la responsabilidad del pagador por ser quien debe fijar los límites de cada uno de los descuentos, y si es del caso, negarse al débito, respetando los máximos legales autorizados por la ley, particularmente cuando exista un mayor riesgo de afectar el derecho al mínimo vital, entendido este no como el salario mínimo legal mensual vigente, sino la garantía al derecho de vivir dignamente, esto es, la porción del salario que sea suficiente para

sufragar sus necesidades básicas, máxime que debe tenerse en cuenta la condición de sujetos de especial protección constitucional que ostentan quienes dependen del demandante.

Con relación a la Ley 1527 de 2012, insiste, dentro del salario deben entenderse comprendidos todos los emolumentos devengados por el trabajador, por lo que los descuentos para el otorgamiento de un crédito deben revisarse de manera tal que el trabajador no reciba menos del 50% del salario neto, disposición que, en todo caso, considera excluida del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, indica, debe tenerse en cuenta la mala fe con la que actuó el Banco que optó por hacer descuentos mayores sin tener en cuenta la condición del trabajador, situación que estima más que suficiente para imponer la sanción del artículo 90 de la Ley 50 de 1990, solicitada en la reforma de la demanda[1] (folio 358, récord 43:29, acta folio 359).

---

[1] *"Gracias su Señoría: Interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de la ciudad de Bogotá, contra la sentencia emitida por el Despacho, fundamento mi recurso en los siguientes aspectos:*

Primero, existe un defecto sustantivo en el fallo emitido por el Juez pues le otorgo a los artículos, a la Ley 1527 del 2012 y a los artículos 53 y 13 de la Constitución Política de Colombia un sentido y alcance que esto no tienen y porque de su interpretación posible dentro de las muchas que ofrece las disposiciones contraviene postulados de rango constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que la vitalidad de una interpretación surge cuando la conclusión que un intérprete obtiene de la norma aplicada no puede derivarse del contenido de esta al amparo de ningún método razonable e interpretación jurídica, se trata como ya se ha mencionado de una interpretación que tiene como fundamento la mera voluntad o capricho del juzgador, en este caso el Juez tiene la obligación de corregir el yerro a fin de establecer los derechos violados por la aplicación de un sentido carente de plausibilidad.

En el presente caso, no adecuó el contenido de los artículos mencionados el Juez haciéndolos consonantes con los fines y principios constitucionales, obligación que surge del principio de interpretación conforme a la Constitución bajo el cual todo análisis de un precepto normativo debe realizarse en armonía con los parámetros superiores de la Carta Política.

En el presente caso, el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia habla de la irrenunciabilidad de los derechos y además de la protección que tiene el trabajador con respecto al salario que ingresa para su manutención y la de su familia, el descuento que mencionó el Juzgado respecto a las deudas que mi poderdante tenía con el banco y que ya no fueron cobijadas porque se encontraba fuera del contrato de trabajo, es decir, este ya se había finiquitado, se contradice con el sentido de la norma, en cuanto a que el legislador lo que busca no es desproteger al trabajador en el momento del retiro de la empresa, o cuando a este le ha sido cancelado el contrato, sino que emolumento, ese salario implica lo que ya se ha venido debatiendo en muchos procesos que no solamente es el ingreso mensual del trabajador, sino también las prestaciones, las vacaciones, las cesantías y lo demás, ese salario, lo que hace es garantizarle al trabajador mantener status de vida mientras accede a otro lugar de trabajo, a otro puesto de trabajo, situación que la ha sido imposible al trabajador, habida cuenta de que el banco mismo se ha encargado de promocionar su situación toda vez, que ha sido reportado en todas las entidades de crédito y las de tarjetas de crédito donde obviamente esto ha sido una cortapisa una talanquera para que él pueda acceder a otros cargos de igual condición, habida cuenta de que es un economista preparado en el sector financiero, situación realmente que le ha impedido a el volver a conseguir un cargo dentro de las entidades bancarias. Esta situación obviamente que ha dado también al traste con su situación personal habida cuenta que es padre cabeza de familia con dos hijas las cuales en este momento ha tenido inclusive que retirar del colegio de mejor prestancia, de mejor desarrollo, y también la situación que en este momento está soportando como es el mal que aqueja a su madre una señora mayor adulta, que tiene alzhéimer, y que habita en el apartamento por el cual, el obtuvo ese crédito con el banco, y que ahora el banco lo ha hipotecado, el banco perdón, lo ha embargado y lo tiene en condición de remate, dejando pues

obviamente esta situación bastante difícil para mí representado habida cuenta de que llegara a suceder pues no tendría la forma de poder ubicar a su madre en un lugar adecuado para que pueda llevar a cargo su enfermedad que es pues irreversible.

Ahora bien, menciona el señor Juez, en su sentencia que la Corte Suprema de Justicia en sentencia 39982 del año 2013 afirmó que las obligaciones solamente se limitaban al 50% del valor de los emolumentos del trabajador siempre y cuando este estuviera laborando con la empresa, una vez se terminara el contrato de trabajo se podía dar aplicación a la totalidad de las obligaciones sin tener en cuenta dicho porcentaje, pero bien yo me pregunto señor Juez si eso es así por qué en la reforma a la demanda en cuanto a los hechos que se mencionaron y las pretensiones, básicamente la pretensión 53 y 54, en la cuales se solicita que se condene a la entidad banco Vizcaya a cancelar al señor Alexander Riveros Alturo la suma de $77.983.920 pesos correspondiente a la cesión contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 del 90, por no consignar en el fondo de cesantías la totalidad de las causadas en el año 2012 pues descontó incorrectamente de este las sumas de $4.189.520 pesos como abono al rubro aporte de fomento y construcción, la pregunta es palpable, en ese momento el señor se encontraba laborando para la empresa y aun así se le aplico un descuento mayor a sus cesantías infringiéndose el artículo, infringiéndose la norma como es el artículo 99 de la Ley 50 del 90, igualmente sucedió con las cesantías correspondientes al año 2013, si en razón a las que se descontó ilegalmente a la suma de $4.189.520 pesos como abono al rubro de aporte de fomento y construcción, sanción que también debería aplicarse por la misma que se comentó con anterioridad.

Veo acá, Honorables Magistrados que no se aplicó el mismo rasero que se está aplicando al banco BBVA con respecto a esta situación que estoy mencionando de mi poderdante Alex Arturo, esta demanda se le corrió traslado, esta reforma de la demanda se le corrió traslado al banco y el banco no se pronunció al respecto, es decir, no dio contestación a la demanda, por lo tanto, se allano a las pretensiones que se están manifestando acá, y es un proceder de mala fe por parte del banco el que hace que esta sanción sea aplicada si porque realmente en el momento en que se hizo el descuento el trabajador si pertenecía a la entidad bancaria, el trabajador si trabajaba con la Entidad, por lo tanto, estaríamos en contradicción con la sentencia 39982 en el sentido que si el trabajador ya no labora en descontarle la totalidad, pero mientras este laborando si le es permitido que le descuente más del 50% cuando la ley es muy clara y afirma que solamente debe ser el 50% porque lo demás se debe a la necesidad que tiene el trabajador para el sustento suyo y el de su familia.

Otro aspecto muy importante a tener aquí es la responsabilidad del pagador, dice la Corte Constitucional "otro aspecto muy importante es aquel relacionado con quien es el responsable en estos casos de aplicar o no los descuentos, en otros términos, si quien viola el derecho fundamental son los terceros acreedores o el pagador de la mesada o el salario en ese sentido la Corte entendió que la responsabilidad recaía sobre el pagador de los emolumentos, si bien las entidades tienen responsabilidad tanto deben verificar la capacidad económica de los contratantes es el pagador quien debe fijar los límites de cada uno de los descuentos, en caso de no poderse aplicar deberá entonces negar el mencionado débito, esta jurisprudencia continua la Corte "estudiada se puede extraer varias reglas aplicadas a los límites y parámetros para realizar descuentos directos sobre los ingresos de una persona, primero, los descuentos deben respetar los máximos legales autorizados por la ley, segundo cuando exista un mayor riesgo de afectar el derecho al mínimo vital, entendiendo el mínimo vital no como el salario mínimo legal mensual vigente, sino como lo ha venido afirmando la Corte en muchas oportunidades, que el derecho al mínimo vital ha sido considerado por la Corte Constitucional como una de las garantías más importantes en el estado social de derecho no solo porque se fundamenta en otros derechos como la vida, articulo 11 de la Constitucional Política, la salud articulo 49 de la Constitucional Política, el trabajo artículo 25, la seguridad social artículo 48 de la misma Constitución, sino porque es el mínimo sin el cual las personas no podrán vivir dignamente, es un concepto que solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos sino permitirles desarrollar un proyecto de vida igual al del común de la sociedad de allí que también sea una medida de justicia social, propia de nuestro Estado Constitucional, en ese sentido, el derecho al mínimo vital ha sido definido como la Corte como la porción de los ingresos del salario pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud prerrogativas cuya titularidad son indispensables para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional, es decir, la garantía al mínimo de vida. Aunque el mínimo vital se componga inevitablemente de aspectos económicos no puede ser entendido bajo una noción netamente monetaria, no se protege solo con un ingreso económico mensual, este debe tener la virtualidad de producir efectos reales en las condiciones de la persona de tal manera que no solo le garantice vivir dignamente, sino también desarrollarse como individuo en la sociedad, esta tesis ha sido resaltada por esta Corte en diversas oportunidades, cuando ha sostenido que el derecho al mínimo vital no es una garantía cuantitativa sino cualitativa, esto significa que aunque los derechos, su protección va mucho más allá, la Corte ha establecido que a pesar de su derecho, de su estrecha relación, el salario mínimo no es igual al mínimo vital, en efecto existen situaciones en las que proteger el salario mínimo de una persona no necesariamente le garantiza las condiciones básicas en la cuales un individuo no podría vivir dignamente.

A su turno, el apoderado judicial de BBVA Colombia S.A., en calidad de demandante en reconvención, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juez con el ánimo de que se revoque en su integridad y, en su lugar, se ordene al señor ALEXANDER RIVEROS, pagar al banco la suma de $34.130.055, por tratarse de una obligación de pago a terceros, esto es, netamente dineraria que tiene su origen en el contrato de trabajo que existió entre las partes. En sustento de ello, asegura, la obligación, contrario a lo asentado por el juez *a quo,* si nació de manera indirecta del contrato de trabajo, siendo por tanto competencia de esta jurisdicción resolver lo pertinente. Al punto señala, el dinero se giró al Juzgado 15 de Familia en cumplimiento de una orden judicial que era ineludible para la entidad

---

Retomando lo anterior, como segundo cuando existe un mayor riesgo de afectar, ya lo dije perdón, como tercero, cuando se trate de personas de tercera edad en condición de sujetos de especial protección existen mayores oportunidades de lesión, el sujeto de especial protección no solamente es el trabajador, sino también aquellas personas que dependan económicamente de él, para el presente caso, su esposa, hijas y especialmente su madre, persona adulta mayor que como ya lo dije padece del mal de alzhéimer, quien reside en el apartamento si, es una persona que también debe estar protegida por esa condición especial que tiene el trabajador y que tiene su familia.

Ahora bien, con respecto a la Ley 1527 de 2012, esta cambió el panorama de los descuentos directos, veamos cuales son los límites de estos descuentos para efectos de que estos descuentos, para sustentar mi apreciación de que estos descuentos se aplicaron en un porcentaje mayor en las cesantías de los años 2012 y 2013, dentro de los requisitos para otorgar un crédito en la modalidad de descuento indirecto es indispensable que la libranza o el descuento directo se efectúe siempre y cuando el asalariado o pensionado no reciba menos del 50% del neto de su salario, ya hablamos de que al salario lo comprenden absolutamente todos los emolumentos que recibe el trabajador con motivo de su relación con el empleador después de los descuentos de ley, es decir, es posible descontar hasta la mitad del salario del trabajador incluso al tenor literal de esta disposición del salario mínimo, así mismo de conformidad con el articulo 3 numeral 5 esta clase de descuentos se encuentran excluidos de la regulación del Código Sustantivo del Trabajo Een síntesis la Ley 1527 de 2012 que sería en este caso enfrentarla con un concepto de la Corte Suprema de Justicia sobre la libranza, modifico los límites establecidos en el código para esta clase de descuentos, ahora, el máximo permitido es el 50% de cualquier tipo de salario, incluso el salario mínimo, veamos que ha dicho la Corte Constitucional sobre el salario, las fuentes positivas que permiten el desarrollo… MIN 58:20

MIN 58:21 interviene el Juez: Dr. Excúseme que pena le interrumpo la característica del recurso de apelación es propiamente señalar los puntos, es que es la lectura repetitiva en algunos puntos, por favor señale el punto, el argumento y segunda instancia puede presentar el argumento.

MIN 58:47 retoma el apoderado: Bien como lo argumenté la apelación de la sentencia emitida por el Juez de instancia obviamente se fundamenta en que no se aplicó con el mismo rasero la situación de los descuentos que se le concedieron al trabajador, tanto en el momento en que estaba en firme la relación laboral, como en el momento en que esta terminó, pues ya se manifestó que las cesantías del año 2012 y 2013 fueron afectadas en un porcentaje mayor al 50% estando en vigencia el contrato laboral, y finalmente pues la aplicación que el Juez de instancia hizo es sobre la totalidad teniendo en cuenta que el trabajador ya no laboraba con la empresa, y por tanto era procedente el descuento que efectuó el banco sobre la totalidad de los emolumentos que recibió el trabajador de los cuales no hubo poder liberatorio, si no hubo la posibilidad de que el obtuviera un ingreso para mantenerse en tanto volviera a conseguir una nueva fuente de trabajo.

Para la aplicación de esa sanción que he venido haciendo alusión pues se debe tener en cuenta la mala fe empleada por el banco con respecto al trabajador, el procedimiento que opto con hacer descuentos mayores en este caso, sin tener en cuenta tampoco la condición del trabajador, su labor que fue una labor de la cual no hubo queja alguna por cuanto pues se desempeñó a cabalidad y éticamente dentro del banco con sus funciones, y finalmente considero que esta situación de mala fe que desplego el banco es más que suficiente para que se de aplicación a la sanción de la, contenido en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990, para que se apliquen, los valores pretendidos en la reforma de la demanda la cual como reitero no fue contestada por el banco en ningún momento, considero que estos son los argumentos por los cuales pretendo señores Honorables Magistrados se revoque la decisión de la, con respecto a la decisión de la sentencia impuesta por el Juzgado 33 Laboral del Circuito, contra mi demandante, contra el demandado Alexander Riveros Arturo, muchas gracias."

y que surgió como consecuencia de un proceso de alimentos en contra del actor, aclarando, con independencia de que dicho pago se haya realizado con posterioridad a la finalización del contrato, lo que debe mirarse es la exigibilidad de la misma, la cual tuvo lugar mucho antes de la terminación del vínculo[2] (folio 358, récord 1:01:42, acta folio 359).

---

[2] *"Sí señor, también apelo de manera respetuosa ante el Honorable Tribunal, de manera sencilla y simple son las siguientes:*

Con ocasión a la demanda y en la medida en que la misma cuestionaba la liquidación final de prestaciones sociales el banco estableció que en el renglón referido de embargo de alimentos que como bien lo acepta el Despacho en establecer que se cumplieron los oficios al terminar el vínculo laboral, por esa misma razón, brilla por la ausencia argumento, nuestro humilde criterio para sostener que el pago por más de 34 millones que hizo el banco no tuvieron origen en el vínculo laboral o se relacionara directa o indirectamente con el mismo, como reza el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, que la justicia ordinaria esta instituida para conocer todos los asuntos que emanen directa e indirectamente en la relación laboral como es esta, es decir, la que se refiere la demanda en reconvención, es lo que se discute en este proceso, un asunto netamente económico y unos pagos a terceros, y se observa que uno de esos terceros es el Juzgado 15 de Familia y el juzgado 15 de familia emite una orden judicial, las órdenes judiciales a no dudarlo son de imperativo cumplimiento más aún, si se tiene en cuenta que se refiere a un asunto alimentario en donde se envuelven los derechos superiores de los menores y debe dársele cumplimiento.

El Despacho considera que el descuento se efectuó con posterioridad a la terminación del vínculo y que además obedeció a la solicitud que pasara la apoderada del ex cónyuge del hoy demandante, frente a lo cual de manera respetuosísima discrepa la entidad, toda vez, que esa obligación se generó en vigencia de la relación, y es claro en derecho que si acudimos a la regla general de las obligaciones de la exigibilidad la que marca la consiguiente obligación o responsabilidad, y nos encontramos que la exigibilidad de esta obligación se originó en vigencia de la relación laboral con el banco, y si acudimos a los anexos de la demanda en reconvención encontraremos que la obligación perseguida alimentaria y en contra del hoy actor data de meses atrás de terminado vinculo, por esa misma razón la exigibilidad de la obligación lo que marca la responsabilidad y por consiguiente competencia y de esa manera respetuosísima discrepamos porque desde el oficio 1332 del 6 de junio de 2013, desde el oficio del 14 de febrero desde el oficio 883 del 2012, 827 del 27 de abril de 2012, emanados del Juzgado 15 de Familia se está persiguiendo la obligación y bastara leer a la segunda instancia el oficio 6 de junio de 2013, donde dice que la inobservancia de esta decisión lo hará acreedor de las sanciones previstas en el numeral 1 del artículo 39 del CPC en concordancia con el articulo 130 numeral 1 del Código de Infancia y Adolescencia, es decir, la obligación perseguida, data de mucho tiempo atrás, y es sencillamente la obligación la que marca su exigibilidad y esa exigibilidad tuvo 22 meses antes de terminado el vínculo, origen de los incumplimientos del hoy actor, así lo dice la abogada de la señora Bertha Liliana Ortiz Salazar cuando dice que lleva al banco 22 meses incumpliendo, no es esta comunicación dirigida a la Superintendencia en virtud de la cual el banco cumple, no, es el deber legal que tiene el banco de cumplir conforme a las obligaciones que detallan los oficios de la justicia que han puesto de presente el Juzgado 15 de Familia, y como bien lo acepto el Juzgado al fallar la demanda principal esto no es al criterio de quien recibe la orden, no, esto es una orden judicial y de obligatorio cumplimiento, y teniendo en cuenta que esa obligación se gestó durante 22 meses, anteriores al 22 de marzo del 2014 y que esa vigencia coincide precisamente con la duración del contrato de trabajo y que el banco pago el retroactivo de su propio peculio y que el actor hoy cuestiona esos descuentos, no queda otra opción a la entidad de demandar en reconvención su señoría, y solicitar al Honorable Tribunal tener en cuenta que es la exigibilidad de la obligación y no la terminación del vínculo laboral la que marca las consecuencias de responsabilidad y consiguiente competencia judicial, exigibilidad repito que tuvo lugar mucho antes de terminado el vínculo y por tanto es una cuestión de competencia de justicia laboral que tiene relación directa con ella y en consecuencia lo que tiene que ver con el fallo absolutorio en demanda de reconvención solicito de manera respetuosa a la segunda instancia se revoque el fallo en esa parte y se condene al hoy actor a la devolución $34.130.055 millones más los intereses, que el banco pago de su propio peculio, o sea, el banco no solamente asume ante los otros acreedores del hoy actor, sino además asume obligaciones personales y propias del hoy actor por concepto de alimentos y mal haría el banco como empleador, de su trabajador en perder su dinero, cuando es el trabajador quien está cuestionando el descuento, la deducción, la compensación con origen del Juzgado 15 de Familia, o sea, en nuestro criterio no queda duda que esta pretensión de demanda de reconvención emana directamente de la relación laboral, toda vez, que tuvo vigencia en ella y no a la terminación del vínculo, por esa razón, de manera respetuosa solicito la revocación y que se ordene al demandante devolver ese dinero más los intereses y demás consecuencias procesales que eso emanen, mil gracias su señoría"

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver de fondo, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en la demanda principal, señor ALEXANDER RIVEROS ALTURO, las pretensiones contenidas en la demanda, la subsanación y la reforma a la misma folios 4 a 5, 55 y 286, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos del escrito introductor vistos a folios 2 a 4 y la reforma de la demanda de folios 285 y 286, encaminadas a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente entre el 3 de febrero de 2009 y el 11 de febrero de 2014; así mismo, que se declare que la demandada compensó indebidamente el valor total de la liquidación final de salarios y prestaciones del demandante, pues sobrepasó por descuentos directos de libranza el límite del 50% del salario a 97,32%, afectando con ello su derecho al mínimo vital. En consecuencia, se ordene el reembolso de los descuentos no autorizados, el pago de la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no cancelar en forma completa las cesantías de las anualidades 2012 y 2013, debidamente indexadas.

Enterada de la demanda, BBVA COLOMBIA S.A. formuló demanda de reconvención contra su extrabajador ALEXANDER RIVEROS (folios 270 a 273), procurando se declare que como consecuencia de la orden de embargo decretada en el proceso ejecutivo de alimentos 2012-308 que cursaba en el Juzgado 15 de Familia de Bogotá contra ALEXANDER RIVEROS ALTURO, comunicada a esa entidad mediante oficio 882 del 27 de abril de 2012, el Banco canceló la suma de $34.130.055 mediante consignación de depósito judicial. Como consecuencia de ello, se le ordene a este último la devolución de dicha suma de dinero junto con los intereses legales. Tales aspiraciones encuentran sustento en los hechos relatados a folio 271.

Los demandantes -principal y en reconvención- obtuvieron sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto el juez absolvió en ambos casos. Así, con relación a la demanda principal, consideró el *a quo* que el empleador está facultado para que, una vez terminado el contrato de trabajo realice los descuentos para pagar las deudas adquiridas por el trabajador y que en su

momento fueron autorizadas por este, por lo cual, la demandada no actuó por fuera de las normas.

Con relación a la demanda de reconvención, estimó el *a quo*, no era posible resolver la obligación por cuanto no quedó demostrado que el actuar del banco estuvo justificado en una acción u omisión del trabajador a quien le fue reclamado el pago, a partir de lo cual pudiera concluirse que la misma derivó del contrato de trabajo y, a su vez, habilitara a esta jurisdicción para resolver de fondo. A juicio del juzgado, lo que surgió fue otro tipo de relación jurídica, quedando por tanto el BBVA libre de determinar cuál es la jurisdicción que debe dirimir el conflicto, el tipo de acción y obligación.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por las partes, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes vigente del 3 de febrero de 2009 al 11 de febrero de 2014, por cuanto la misma se aceptó por la encartada desde la contestación de la demanda (folio 74, respuesta hecho primero y folio 77 respuesta pretensión primera[3]), circunstancias que además de no ser objeto de apelación, se constatan con la copia del contrato visible a folio 90 a 95, la misiva del despido obrante a folios (folio 18), la certificación de folio 19 y la liquidación final de prestaciones sociales (folio 21).

Tampoco es objeto de discusión en esta instancia, las deducciones realizadas al actor de su liquidación final de prestaciones en cuantía de $59.886.350, por concepto de un crédito con el fondo de empleados -FEG-, embargo por alimentos (30% del salario y 20% cesantías), medicina prepagada, retención en la fuente, aportes a seguridad social en salud y pensiones y fondo de solidaridad (folio 21), ni la consignación parcial que se hizo de las cesantías para los años 2012 y 2013,

[3] A pesar de que formuló oposición a esta pretensión aseveró que la vigencia de la relación laboral que terminó entre las partes efectivamente fue esa (3 de febrero de 2009 al 11 de febrero de 2014), por lo que se hacía innecesaria su declaratoria.

dado el pago anticipado de una porción de las mismas como aporte al fomento de la construcción (folios 237, 249, 251 y 252).

En ese orden corresponde a la Sala establecer, con relación al a demanda principal, si resulta procedente la compensación de obligaciones a la terminación del contrato de trabajo y en qué porcentaje. Además, si para efectos de los descuentos realizados al trabajador, y sus topes máximos, debe entenderse dentro del concepto "*salario*" todos los emolumentos devengados por el trabajador.

Para solventar lo anterior, advierte la Sala, de conformidad con lo previsto en el numeral primero del artículo 59 del C.S.T., constituye una prohibición del empleador*:*

> *"1. Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes:*
>
> *a). Respeto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400.*
>
> *b). Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la ley las autorice."*

A su turno, el artículo 159 del estatuto adjetivo laboral, prevé

> ***ARTICULO 149. DESCUENTOS PROHIBIDOS.****<Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1429 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:>*
>
> *1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario,* ***sin orden suscrita por el trabajador****, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.*
>
> *2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley.*
>
> *3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento."*

De la lectura de las disposiciones traídas a colación se deduce con claridad que su propósito es el de garantizar al trabajador la percepción de su salario, protegiéndolo de deducciones, retenciones o compensaciones inconsultas por parte de su empleador, quien a la postre resulta ser la parte fuerte de la relación laboral, pero no es el objetivo de la norma exonerar de responsabilidades al trabajador frente a sus deudas para con la empresa o terceros.

Esa finalidad tuitiva, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pierde su razón de ser en el momento del rompimiento contractual, pues con la terminación del vínculo el trabajador y el empleador se ubican en un plano de igualdad, advirtiendo, las normas prohibitivas de la compensación o deducción sin autorización expresa del trabajador, rigen durante la vigencia del contrato de trabajo, pero no cuando éste termine[4].

Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL712-2013, reiterada en SL525 de 2020, expresó:

> *"Ha dicho la Sala que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica en el desarrollo de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador (CSJ SL, 10 sep. 2003, rad. 21057; CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 20857; CSJ SL, 12 may. 2006, rad. 27278; CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 27425; CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32061). De suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados."*

Bajo esa consideración, la jurisprudencia de la referida Corporación ha considerado que, una vez finalizado el contrato no se hace necesaria la previa autorización escrita del trabajador para que el empleador pueda descontar de la suma adeudada por la ejecución y/o terminación del contrato lo debido por el ex trabajador, advirtiendo, en este escenario no se establece un límite o tope de compensación, pues estos están previstos para el salario del trabajador mientras esté vigente el vínculo contractual[5], con el ánimo de garantizar su mínimo vital.

---

[4] Al punto pueden consultarse las sentencias CSJ SL 32061, 3 jul. 2008, CSJ SL 41484, 6 ago. 2013, CSJ SL 44723, 18 jun. 2014, SL 525 de 2020

[5] En sentencia SL16794-2015, manifestó:
"Aquí y ahora, bien vale la pena recordar lo adoctrinado en sentencia del 3 de julio de 2008, radicación 32.061, en cuanto a que la compensación en materia laboral, a la terminación de la relación laboral, procede aún sin la necesidad de autorización escrita del trabajador, ya que la obligación de la empleadora de solicitar autorización judicial para ***la deducción de la cifra que supere el límite legal de tres salarios mensuales, es un***

Descendiendo al caso de autos, advierte la Sala, los descuentos efectuados al actor de su liquidación final de prestaciones (folio 21) se ajustaron a la Ley, en razón a que las deducciones por aportes a seguridad social en salud y pensiones, fondo de solidaridad y retención en la fuente son de carácter legal; además, el embargo por alimentos corresponde al cumplimiento de una orden judicial de ineludible cumplimiento para el empleador (folio 126, 128, 136 y 137, 138, 139) y la suma de $56.871.719 con destino al fondo de empleados FEG, atañó a un crédito adquirido por el demandante con la mentada asociación (folio 257), cuya deducción fue autorizada según se verifica a folio 258 en el que expresamente se consignó:

> *"**Libranza**: En mi calidad de empleado de esa institución de conformidad con lo previsto en el artículo 59 del C.S.T., y demás concordantes, comedidamente me dirijo a usted con el fin de autorizar el descuento de mi salario, vacaciones, prestaciones legales y extralegales (...) en el evento que me desvincule lo autorizo para descontar de mi liquidación final el saldo insoluto de la deuda conforme a lo dispuesto en el pagaré"*

Igual ocurre con el descuento de $304.920 contrato de medicina prepagada (folio124).

En consecuencia, cumplidos los requisitos legales para la compensación de las deudas, a más de la existencia de la previa autorización de descuento suscrita por el actor (folio 258), había lugar a las mismas, aun cuando -se reitera- de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no era necesaria la anuencia del demandante.

Habiéndose enmarcado la conducta de la pasiva dentro de los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan la materia, no puede predicarse una contravención a lo previsto en el artículo 53[6] de la Constitución Política, máxime cuando en

---

***requisito que consagra el artículo 149 del C. S. del T. para el caso de deudas contraídas en vigencia del contrato de trabajo sobre el salario y que pretendan ser deducidas también en ejecución del mismo**. Con ello la Ley busca garantizar que no se afecte el salario o ingreso del trabajador que pretenda endeudarse con su empleador. Lo mismo sucede con la vocación tuitiva que se desprende de lo regulado por el artículo 59 numeral 1° ibídem que va hasta el momento de la ruptura del vínculo laboral. Sobre el tema también se pueden consultar los fallos de casación del 10 de septiembre de 2003 radicado 21057, reiterado en decisiones del 12 de noviembre de 2004, 12 de mayo y 19 de octubre de 2006, radicación 20857, 27278 y 27425 respectivamente."*

[6] *"**ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las

vigencia de la relación laboral le fue cancelada en debida forma y oportunidad su remuneración, sin que se presentara objeciones al respecto, o por lo menos ello no está así documentado en el plenario.

Ahora bien, con relación a los descuentos realizados de las cesantías causadas a favor del trabajador para las anualidades 2012 -$4.189.520- (folio 237) y 2013 -4.189.520- (folio 249), que se relacionan en el comprobante de nómina como "*anticipo cesantía cartera empelados*", los cuales no fueron acreditados en el fondo de cesantías del actor (folios 251 y 252), desde ya advierte la Sala no dan lugar a la imposición de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como lo procura la parte actora, por las razones que pasan a exponerse.

Se encuentra demostrado en autos que el actor adquirió un crédito de vivienda con su entonces empleador, situación que deviene de los documentos que militan a folios 350 a 351 y de la confesión hecha por el mismo demandante al absolver el interrogatorio de parte[7], en el cual, según lo dicho por este, así como los testigos LUZ HELENA REYES OTÁLORA[8] y AGUSTIN RAMIREZ CUERVO[9], es parte de la estructura del crédito que se realicen descuentos sobre las cesantías causadas, situación autorizada expresamente por el trabajador; en virtud de ello, se realizaba un anticipo de sus cesantías para abonar a la deuda. Sobre el punto, estos dos testigos fueron contestes en explicar que el crédito de vivienda (663/93) tiene tres tipos de cuotas concurrentes, a saber: mensual -corresponde a un descuento realizado mensualmente del salario devengado por el trabajador-, semestral -descuento sobre las primas- y anual -descuento sobre las cesantías-

Lo anterior se corrobora a su vez con el pagaré de folios 350 y 351, en el cual se estipuló:

> *"(...) cubriré en cuotas periódicas, sucesivas, sin interrupción y por el plazo que se requiera hasta la cancelación total de este título, las cuales comprenden abono gradual a capital e intereses remunerados así: (...) c) 12 cuotas fijas, anuales, vencidas y consecutiva, cada una por valor de CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE ML QUINIENTOS VEINTE PESOS ($4.189.530) moneda legal, con el producto de las cesantías liquidadas (...)"* (folio 350)

---

relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad."

[7] Cd folio 342, récord 56:49, acta folio 341.

[8] Cd folio 344, récord 4:11, acta folio 343.

[9] Cd folio 344, récord 52:19, acta folio 343.

Valga señalar en este aspecto, en los términos del artículo 256 del C.S.T., el empleador está facultado para realizar préstamos a los trabajadores sobre el auxilio de cesantías con el fin de adquirir, construir, mejorar o liberar bienes raíces; en virtud de ello, es perfectamente factible que se realicen estos descuentos sobre las cesantías causadas a favor de este último, claro está, con la anuencia del empleado, como ocurrió en este caso.

Ahora, en cuanto a los topes máximos, preciso resulta traer a colación lo establecido en el numeral 5° del artículo 3° de la Ley 1527 de 2012, relativa a los créditos de libranza o descuento directo, que en su tenor literal señala:

> *"ART. 3º—Condiciones del crédito a través de libranza o descuento directo. Para poder acceder a cualquier tipo de producto, bien o servicio a través de la modalidad de libranza o descuento directo se deben cumplir las siguientes condiciones:*
>
> *(...)*
>
> *5. Que la libranza o descuento directo se efectúe, siempre y cuando el asalariado o pensionado* ***no reciba menos del cincuenta por ciento (50%) del neto de su salario*** *o pensión, después de los descuentos de ley. Las deducciones o retenciones que realice el empleador o entidad pagadora, que tengan por objeto operaciones de libranza o descuento directo, quedarán exceptuadas de la restricción contemplada en el numeral segundo del artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo."*

Sobre el particular puntualiza la Sala, las prestaciones sociales no son salario, tal como lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia[10], y en ese orden, no pueden ser tenidas en cuenta para efectos de determinar el tope del 50% al que alude la norma, particularmente en los periodos en los que se pagan las mismas, ya que esta disposición es clara en referirse al salario neto, el cual solo puede entenderse en los términos del artículo 127 del C.S.T.

Bajo tal entendido, teniendo en cuenta que los descuentos en diciembre de 2012 y 2013 se efectuaron como anticipo a las cesantías (folios 237 y 249), no se hace

[10] La C.S.J. en sentencia 68303 del 14 de noviembre de 2018, enlista algunos pagos que por regla general no constituyen salario, así: *"Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo"*

necesario verificar si se superó el tope del 50% del salario neto del actor, y en esa medida, no incurrió la demandada en yerro alguno.

Aquí también debe decirse, aunque según el numeral 3° del artículo 256 del C.S.T. prevé que las cesantías debían ser consignadas al fondo correspondiente para que esta efectúe el pago del crédito, lo que en este caso no ocurrió, tal omisión a juicio de la Sala, no da lugar a la imposición de la sanción prevista en el articulo 99 de la Ley 50 de 1990, en tanto no se evidencia que su actuar haya sido de mala fe, por el contrario es claro, y así lo confesó el demandante, los dineros descontados en efecto fueron destinados al pago del crédito de vivienda y autorizados por él en su debida oportunidad.

También es importante anotar, a efectos de resolver los planteamientos de la alzada, que no le asiste razón al recurrente al señalar que la falta de contestación a la reforma de la demanda debe entenderse como el allanamiento del extremo procesal convocado a juicio, pues la consecuencia de la falta de contestación según el parágrafo 2° del artículo 31 del C.P.T y la S.S., es el indicio grave en contra del demandado, y en ese sentido, la ausencia de contestación no releva al demandante de probar los supuestos de hecho en los que funda sus pretensiones conforme lo establece el artículo 167 del C.G.P.

De lo que viene de decirse, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este punto.

En lo que toca a la demanda de reconvención, asegura la demandante que en contra de ALEXANDER RIVEROS se inició proceso ejecutivo de alimentos, el cual correspondió para su conocimiento al Juzgado 15 de Familia de esta ciudad, Despacho judicial que decretó el embargo del 20% de las cesantías y el 30% del salario del trabajador, decisión que le fue comunicada mediante oficios 882 y 883 de 2012, los que no se encontraron dentro del archivo de la entidad en su momento, lo que imposibilitó la realización de las deducciones en la debida oportunidad; sin embargo, con el ánimo de acatar la orden giró la suma de $34.130.055, que pretende ahora le sean reintegradas por su trabajador.

En ese orden ideas, parte la Sala por indicar, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 2 del C.P.T., la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, conoce de los conflictos que se susciten de manera directa o indirecta del contrato de trabajo, que es precisamente lo que ocurre en el caso de marras, razón

por la cual, contrario a lo concluido por el juez de primera instancia, si tenemos competencia para decidir de fondo el asunto, advirtiendo, aunque ello no fuera así, la competencia fue prorrogada en los términos del artículo 16 del C.G.P.

Aclarado ello, y revisadas las pruebas incorporadas al expediente se tiene que mediante oficio N° 883 de 27 de abril de 2012 (folio 280), el Juzgado 15 de Familia de Bogotá, comunica al Pagador del Banco BBVA, lo siguiente:

> *"En atención a la decisión proferida por este despacho el día diecinueve (19) de abril del año dos mil doce (2012), se dispuso oficiar a esa entidad a fin de comunicarle que se decretó el EMABRGO del veinte por ciento (20%) de las cesantías que le puedan corresponder a ejecutado como empleado de esa entidad. Dineros estos que deberán ser puestos a disposición de este Despacho y para este proceso, a través del banco Agrario de Colombia Sección de Depósitos Judiciales y a través de la cuenta N° 1100131110015 2012 00308 00 (código 1) a nombre de la demandante BERTHA LILIANA ORTIZ SALAZAR"*

En similares términos, ese Despacho mediante oficio 882 de 2012, informó al Banco el embargo del 30% del salario del trabajador ALEXANDER RIVEROS, quien funge como ejecutado (folio 281).

El acatamiento de dichas órdenes por parte de la demandante, fue enterada al Juzgado 15 de Familia el 27 de febrero de 2014 (folio 282),en el que se pone de presente, entre otras, que la vinculación laboral terminó el 11 de febrero de ese mismo año, pero advirtiendo que se realizaría la retención respectiva de la liquidación final de prestaciones sociales, lo que en efecto ocurrió, según puede verse del folio 21, donde se efectúa un descuento de $1.409.841 por concepto de embargo alimentos, que fueron girados al Despacho Judicial en comento (folios 139 a 140).

Ahora bien, en efecto, BBVA COLOMBIA S.A. constituyó a favor del Juzgado 15 de Familia de Bogotá, el 7 de mayo de 2015, otro título judicial en cuantía de $34.130.055, para el proceso radicado 11001311100152020120030800 en el que fungen como partes BERTHA LILIANA ORTIZ SALAZAR contra ALEXANDER RIVEROS ALTURO, bajo la descripción "*embargo de alimentos*", dineros que conforme a los testimonios vertidos por LUZ HELENA REYES y AGUSTIN RAMIREZ CUERVO, corresponden a las sumas que debieron haberse retenido sobre los salarios y cesantías, conforme la orden judicial, entre 2012 –fecha en que se profirió la orden del embargo- y 2014 -cuando tuvieron conocimiento de la misma,

recursos que salieron del propio peculio de la sociedad dada la finalización del vínculo del actor y la inexistencia de saldos a favor de este.

Los elementos de prueba analizados, permiten establecer que la cifra girada se hizo en nombre del extrabajador, señalando, aunque el demandado en reconvención asegura que dicho pago correspondió a una sanción, lo cierto es que ningún medio probatorio incorporó al plenario tendiente a acreditar sus afirmaciones, y por el contrario, lo que puede inferirse, es que los dineros se giraron en su nombre, como consecuencia de una medida de embargo que le fue impuesta por una autoridad judicial y cuyo cumplimiento no resulta excusable.

En materia civil, el pago de las obligaciones puede hacerse a través de un tercero, aún cuando no medie el conocimiento del deudor o se actué contra su voluntad (artículo 1630 del C.C.). En el primer caso, esto es, cuando no media el conocimiento del deudor, quien paga tiene derecho a obtener el reembolso de lo cancelado (artículo 1631 ejusdem).

Es precisamente esto último, lo que se configura en el caso de marras, pues la demandante en reconvención asumió con su patrimonio el pago de la obligación alimentaria de su extrabajador, con el ánimo de acatar la orden judicial impuesta por el Juzgado 15 de Familia que no fue tramitada oportunamente, y los cuales no fue posible obtener directamente del salario y las cesantías del demandado, como debió ocurrir, precisamente por la falta de oportunidad en la respuesta a la comunicación del Juzgado.

Sin embargo, como quiera que el pago se realizó a instancias del Juzgado, se insiste, como consecuencia de una obligación que estaba en cabeza del trabajador, debe el demandado proceder al pago de la cifra cancelada en su nombre, aun cuando no medió su autorización o consentimiento en la realización de dicho pago, razones que imponen la revocatoria de la sentencia de primer grado en este aspecto.

Con relación a los intereses previstos en el artículo 1617 del Código Civil, tal disposición en su tenor literal establece:

> *"**ARTICULO 1617. <INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO**>. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*
>
> *1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos."*

De tal suerte, los intereses causados por el pago tardío de una obligación, en general, corresponden a aquellos que debe pagar el deudor a título de indemnización de perjuicios, desde el momento en que se constituye en mora de cumplir su obligación hasta que se solucione por medio del pago. Por tanto, basta la sola constatación del estado de mora, para que se generen los intereses a partir de ese momento y hasta cuando se verifique el pago de la obligación insoluta.

En este caso valga decir, no resultan procedentes tales intereses en la medida es que es solo hasta este momento que se declara la existencia de la obligación y, por tanto, no se ha generado mora alguna susceptible de ser indemnizada.

Agotada como está la competencia de esta Corporación por el estudio de los argumentos de apelación, de acuerdo con lo expuesto en precedencia, se sigue es la confirmación de la sentencia frente a la demandada principal y la revocatoria de la absolución frente a la demanda de reconvención.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia, correspondientes a la demanda de reconvención, correrán a cargo del demandado ALEXANDER RIVEROS ALTURO.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA,** Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales PRIMERO Y SEGUNDO de la sentencia apelada, conforme lo esbozado en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito y, en su lugar, **CONDENAR** a ALEXANDER RIVEROS ALTURO a pagar a favor de BBVA COLOMBIA S.A. la suma de $34.130.055, consignados por esa entidad a favor del Juzgado 15 de Familia , de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: **COSTAS** de la demanda de reconvención a cargo del demandante. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS
(SALVA VOTO PARCIAL)

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DIEGO RENE PEREZ GONZALEZ CONTRA SURCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES S.A., CONSUELO GONZALEZ BONILLA y CARLOS ALBERTO BALLESTEROS ARISTIZABAL (RAD. 33 2016 00768 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante contra la sentencia proferida por el Juez 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de enero del 2020 (Cd. fl. 55, record: 16:50, acta a folio 56), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones presentadas en su contra por parte del señor DIEGO RENE PEREZ conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación planteada por la parte demandada conforme a lo expuesto por la parte motiva de ésta providencia.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS** en la presente actuación por estar representado por Curador Ad Litem.*
>
> ***CUARTO:** Al ser desfavorable las pretensiones a la parte demandante deberá surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta conforme al artículo 69 del C.P.L. y SS"*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor DIEGO RENE PEREZ GONZALEZ, en el presente ordinario las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4, las cuales encontraron sustento en los hechos narrados a folios 2 y 3, aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual se desarrolló del 7 de octubre al 31 de diciembre del 2013, igualmente se declare que los integrantes de la U.T VIAS LOCALIDADES son solidariamente responsables de las obligaciones laborales, en consecuencia se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, indemnización moratoria e indexación de las condenas impuestas. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus anhelos** por cuanto se absolvió al extremo demandado de todas las pretensiones, tras considerar que el demandante no probó la prestación del servicio, señalando que las pruebas documentales aportadas no dan cuenta de la relación laboral alegada por el actor.

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre DIEGO RENE PREZ GONZALEZ y los integrantes de la UNION TEMPORAL VIAS LOCALIDADES (Surcolombiana de Construcciones S.A., Consuelo González Bonilla y Carlos Alberto Ballesteros Aristizabal), existió una relación de carácter laboral regida por un contrato de trabajo, aspecto que pasará a dilucidarse, debiendo en todo caso recordarse, lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe

hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Así pues, para continuarse con el estudio que se propone ante ésta Corporación, es preciso analizar uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, la prestación personal del servicio; en esa dirección, corresponde en primer lugar definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y los llamados a juicio, correspondiendo por tanto a éstos desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[1].

En ese orden, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio, encontrado que al plenario se aportaron las siguientes pruebas documentales:

- Fl. 6 Liquidación de prestaciones sociales elaborada por el demandante.
- Fl. 7 Reclamación de pago de liquidación presentada por el actor ante el CONSORCIO METRO CINCO.
- Fls. 8 a 10 Carta de Conformación de Unión Temporal presentada ante el IDU por los miembros de la U.T VIAS LOCALIDADES.

Pues bien, de entrada debe señalarse, a juicio de esta Sala de decisión, las documentales referidas, no acreditan la prestación personal del servicio, ya que tales misivas en manera alguna comprometen a los aquí demandados. Nótese, por ejemplo la reclamación de folio 7 fue recibida por GRUPO METRO COLOMBIA diferente a los aquí demandados y en el acta de conformación de UNION TEMPORAL VIAS LOCALIDADES nada se refiere a la vinculación aquí alegada ni tan siquiera se menciona al demandante, por lo que se itera la ausencia de la prestación personal de servicio del demandante a favor del extremo

[1] *"El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).*

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

demandado y menos la existencia de un vínculo laboral, así mismo debe tenerse en cuenta la liquidación obrante en folio 6 no puede tenerse en cuenta pues como atrás se señaló fue elaborada por el propio promotor del litigio y ello equivaldría a fabricar su propia prueba.

Así las cosas, se tiene que dentro del proceso no se aportó medio probatorio alguno, que permitiera corroborar las afirmaciones expuestas desde el libelo introductor o por lo menos que acreditaran la prestación personal del servicio por parte del actor, en ese orden y ante la ausencia de medios de prueba, se concluye, como se ha venido indicando que no se acreditó la prestación del servicio del actor a favor de los traídos a juicio, generando la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada, precisándose en éste punto no solo basta la afirmación de haberse prestado un servicio para que se le considere amparada a la parte actora del cita presunción, sino que ello debe ser probado de manera suficiente, en tanto las presunciones deben partir de la existencia de un hecho real y cierto.

Del mismo modo, se advierte, el extremo encartado fue integrado al proceso a través de curador *ad litem*, dada la imposibilidad para surtir la notificación personal, auxiliar de la justicia que se limitó a dar respuesta al escrito genitor y no aportó elementos probatorios al presente juicio.

Conforme a lo anterior, y como se ha venido indicando el accionante debía acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en la norma precitada, siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba".*

Razón por la cual, iterando la ausencia de material probatorio a efectos acreditar la prestación personal del servicio en favor de los accionados, necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del accionante frente a los

demandados, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio.

En ese orden, agotada como está la competencia de la Sala, dado que se arriban a las mismas conclusiones halladas por el Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

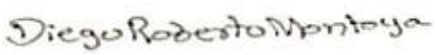
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

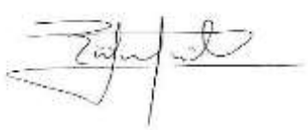
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 33 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

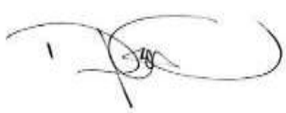
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS ALBERTO PATIÑO FRANCO CONTRA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A E.S.P. (RAD. 32 2018 00533 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 299 a 301 y 302 a 305) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de febrero de 2020 (Cd. fl. 290, récord 01:35:26, acta a folios 293 y 294), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones de inaplicabilidad del principio a trabajo de igual valor, salario igual y cobro de lo no debido conforme a la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante CARLOS ALBERTO PATIÑO FRANCO.*
>
> ***TERCERO**: **CONDENAR** en costas al demandante en favor de la demandada, tásese por secretearía incluyendo como agencias en derecho el equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> ***CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión y por encontrarse desfavorable a lo pretendido por la parte demandante, envíese al superior en el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**"*

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación manifestando que no logra entender ni explicarse cuál es "*la subregla de la jornada de trabajo"* por la cual el juez declaró una relación de medio tiempo sin que el contrato celebrado entre las partes así lo indique.

Considera, el *a quo* interpretó de manera indebida y "*afanosa*" las pruebas documentales y entró en "*estudios imposibles*" que se concretaban como negaciones indefinidas a su favor, pues pretendía que la parte actora explicara las razones por las cuales la demandada no abre convocatorias para el nivel 21 o por qué solo tiene dos cargos de estos.

Estima, absolver a la pasiva bajo el argumento de la inexistencia de los cargos en el manual de funciones "*es aceptar el nivel de impunidad que está generando el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ al mantener unos profesionales de la medicina cuya función se sostiene justamente en el desarrollo de la especialización universitaria de salud ocupacional, mantenerlos en un grado de precariedad del nivel técnico.",* advirtiendo, las pruebas de folios 47 a 50 se puede apreciar que se trata de una función fundamental para el desarrollo de la gestión de seguridad y salud en el trabajo, área en la que labora el actor.

Para el recurrente, debió analizarse si el demandante cumplía con la experiencia de 36 meses, un título profesional y estudios de posgrado en salud ocupacional, relacionando ello con las funciones indicadas por el jefe de esa área quien precisó que solo se requería ser especialista.

Indica, no se está pidiendo la creación de cargos, sólo que se iguale a la persona que está desarrollando "*funciones importantes para el área de salud*" que no pueden desempeñarse, por ley, sin la realización de la especialización en salud ocupacional.

Por otro lado, se refiere a la condena en costas las cuales considera atentan contra su mínimo vital[1] (Cd. folio. 290, récord 01:36:22, acta a folios 293 y 294).

---

[1] "*Estando en el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación para que se desarrolle ante el honorable tribunal superior de Bogotá frente al cual me permito remitirme en este momento dando las siguientes consideraciones.*

Para poder aplicar una palabra que pueda resumir la sentencia de primera instancia, voy a proponer al tribunal la palabra lógica, y es la lógica que sostiene el derecho del trabajo porque lo que acaba de generar

el fallo de primera instancia es de unos contenidos históricos importantes, un juez de la república acaba de declarar un contrato de medio tiempo sin que el contrato celebrado entre las partes así lo manifieste, no logró entender ni logró explicarse cuál es ahora la sub regla de la jornada de trabajo, es decir, una que tiene el código sustantivo del trabajo y otra jornada ordinaria de la empresa según como lo escuchamos de la sentencia de primera instancia.

Lograr superar un argumento más para soportar la noticia de una modificación del contrato en perjuicio del empleador es imaginarme el derrumbamiento total del principio protector de primacía de la realidad, porque a pesar de lo que está contenido y es ley para las partes y debería sostenerse como un sagrado derecho del trabajador, el juez de primera instancia rompe el contrato y lo declara en contra, disminuyendo esas condiciones, los imperativos que sostienen el articulo 13 y el articulo 43 del código sustantivo del trabajo.

En ese duro trasegar ante esta noticia, de manera técnica debo decir que el juez interpretó indebidamente y de manera afanosa las pruebas documentales porque bajo la lógica, entró en estudios que son imposibles y se concreta como negaciones indefinidas para mi cliente, porque el juez de primera instancia, honorables magistrados del tribunal, pretendía que la parte que represento explicara las razones por las cuales la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ no abre convocatorias para nivel 21 o por qué tiene dos cargos y no más, siendo que es el empleador el que genera esa disposición.

Escudar la ausencia de una condena en contra de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ en la inexistencia de los cargos dentro del manual de funciones es aceptar el nivel de impunidad que está generando el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ al mantener a unos profesionales de la medicina cuya función se sostiene justamente en el desarrollo de la especialización universitaria de salud ocupacional, mantenerlos en un grado de precariedad de nivel técnico. No se explica bajo la lógica como se manifiesta en la indebida interpretación de las pruebas obrantes a folios 47, 48, 49 y 50 del plenario en donde en un trabajo sencillo y fácil se puede dar la inteligencia a esas documentaciones que se trata, nada más y nada menos de una función fundamental para el desarrollo de gestión de seguridad y salud en el trabajo, que es el área con el cual se desarrolla o el por qué debe existir un área administrativa de salud ocupacional en la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ.

Decir que la empresa de acueducto no tiene eso en sus cargos es flagelar y poner en un rincón a los médicos que tendrán que soportar a hora un contrato de medio tiempo en el que posiblemente la EMPRESA DE ACUEDUCTO lo que vaya a hacer es decir, con soporte en la sentencia de primera instancia, que estos médicos de nivel 30 al ser contratados de forma ordinaria pero por ser declarados de medio tiempo por vía judicial, pues puede la empresa de acueducto pagarles la mitad del salario que les paga hoy en día, es decir, los efectos de la falta de estudio de la prueba documental donde lo primero que debió establecerse era si el médico demandante en este proceso tenía experiencia de 36 meses profesional y si cumplía con estudios de tipo profesional en cualquier disciplina de las ciencias de la salud y un título de posgrado en la modalidad del área de desempeño, y relacionar esa situación con las funciones claras que el jefe del área de salud ocupacional, traído por la parte demandada como testigo, claramente destino acá que solamente se requería ser profesional especializado y que efectivamente las funciones esenciales como son las de los exámenes ocupacionales, las de recomendaciones médicas, diseño de calidad requerido para la higiene y seguridad industrial, expedir autorizaciones por medio exámenes prácticos, coordinar con los otros profesionales el trabajo y los programas para prevenir enfermedades y accidentes de trabajo.

Esa era la lógica que debía impartirse en este proceso si se mirara desde la óptica de los principios del derecho del trabajo, especialmente del principio protector de primacía de la realidad. Probado está que las funciones se acomodan al manual de funciones, nadie estaba pidiendo que se crearan cargos, lo que se estaba pidiendo era que se igualara a la persona que está desarrollando funciones importantes para el área de salud, cuyas funciones no pueden ser desempeñadas por ley sin el desarrollo de una especialidad en salud ocupacional y además que se generara para estos médicos la triste noticia que son trabajadores a medio tiempo, derrumbando y destrozando por completo el contrato que se suscribió entre las partes. A eso se suma el reproche argumentativo que estoy haciendo para estudio del honorable tribunal, la desmesurada condena en agencias en derecho, porque es castigar a un ciudadano que quiere generar una revisión judicial de un derecho que cree vulnerado a tener que pagar cinco salarios mínimos que creo que a cubrir dos meses del salario, que por estar contratado de manera exclusiva para la empresa va a atentar directamente contra el mínimo vital de este trabajador y de lo cual obviamente la EMPRESA DE ACUEDUCTO muy fácilmente podrá cruzar cuentas con el salario devengado.

Es una súplica especial al honorable tribunal para que se verifique con juicio, con argumento desde la óptica laboralista este proceso porque como lo dije al comienzo, es una situación que va a fijar un antecedente histórico muy importante y muy lamentable para la jurisdicción y para el área del derecho laboral. En ese sentido y en consecuencia, con estas argumentaciones le solicito al honorable tribunal superior de Bogotá

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante CARLOS ALBERTO PATIÑO FRANCO en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folio 158 del respectivo acápite del libelo, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 158 y 159; encaminadas de forma principal a que se ordene el pago de la diferencia entre lo reconocido y el valor de la asignación básica mensual correspondiente al nivel 21, desde el 17 de marzo de 2008 hasta la fecha de su efectivo reconocimiento, en igual sentido, el pago de las diferencias causadas por cesantías, primas de servicios, vacaciones, intereses a las cesantías y demás conceptos convencionales o extralegales, junto con la sanción por el no pago oportuno de cesantías, la indexación y las costas. **Obteniendo sentencia desfavorable**, por cuanto se declararon probadas las excepciones de inaplicabilidad del principio a trabajo igual, salario igual e inexistencia de la obligación, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar de acuerdo con la prueba y los hechos expuestos en la demanda, el sustento del demandante para lograr la nivelación es que ya tiene los requisitos para el nivel 21 y, por ende, debía haber sido promovido de manera automática. Además, estimó, atendiendo la naturaleza jurídica de la entidad, en consonancia con lo previsto en el artículo 122 de la Constitución Política, aunque cumpla con los requisitos para ser nombrado en un cargo superior, la demandada cuenta con un número de cargos dentro de su estructura, no siendo posible habilitar un cargo para nombrar al actor. Con todo, indicó, no se configuran los elementos que permitan concluir que el demandante está dentro de los presupuestos de la norma, advirtiendo, aunque en la reestructuración hecha en el 2002, la entidad accionada clasificó a los médicos en el nivel 30 que corresponde al de tecnólogo, ello no es del todo cierto pues allí están enlistadas otras profesiones, en todo caso, se indica que la motivación para ubicarlos y no en el nivel 22 (profesional) obedece a las horas laboradas.

---

revocar la sentencia de primera instancia y atender juiciosamente los argumentos y las pruebas formuladas dentro del plenario que ahora es de su competencia. Muchas gracias."

Finalmente, anota, el demandante no probó que alguien hiciera lo mismo, en igualdad de condiciones de horario y que fuera mejor remunerado que él.

Previo a resolver, es menester precisar, no es objeto de debate la existencia de la relación laboral entre las partes vigente desde el 1 de febrero de 2002, así como tampoco que el demandante ocupa el cargo de Médico Grado 30 dentro del área de Salud Ocupacional, aspectos que además de no haber sido objeto de debate ni del recurso, fueron aceptados desde la contestación de la demanda (folios 169 y 170, respuesta a los hechos 1, 2 y 6), y se constata con la documental obrante a folios 13, 15, 40 y 198.

Así las cosas, en virtud del principio de consonancia, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en establecer si el demandante tiene derecho a la nivelación salarial equiparando su remuneración a la del cargo de profesional especializado grado 21, del área de salud ocupacional.

En esa dirección, es primordial para la Sala establecer si existe o no una desigualdad respecto del salario de un trabajador, frente al percibido por otro, que ocupando el mismo puesto, cumpliendo la misma jornada y desempeñando su labor en igualdad de condiciones de eficiencia, sea de tal entidad que pueda por si sola constituirse en discriminatoria de los derechos salariales de éste frente a los de aquel, contraviniendo así el principio de derecho laboral "*a trabajo igual, salario igual"*, consagrado para el caso de trabajadores oficiales como es el caso del actor *(aspecto que no es objeto de controversia)* en el artículo 5 de la ley 6 de 1945[2].

---

[2] "*ARTÍCULO 5°.- La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales. Queda absolutamente prohibido a los patronos imponer a los trabajadores obligación alguna de carácter religioso, político o electoral; impedirles o dificultarles en cualquier forma el ejercicio del derecho de sufragio; retenerles, conservarles o custodiarles cédulas de ciudadanía; y hacer, autorizar o tolerar cualquier propaganda de las indicadas en los sitios y durante las horas de trabajo, y todo género de rifas y colectas en los mismos.*
PARÁGRAFO 1°. Queda prohibido el pago de salarios en mercancías, fichas u otros medios semejantes, a menos que se trate de una remuneración parcialmente suministrada en alojamiento o alimentación al asalariado que viva dentro del radio de la empresa.
Queda igualmente prohibido al patrono vender a sus asalariados mercancías o víveres, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:
1a. Libertad absoluta del asalariado para hacer sus compras donde quiera; y
2a. Publicidad de las condiciones en que se hacen las ventas.
PARÁGRAFO 1°. Además, para todos los efectos de las leyes que establecen alguna relación entre trabajadores colombianos y extranjeros, solo se tendrán como colombianos los que lo sean de conformidad con la Constitución Nacional."

Se tiene entonces como requisito indiscutible para la aplicación del principio de derecho a la igualdad, la demostración plena en juicio de los elementos constitutivos de la igualdad laboral, así como la existencia de un patrón de conducta comparable, frente al cual se pueda determinar que evidentemente existe una diferencia de trato salarial cuando se dan iguales circunstancias de hecho en el desempeño laboral.

La comparación del demandante, según lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación, resulta del salario devengado por quienes ocupan el cargo de profesional especializado nivel 21 de la división de salud ocupacional, sin establecer una comparación directa con un trabajador determinado, señalando que cumple con las condiciones para ostentar dicho cargo, razón por la cual, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la alzada, procede la Sala con el análisis de las pruebas aportadas al plenario, de las cuales revisadas en su integridad, resulta necesario para resolver destacar las siguientes:

Comunicación del 12 de abril de 2018 en el que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ da respuesta al actor respecto a su solicitud de nivelación salarial (folio 14), en la cual indicó:

> *"En atención a su comunicación radicada en la Empresa con el número E-2918-032772 del 16 de marzo de 2018 (...) me permito precisar que su solicitud no es viable, por las razones que se exponen a continuación:*
>
> *Conforme consta en su Hoja de Vida, el señor CARLOS ALBERTO PATIÑO FRANCO se vinculó laboralmente a esta entidad, mediante contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el 1° de febrero de 2002, para desempeñar actividades como Médico Código 6400-21 Nivel 160, en la dirección Servicio Médico de la Empresa.*
>
> *En el año 2007 se determinó una reestructuración de la empresa, mediante los Acuerdos 11 y 12 de la Junta Directiva, con base en los cuales se expidió la resolución 0529 del 25 de junio de 2007, por medio del cual se distribuyeron los cargos creados para el funcionamiento de la empresa y en el artículo 5° de la misma, se incorporó a su poderdante, en el cargo de Médico Nivel 30, el cual continúa vigente en la actualidad.*
>
> *Por lo expuesto, no es viable la nivelación salarial solicitada, por cuanto la asignación salarial corresponde a la definida en el contrato de trabajo a término indefinido, suscrito por el señor CARLOS ALBERTO PATIÑO FRANCO en el año 2002 y la incorporación al nivel salarial 30 generada en el año 2007"*

En igual sentido, por oficio del 28 de septiembre de 2017 (folio 124 a 126), la demandada ante idéntica solicitud de nivelación informa que:

> "*(…) Como se observa, su vinculación con la entidad ocurre para la época en la que la EAB ESP prestaba los servicios médicos como EPS adaptada; para ese entonces, su nivel salarial era el 160 y pertenecían a la Dirección Servicio Médico, con una jornada laboral de 4 horas, es decir de medio tiempo.*
>
> *Posteriormente, en el año 2004 cuando se profirió Decreto 010 de 2004 por el cual se canceló la autorización otorgada al Servicio Médico y Odontológico de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, y se ordenó su liquidación, se procedió a trasladar a los médicos a la división de Salud Ocupacional asignándoles el nivel salarial 30, conforme a la estructura adoptada".*
>
> *Dicho nivel se les asignó a Ustedes como Médicos,* ***únicamente para ubicarlos en una categoría salarial acorde al tiempo efectivo de trabajo o jornada laboral de medio tiempo****, la cual no puede verse como una errada ubicación en la escala de nivel de profesionales toda vez que al tener una jornada laboral de solo 4 horas, se realizó un equivalente lo más cercano a la mitad del salario de un profesional especializado nivel 20 (nivel salarial más alto en los trabajadores de la EAB).*
>
> *Basta para ello revisar cuál es el monto de la asignación salarial del Nivel de Trabajadores oficiales más alto que hay en la empresa, el Profesional Especializado nivel 20, encontrando que los médicos perciben una asignación inclusive superior al 50% de lo que gana un nivel 20.*
>
> *Veamos el comparativo de las asignaciones al día de hoy:*

NIVEL	***DENOMINACIÓN CARGO***	***Asignación***	***50%***
21	*Profesional Especializado*	*4.904.060*	*2.452.030*
20	*Profesional Especializado*	*6.184.920*	*3.092.460*
30	*Médico*	*3.827.570*	

> *Como se puede observar los Profesionales Médicos que están vinculados a la empresa, entre ellos ustedes peticionarios, están devengando una asignación salarial inclusive superior a la equivalencia del 50% del tiempo laborado, frente al momento correspondiente al 50% del salario de un profesional especializado nivel 20, aunado a que devengan las mismas prestaciones sociales y demás beneficios consagrados en la CCT.*
>
> *Por lo anterior, salarialmente están remunerados de acuerdo a su profesión, especialidad inclusive por encima del equivalente a la jornada laboral de medio tiempo, razón que nos lleva a concluir que la re nivelación salarial solicitada, no puede ser acogida."* (Negrilla de la Sala)

Se observa, además, lista de los cargos desempeñados por el convocante en la empresa y los salarios devengados, en el que se puede constatar que desde el 11 de octubre de 2004 se desempeña como médico nivel 30 de la Dirección de Salud Ocupacional (folio 18).

Reposa en el plenario igualmente, copia de las Resoluciones No. 3859 del 3 de abril de 2008 "*Por la cual se concede una licencia de prestación de servicios en Salud Ocupacional"* al demandante (folios 23 a 24) y 5784 del 3 de mayo de 2018 por la cual se renueva dicha licencia (folios 245 vto. y 246); Resolución No. 773 del 12 de julio de 2002 expedido por la Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por la cual se modifican los niveles y escala salarial de los trabajadores oficiales de la planta de personal de la empresa (folios 26 a 33 y 200 a 203), en tal documento se puede verificar que el salario -de esa época- para el nivel 21 sería de $2.050.00 y para el grado 30 de $1.600.000. (artículo 1), además, consta el cambio en el nivel del médico, de 160 a 30 (folio 28).

Obra también, copia del memorando de 22 de septiembre de 2004 (folio 40, 207) dirigida a la Gerencia Corporativa de Gestión Humana en la que se autoriza el traslado de los médicos, entre ellos el demandante, a la División de Salud Ocupacional y del comunicado de 11 de octubre de 2004 en el que se informa al actor que a partir de esa fecha debía desempeñarse en la División de Salud ocupacional (folio 41, 208 y 209).

Se advierten apartes de las Resoluciones 0528 de 25 de junio de 2007 (folios 46 a 48), en el que se describen las funciones y requisitos mínimos del cargo Médico nivel 30, el cual exige únicamente la acreditación del título profesional de medicina (folio 48), 1111 del 16 de noviembre de 2007 (folios 49 y 50, 225 a 228) y 0298 del 13 de mayo de 2011 (folios 71 y 72, 229 a 230) en las cuales se describen las funciones y requisitos mínimos para el cargo de profesional especializado nivel 21, exigiendo "*título profesional en cualquier disciplina académica del área de la Administración, Ciencias de la Salud, Ingeniería, Higiene y Seguridad Industrial o Salud Ocupacional", "título de postgrado en cualquier modalidad relacionada con las funciones del cargo o el área de desempeño"* y *"treinta y seis (36) meses de experiencia profesional"* para ocupar el mismo.

También se avizora manual específico de funciones y de competencias laborales para el cargo médico nivel 30 (folios 80 a 85, 210 a 210 a 212) y para el

profesional especializado 21 de la División de Salud Ocupacional (folios 248 a 249).

Se verifica escrito del 17 de marzo de 2008, en el cual el demandante informa a la E.A.A.B la culminación de la especialización en salud ocupacional (folio 53), precisando que "*aunque anteriormente veníamos desarrollando estas acciones, tuvimos que suspenderlas por la nueva normatividad expedida por el Ministerio de Protección, a mediados del año pasado, en el sentido de exigir licencia específica en Salud Ocupacional para realizar estas funciones, hoy nos complace comunicarle que cumplimos con los requisitos para asumir nuevamente estas tareas".*

Se aportaron copias de diversos memoriales en los que se dan instrucciones al actor en su calidad de médico en salud ocupacional para, entre otros, revisión de procedimientos adoptados dentro del área (folios 55, 56, 99) y la realización de práctica de exámenes médicos ocupacionales (folios 97,98, 100, 103, 108, 109 a 110).

Al cartapacio se incorporó copia del diploma expedido por la Universidad Manuela Beltrán por el cual se otorga el título de especialista en salud ocupacional al demandante (folio 224) y certificación expedida por la Dirección Gestión De Compensaciones de la empresa de acueducto donde se discriminan los cargos de profesional especializado nivel 20 y 21, y médico 30, junto con la asignación salarial entre 2013 y 2018 (folio 247).

En el proceso se recaudaron igualmente los testimonios de YEINY ESPITIA OSPITIA[3], SOFÍA GUTIERREZ PARDO[4], JAIME ROJAS CASTIBLANCO[5], compañeros y excompañeros de trabajo del demandante y BERNARDO ENRIQUE HERNÁNDEZ CASTILLO[6] jefe de la División de Salud Ocupacional y superior jerárquico del demandante, así como el interrogatorio de parte que absolvió el demandante, de la cual se resalta la siguiente información:

[3] Cd folio 290, récord 10:37.
[4] Cd folio 290, récord 20:25.
[5] Cd folio 290, récord 56:26.
[6] Cd folio 290, récord 41:22.

El demandante solo indicó que está vinculado a la empresa demandada desde el 2 de febrero de 2002, ejecutando turnos de 4 horas, inicialmente de 11:00 a.m. a 3:00 p.m. y actualmente de 8:00 a.m. a 12:00 m; que no es el único médico y que hay un médico -el Dr. Bernal- que tiene un grado distinto y gana más por actividades similares, aunque no iguales.

Por su parte los testigos reseñados fueron consistentes en indicar que el actor tiene un nivel de tecnólogo que es el 30, desconociendo ello a qué obedece o si hay médicos que ocupen el grado 21. Advirtieron, el grado 21 corresponde al de profesionales con especialización, pero enfatizaron que a dicho cargo se accede por concurso, no se da ascenso automático. Puntualmente la testigo YEINY ESPITIA indicó que por el solo hecho de tener la especialización no se asciende, se debe agotar la convocatoria prevista en la convención colectiva y si cumple los requisitos inscribirse. También fueron consistentes en señalar que el actor, al igual que los otros médicos, labora solo 4 horas.

El Dr. BERNARDO ENRIQUE HERNÁNDEZ CASTILLO, ilustró, la empresa tiene unos niveles que se encuentran codificados con 2 dígitos, señalando, los que empiezan con 0 son empleados públicos, el que inicia con 3 es nivel tecnológico, y los que inician con 2 son profesionales y profesionales especializados (22 profesional, 21 profesional especializado y 20 profesional especializado con personal a cargo). Señaló en el área de salud ocupacional el nivel 21 tiene a cargo unas tareas específicas del sistema de seguridad y salud en el trabajo y el médico nivel 30 está en el apoyo a la gestión del plan de salud que tienen con COMPENSAR y a los programas de seguridad y salud en el trabajo. El testigo explica, si bien un médico tiene la misma carga salarial que un tecnólogo, lo cierto es que este último labora 8 horas al día. El médico nivel 30 labora 4 horas al día. Refiere, a nivel funcional el profesional 21 dentro de los perfiles de la empresa necesariamente tiene que ser especializado, mientras que para ser medico nivel 30 no necesariamente tiene que ser especializado, en la división de salud ocupacional hay 6 médicos y uno de ellos no tiene especialización, aunque todos tienen el mismo nivel. Hay otros médicos en la Dirección de Salud que desarrollan actividades de médicos, pero no están contratados como médicos especialistas. De hecho, señaló, no existe el cargo de médico especialista dentro de la planta de cargos. Dijo, en el área -Salud Ocupacional- hay dos grados 21 que desarrollan actividades del sistema de seguridad y salud en el trabajo una de ellas promoción

y prevención y la otra hace todo lo documental del SGSST. Con relación a los manuales de funciones dijo que la diferencia entre un médico 30 y un profesional 21 es que el primero corresponde a los 10 médicos que apoyan sistemas de salud y consulta, el profesional especializado no hace consulta hace matrices de peligro, inspecciones, entre otras. Las actividades son complementarias pero diferentes. Precisó, las personas de grado 21 pasan por concurso y las que están concursaron y tienen un horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

Es menester precisar, las manifestaciones de los testigos gozan de plena credibilidad por esta Sala, dado que los deponentes en gran parte de sus versiones fueron coincidentes entre sí y con los demás medios de prueba, además su versión fue libre y espontánea, versando sobre los hechos que les consta directamente en razón a la vinculación laboral que ostentan u ostentaron con la encartada que les permitió conocer de primera mano la distribución de los cargos, la forma de acceder a ellos y lo que realiza el demandante desde su ingreso a la empresa. Frente al interrogatorio de parte se destaca la confesión con relación al horario.

Del análisis íntegro de los medios de prueba aportados, contrario a lo manifestado por el recurrente, a juicio de esta Sala de decisión, el demandante no acreditó las razones que aduce para la nivelación salarial reclamada, por cuanto, analizadas de manera conjunta la demanda y su contestación y, particularmente las motivaciones del demandante para ejercer la acción, es posible establecer que lo que persigue no es en estricto sentido una nivelación salarial en aplicación del principio "*a trabajo igual salario igual"* justificado en la irrazonable diferencia de la retribución de un cargo y otro o entre una u otra persona que desarrolla su misma actividad*,* pues lo que pretendió demostrar a lo largo del juicio es que acreditaba las condiciones para acceder al cargo de profesional grado 21 de la división de salud ocupacional en tanto cuenta con el título de posgrado y la experiencia requerida, sin indicar o precisar que desarrollaba las actividades del mismo, es decir, la demanda está encaminada a obtener un incremento salarial con asidero en las aptitudes y competencias profesionales del actor, así como el título de especialización con el que cuenta como si se tratara de un ascenso o de la simple equiparación del salario en razón, únicamente, a la acreditación de sus estudios de postgrado.

Adicional a lo predicho, se tiene que verificada la planta de personal de la entidad (folios 26 a 33) es posible establecer la inexistencia de un cargo denominado médico especialista, condición académica que además, aunque es una exigencia legal para desempeñarse como médico ocupacional de acuerdo a la Resolución 2346 de 11 de julio de 2007 (folios 213 a 218), no lo es dentro de la empresa para ejercer actividades como médico grado 30, pues en el manual de funciones (folio 80 a 85) quedó determinado que solo se requiere el título profesional en medicina, sin ningún otro condicionamiento, advirtiendo según el testigo BERNARDO ENRIQUE HERNÁNDEZ CASTILLO no obtener la especialización, aunque lo hubiera imposibilitado para ejercer como médico ocupacional, no constituía impedimento alguno para mantener su vinculación en la empresa, pues podría estar laborando en otra área de la compañía o ejecutando otras actividades como bien lo explicó el deponente.

En ese mismo sentido, debe advertirse, cotejados los manuales de funciones de los cargos las actividades de un profesional 21 (folio 248 y 249) y el de los médicos grado 30 (folios 210 a 212) se puede establecer con claridad que son diametralmente diferentes y aunque no son equiparables, si son complementarios; además ninguno de los elementos recaudados durante el decurso del proceso permiten establecer que las funciones desarrolladas por el demandante corresponden a las del profesional 21, por el contrario su función era principalmente de consulta, lo que no es desarrollado por un profesional 21 con el que pretende la equiparación.

Es importante indicar, como lo explicó la demandada en el memorando de 28 de septiembre de 2017 (folio 124 a 127), la clasificación de los médicos en un nivel que es comúnmente conocido dentro de la Compañía como tecnológico (nivel 30), no obedece propiamente a las condiciones del cargo o los estudios requeridos para desempeñarlo, sino por el contrario, responde al tiempo empleado en la ejecución de la actividad contratada (4 horas) pues el rango salarial contemplado para los tecnólogos es el que corresponde proporcionalmente al 50% del salario devengado por un profesional 20 (que es incluso superior al 21) por laborar el tiempo completo o la jornada ordinaria.

Con todo, a juicio de esta Sala, la clasificación salarial que realiza la empresa demandada no se acomoda a las condiciones académicas o profesionales

acreditadas por una persona en particular, sino que se ajustan a un cargo que hace parte de la estructura de la entidad, en otras palabras, la remuneración no se determina según la experiencia y nivel académico que demuestre un trabajador, sino que dependerá del nivel del cargo que desempeñe, señalando, de acuerdo a lo advertido por los testigos, para acceder a cargos de mayor nivel, a más de acreditar las exigencias del mismo, debe ganarse la convocatoria que para el efecto se realice, lo que no ha acontecido en el sub lite.

Ahora, aun cuando se diera una intelección distinta al escrito introductor con base en los fundamentos y razones de derecho allí descritos (folios 159 vto. y 160) y se entendiera que, en efecto, lo pretendido es la nivelación salarial, lo cierto es que los presupuestos para la aplicación de tal principio no se encuentran satisfechos en el sub examine, en atención a que no se avizora un parámetro de comparación que diera lugar a la prosperidad de las pretensiones, debiendo enfatizar en el hecho de que, en el caso de autos, no se alegó en momento alguno que el demandante ejecutara una labor en iguales condiciones de tiempo, modo y lugar a la de otro compañero que perciba una remuneración mayor a la suya, señalando igualmente, como se ha venido indicando a lo largo de esta providencia, para aplicar el principio de a trabajo igual salario igual, no solo basta afirmar que el cargo ocupado tiene la misma jerarquía al del otro, sino demostrar una verdadera igualdad, frente a la persona o personas con las cuales se busca el término de comparación, o en este caso particular demostrar la ejecución de las funciones designadas al cargo de profesional especializado del de la dependencia de Salud Ocupacional con el que pretendía la equiparación.

Lo anterior, por cuanto al solicitarse la nivelación salarial, deben analizarse que efectivamente existan circunstancias de igualdad que den lugar a una comparación, aspecto que cobra relevancia, en tanto el actor omitió presentar un punto de comparación que permitiera la verificación de igualdad de circunstancias y diferenciación salarial, en especial, en atención a que existen aspectos tales como la antigüedad, formación académica y experiencia del trabajador que justifican la diferenciación en el trato salarial, por lo que como se dijo para establecer la igualdad salarial, no basta con contar con los requisitos exigidos para el cargo al que pretende sea nivelado, sino que deben analizarse otras circunstancias, pues el principio de trabajo igual salario igual, pretende evitar la discriminación salarial o prestacional ante circunstancias objetivamente idénticas;

así lo señaló la máxima Corporación en sentencia 38475 de 22 de enero de 2013, en donde por demás se recuerda la línea jurisprudencial uniforme y reiterada sobre el tema.[7]

---

[7] "…Ahora bien, haciéndose abstracción de la norma que debiera regular el caso, por cuanto en últimas de lo que se trata en lo esencial a cualquier norma que prevea la igualdad laboral es de censurar la permisión de factores o circunstancias de inequidad en las relaciones del trabajo para, de ese modo, hacer prevalecer la igualdad de trato frente a similares situaciones laborales de productividad y eficiencia, cabe recordar que para efectos de establecer la igualdad salarial y prestacional en el trabajo la Corte ha explicado que no basta la identidad de cargos o puestos de trabajo entre quienes se quiere hacer la comparación, sino que se requiere, en cada caso, verificar que la diferencia salarial y prestacional sólo puede ser atribuida a circunstancias subjetivas, habida cuenta de que lo que se pretende conjurar es la discriminación salarial o prestacional ante circunstancias objetivamente idénticas.

Al respecto, bien vale la pena traer a colación lo expresado por la Corte recientemente en sentencia de 17 de abril de 2012 (Radicación 34.746), en los siguientes términos:

> *"Como se dejó visto al estudiar el primer cargo, el Tribunal consideró que la aplicación del principio consagrado en el artículo 143 del CST no operaba bajo la simple comprobación del desempeño igual, sino que se debían acreditar condiciones de eficiencia iguales, lo cual, en su sentir, no se limitaba al rendimiento físico, sino que, conforme a la jurisprudencia (CSJ sent. Oct. 10 de 1980), se debían examinar aspectos tales como la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad respecto al equipo, al material, al trabajo, a la seguridad de sus compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones, conforme con lo cual no todo trato diferente suponía una discriminación, pues, según señaló, éste podría estar justificado cuando se apalancaba en factores razonables, como podrían ser la antigüedad y la experiencia, reconocidos por la jurisprudencia (Sent. 10 de octubre de 1980).*
>
> *"La anterior hermenéutica del ad quem no luce equivocada, como lo reprocha la censura, pues está soportada en jurisprudencia de esta Sala, en la que se indica que la concurrencia de unas condiciones especiales, en cabeza de un trabajador, que tengan repercusión en una mayor eficiencia en la prestación del servicio permiten diferencias en su remuneración, lo que no está en desacuerdo con lo afirmado por la Corte Constitucional al respecto*.
>
> *"En la perspectiva de explicar la correcta aplicación del principio de a trabajo igual salario igual prevista en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, el juzgador de segundo grado precisó, con soporte en un criterio doctrinal de la Sala, fijado en sentencia de 10 de octubre de 1980, que, frente a discusiones suscitadas en torno a diferencias salariales, le correspondía al juez del trabajo examinar aspectos, de tan especial importancia, como los relativos a la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad, respecto al equipo, el material, al trabajo y seguridad de los compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones. Visión que naturalmente no se aparta del sentido de la norma, pues su sentido natural y obvio indica que la remuneración debe ser igual, siempre que no medien circunstancias en la prestación del servicio que justifiquen una diferencia salarial, atendiendo las condiciones personales del trabajador, que tienen incidencia para un mejor desempeño en el cumplimiento de sus funciones, que pueden ser de diferente orden, como serían, entre otras, la antigüedad en la empresa, la experiencia en la labor desempeñada, la capacitación, su adaptación al medio de trabajo, la iniciativa, la constancia y sentido de responsabilidad que haya demostrado en la práctica.*
>
> *"No aparece entonces que el entendimiento que asignó el Tribunal al principio referido se aparte de su genuina exégesis.*
>
> *"Conviene señalar que los derroteros doctrinales, a que se remitió el Tribunal, aparecen comprendidos en reciente sentencia de la Sala de 18 de mayo de 2009, radicada con número 33673, en la que se precisó, lo siguiente.*
>
> *""Lo que en realidad argumenta la censura es que la simple equivalencia en el cargo y en las funciones es suficiente para reclamar la igualdad salarial que consagra el citado artículo del Código Sustantivo del Trabajo.*

““Sobre el particular, cabe precisar que aunque la igualdad en el cargo y en las labores como fuente de la nivelación salarial puede tener fundamento en otras fuentes normativas como convenciones colectivas en que así se pacte y en normas internacionales del trabajo, que en este asunto no se citan, de tiempo atrás la jurisprudencia laboral ha explicado que no es suficiente para obtener una igualdad en el trato salarial con apoyo en el artículo 143 mencionado. A ese respecto, en un caso semejante, en sentencia del 10 de junio de 2005, radicación 24272, en relación con otras normas pero que, en su esencia, consagran el mismo principio de a trabajo igual, salario igual, expresó, en lo que es estrictamente pertinente a este asunto, lo que a continuación se transcribe:

(…)

““Pero lo anterior no significa que la simple similitud en el cargo desempeñado sea fundamento suficiente para la igualación salarial, pues, como se ha visto, existen razones que, aún en presencia de esa semejanza, permiten al empleador pagar una remuneración distinta a los trabajadores que desempeñen cargos análogos.

““Con todo, el Tribunal no exigió a la actora una demostración de las condiciones en que se prestó el servicio en los términos sugeridos por la censura, pues, precisamente, encontró diferencias sustanciales tanto en las funciones desempeñadas por la actora y Luz Victoria Arcila Duque, como en las responsabilidades laborales que a cada una de ellas correspondía, análisis probatorio que luce ajustado a los requerimientos del artículo 5º de la Ley 6ª de 1945.

““Por otro lado, asevera el impugnante que el trabajo por cotejar debe ser mirado de manera genérica y, en cuanto a las funciones de los trabajadores comparados, no deben ser ellas específicas sino que su análisis se ha de efectuar de manera amplia. Sobre el particular, importa advertir que esa manera de ver el principio de igualdad salarial no se corresponde con su esencia ni con las normas legales que, en lo relativo a los trabajadores oficiales, lo desarrollan. Lo que en últimas se pretende con esa equivocada hermenéutica es establecer un igualitarismo salarial por la simple equivalencia en los cargos desempeñados, dejando de lado que, como quedó visto, la ley laboral permite para ese evento razonables diferencias en la retribución, en cuanto no comporten una discriminación por razones de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

““Sostiene también el impugnante que una vez acreditado por el trabajador que desempeña la misma clase de trabajo que otros que reciben una mayor retribución, su capacidad laboral debe presumirse, sin perjuicio de que el empleador acredite las razones para la existencia de una remuneración diversa. No encuentra la Corte fundamento jurídico en la presunción alegada por el censor, pues la aptitud laboral de un trabajador que pretenda una nivelación salarial es cuestión que debe establecerse de manera individual, de tal modo que pueda ser comparada con la de su compañero de labores a cuya misma retribución aspira; por manera que no es dable demostrarla a través de suposiciones genéricas”.

““No obstante lo anotado, encuentra la Sala pertinente apuntar que el juzgador de segundo grado no se equivocó al estimar que la mayor antigüedad del trabajador al que remplazó la actora, corresponde a un factor indicativo de que no hubo la discriminación salarial que se aduce, habida consideración de que la jurisprudencia en torno al tema de la igualdad salarial ha sido uniforme y reiterada en punto a que ésta opera frente a condiciones de eficiencia equivalentes y que, precisamente, la antigüedad influye necesariamente en las condiciones del trabajador en aquellos casos en que es objetivamente importante la capacidad que se aduce y la tranquilidad que inspira el trabajador preparado, ***de tal suerte que se ha considerado que la antigüedad y la experiencia del trabajador son circunstancias que permiten justificar una diferenciación en el trato salarial, sin que con ello se entienda que existe un proceder discriminatorio.***

““En un caso similar al que aquí se analiza, se pronunció esta Corte en sentencia del 24 de mayo de 2005, radicación 23148, de la siguiente manera:

““Finalmente, resulta oportuno anotar en torno del tema de la nivelación salarial controvertido en este asunto, que está ligado indisolublemente al principio de a trabajo igual salario igual, que la jurisprudencia tiene reiterado que esta garantía tiene aplicación imperativa cuando se desempeña el mismo puesto, en condiciones de eficiencia iguales; de manera que en relación con el segundo presupuesto referido cobran preponderancia para la

Finalmente, en lo que atañe a la condena en costas procesales, se advierte que la discusión sobre el valor de este concepto se debe hacer en la etapa procesal correspondiente como lo señala el artículo 366 del C.G.P, no siendo éste el momento para pronunciarse sobre su eventual cuantía. En todo caso, según la disposición enunciada la condena en costas procede contra la parte vencida en juicio, siendo en este caso precisamente la convocante del litigio, y, en esa medida, procede la confirmación de la sentencia de primer grado en este punto.

Así las cosas, se agota la competencia en esta instancia por el estudio de puntos de apelación, y conforme las motivaciones precedentes, se prohijará la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

---

> *fijación de salarios factores tales como la capacitación para el cargo, la antigüedad y experiencia de los trabajadores, que permiten una asignación salarial distinta, sin que se entienda que obedece a un proceder discriminatorio, pues se fundamenta en razones lógicas que en gran medida se encuentran fundadas en la equidad."*
>
> *""Sin que sea necesario ahora determinar si la regla contenida en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo tiene cabida cuando las funciones laborales no se ejercen simultáneamente por los trabajadores en los que concurre la diferencia en el trato salarial, tampoco surge errada la inferencia de la decisión acusada según la cual no se quebrantó en este caso el principio de igualdad salarial, debido a que la actora no laboró en la misma época que el trabajador con quien pretende la nivelación en la remuneración, por razón de que no se presentó la igualdad de condiciones.*
>
> *""Lo anterior, por cuanto que el principio de igualdad salarial previsto en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo parte del supuesto de que exista igualdad en el puesto, la jornada y las condiciones de eficiencia y si, por la circunstancia de que los cargos no se desempeñaran simultáneamente, el fallador consideró que no era posible una comparación para encontrar la igualdad en las aludidas condiciones, no incurrió en una interpretación equivocada del precepto, pues no hallar acreditados los supuestos de hecho exigidos en una norma es una cuestión relacionada con el análisis de las pruebas y no con la exégesis de la disposición. El cargo, en consecuencia, no prospera.*

En síntesis, no basta desempeñarse el mismo cargo u puesto de trabajo, que se haga al mismo tiempo con quien se pretende la comparación, sino que cuenta que la productividad o eficiencia resulten similares, para lo cual cabe tener en cuenta, entre otras, la antigüedad, la preparación y ciertas capacidades individuales del trabajador. Luego, como las exigencias que echó de menos el Tribunal para este caso es dable contarlas como de aquellas que pueden y deben estar presentes en el ejercicio de la comparación, y responden a factores objetivos del trabajo, en tales razonamientos no es dable concluir que hubo un dislate mayúsculo o con la gravedad de dar al traste con el fallo, no empecé el desatino normativo atrás reseñado."

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad a las motivaciones que anteceden.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LA FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL CONTRA LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR (RAD. 32 2016 00642 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

A U T O

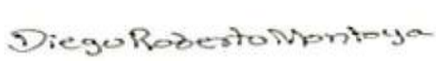
Obra a folio 646 escrito presentado por la apoderada de la parte demandante, Dra. LEIDY VIVIANA CUBILLOS ALARCON, renunciando al poder a ella otorgado (fl. 598) y en ese orden, es menester traer a colación lo señalado en el artículo 76 del C.G.P., que en lo pertinente reza: *"...La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido..."*

Al tenor de la disposición normativa en cita, es claro que la renuncia presentada no cumple con los requisitos necesarios para los efectos buscados, por cuanto brilla por su ausencia la comunicación que debió remitir la apoderada a la actora, en calidad de poderdante pues en los cuadros anexos visibles a folios 648 y 649, no se encuentra enlistado el presente asunto, en consecuencia, mediante auto de ponente (Art. 35 del C.G.P.) no se aceptará la renuncia presentada.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: NO ACEPTAR la renuncia presentada por Dra. LEIDY VIVIANA CUBILLOS ALARCON, por no cumplir con los requisitos dispuestos en el artículo 76 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Ahora bien, vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 641 a 643) y demandada (fls. 638 y 639) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de julio de 2019 (Cd a folio 631 record: 01:26:59, acta a folio 632), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR PROBADAS PARCIALMENTE*** *las excepciones de ausencia de obligación de pagos sobre las glosas impuestas a la facturación e improcedencia de reconocimiento de intereses conforme a las consideraciones expuestas y NO PROBADA la excepción de prescripción.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR a pagar a la demandante FUNDACION HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL los siguientes valores y por los siguientes conceptos:*
>
> *- Con ocasión de la factura número 4000576487 la suma de $38.700*
> *- Respecto de la factura 4001085719 la suma de $5.512.300*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR a pagar a la demandante FUNDACION HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL intereses moratorios.*
>
> *- Respecto de la factura 4000576487 a partir del 20 de marzo de 3013*
> *- Y respecto de la factura 4001085719 a partir del 28 de noviembre de 2014*
>
> *Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 4747 de 2007.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER*** *a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***QUINTO:*** *Sin costas en la presente actuación."*

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, inicialmente la apoderada de la parte actora, insistiendo en la procedencia del pago de los recobros negados por el a quo, relacionados con las facturas Nos. 4000729585, 4000826329, 4000960801, 4001010294 y 4001079342, pues señala que son facturas del año 2013 y 2014 y que solo con el anexo 5 del año 2015 fue que se exigió anexar las facturas de compra de los

insumos, precisando para la época que aquí se está cobrando tocaba allegar era la factura, el detalle de cargos, la hoja de atención de urgencias, epicrisis, hoja de administración de medicamentos y el informe del accidente. (Cd. fol. 631, record: 01:28:56)[1]

A su turno, la apoderada judicial de la EPS COMPENSAR, recurrió la decisión solicitando se revoque la decisión de primer grado tomada respecto de las facturas Nos. 400576487 y 400108519, considerando frente a la prescripción que sí procedía la declaración de la misma, pues en materia de Seguridad Social no hay una disposición particular que determine que los tiempos de prescripción empiezan a contarse una vez queda en firme la causal de glosa, precisando el artículo 24 del Decreto 4747 dice que los intereses se reconocen desde la fecha de presentación de la factura, circunstancia que da a entender asimismo que la fecha de prescripción debe correr desde el momento en que se presenta la factura, y al aplicarse esta última entendimiento, la primera de las facturas se encuentra prescrita.

Respecto de la factura 4001085719, asegura que hubo una divergencia entre el servicio facturado y los que fueron aprobados por las actas de CTC que allí se acompañan, expresando, si bien groso modo se pensaría que se trata del mismo procedimiento, realmente las vías de acceso de las tecnologías y de los procedimientos quirúrgicos hacen que el procedimiento sea distinto, no es lo mismo una laparoscopia a una laparotomía, advirtiendo cada una de las vías de acceso de un procedimiento quirúrgico se identifica con un CUPS diferente, y esto

---

[1] "*Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación en referencia a las facturas 4000729585, 4000826329, 4000960801, 4001010294 y 4001079342, en razón a que para la fecha de las facturas era necesario aportar con la factura a la entidad demandada, conforme al artículo 21 del decreto 4747 del 2007, el cual me permito leerlo:*

"Soportes de las facturas de prestación de servicios. Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de la Protección Social. La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de Protección Social."

Que para el caso que nos ocupa, las facturas son del año 2013 y 2014, y para esta época lo que tocaba allegar era la factura, el detalle de cargos, la hoja de atención de urgencias, epicrisis, hoja de administración de medicamentos y el informe del accidente. Por lo cual mi representada se negaba a aportar la factura de compra de los insumos, los cuales eran necesarios para la atención de los pacientes.

Y ya con el anexo técnico número 5 que es del año 2015, ya a partir de ese anexo había que anexar las facturas de compra de los insumos; por tal razón, para la época de las facturas no era necesario aportar las facturas de compra.

Por ese motivo interpongo el recurso de apelación en contra de las facturas antes mencionadas, las cuales fueron negadas en su pago por la parte demandada. Gracias."

es lo que permite a su turno la utilización. Afirma que si COMPENSAR EPS acepta un procedimiento con un CUPS que no está autorizado y por tratarse de un servicio no pos, ese servicio no va a poder ser recobrado a la ADRES porque lo van a glosar.

Por último manifiesta que en consecuencia de esas dos circunstancias tampoco es procedente la condena por intereses moratorios[2]. (Cd. fol. 631, record: 01:31:28)
Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 9, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 8 y 9, solicitando, se declare que la demandada tiene la obligación legal de cancelarle el saldo adeudado por las facturas generadas en virtud de conceptos

[2] *"Muchas gracias señor juez, me permito interponer así mismo recurso de apelación con el debido respeto que se merece el despacho, en relación con la decisión que se tomó de ordenar a COMPENSAR EPS el pago de la factura 400576487 en su totalidad y el parcial de la factura 400108519.*

En primer lugar, en relación con la excepción de prescripción considera esta defensa, que sí procedía la declaración de la misma, pues en materia der Seguridad Social no hay una disposición particular que determine que los tiempos de prescripción empiezan a contarse una vez queda en firme la causal de glosa.
En ese sentido, al no existir una norma en particular, pues no le es dable al interprete así hacer, máxime cuando incluso si analizamos las normas de glosas y devoluciones, el artículo 21 del decreto 4747 incluso que fue, perdón, el 24, que fue incluso con el que se establecieron los intereses, allí dice que los intereses se reconocen desde la fecha de presentación de la factura. Circunstancia que nos da a entender asimismo que la fecha de prescripción debe correr desde el momento en que se presenta la factura, y al aplicarse esta última entendimiento, pues realmente esta factura pues se encuentra prescrita. Eso por una parte.

Y finalmente, por la orden de pago parcial relacionada con la factura 4001085719, pues realmente sí consideramos que ha habido una divergencia entre el servicio facturado y los que fueron aprobados por las actas de CTC que allí se acompañan.

Si bien groso modo uno pensaría que se trata del mismo procedimiento, realmente las vías de acceso de las tecnologías y de los procedimientos quirúrgicos hacen que el procedimiento sea distinto, no es lo mismo una laparoscopia a una laparotomía. Y ello tiene una razón es porque cada una de las vías de acceso de un procedimiento quirúrgico se identifica con un CUPS diferente, y este es el que permite a su turno la utilización. Si COMPENSAR EPS acepta un procedimiento con un CUPS que no está autorizado y por tratarse de un servicio no pos, pues finalmente este servicio no va a poder ser recobrado a la ADRES porque lo van a glosar.

En este sentido, más allá del nombre del procedimiento que se encuentren las actas, había que verificar realmente si concedía, si era el mismo tanto de forma general, como en su vida de abordaje y si coincidían con los CUPS que finalmente como lo indico, son los que identifican plenamente cada tecnología en salud.
En ese sentido consideramos realmente que el servicio facturado no coincide con el que fue aprobado y en ese sentido la glosa impuesta sí era procedente.

Así mismo, pues en consecuencia de estas dos circunstancias consideramos que tampoco es procedente la condena en intereses moratorios a cargo de mí representada por las cifras que el despacho indicó en la parte resolutiva de la sentencia. Muchas gracias."

de servicios médicos y/o hospitalarios prestados a pacientes afiliados a la EPS COMPENSAR, sumas que ascienden a $20.979.572, junto con los intereses moratorios desde el día siguiente a la radicación y hasta que se haga el pago total de la obligación o en subsidio se ordene la indexación y/o actualización de las sumas objeto de condena. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable,** por cuanto tan solo se ordenó el pago de 2 de los recobros reclamados por valor de $38.700 y $5.512.300 de las facturas Nos. 4000576487 y 4001085719 junto con los intereses moratorios, absolviendo de los demás, tras considerar que en 3 de ellas (4000729585, 4000960801 y 4001079342) no se anexó la factura de compra de los insumos utilizados para la prestación de servicios, la cual si se requería conforme al anexo 6 de la Resolución No. 3047 del 2008, en otra la No. 400826329 absolvió de su pago al no encontrar acreditado la autorización ni el soporte de los servicios prestados y en la No.4001010294 no condenó porque no se realizó el cobro de la cuota moderadora ni se adjuntó el documento de soporte de tal decisión, así mismo el a quo señaló que la excepción de prescripción no resultaba probada dado que el termino no se debe contar desde la fecha de la presentación de la factura sino desde la fecha en que se resuelve de manera definitiva la reclamación, es decir, cuando la glosa queda en firme.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

En ese orden de ideas, previo a resolver la controversia traída a los estrados, es menester precisar, en el caso de marras, no se discute la presentación adecuada de los recobros objeto de estudio por parte del Hospital demandante, es decir, no se controvirtió el cumplimiento de los requisitos formales para la presentación de la facturas objeto de reclamación, dado que en autos la omisión de pago se fundó en las causales de glosa referidas para cada recobro y en ese orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si las causales de glosa establecidas para los recobros reclamados se encuentran debidamente fundadas o no a efectos de establecer la procedencia del respectivo pago.

Frente a este punto el Decreto 1281 del 2002 señaló:

> ***ARTÍCULO 7o. TRÁMITE DE LAS CUENTAS PRESENTADAS POR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD.*** *Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.*
>
> *Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.*
>
> *En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.*
>
> *Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.*

Conforme lo anterior, en el caso de marras, se tiene que la parte actora reclama el pago de 7 facturas, correspondientes a servicios prestados a los afiliados a la EPS COMPENSAR en virtud de la atención de urgencias dada a éstos, advirtiendo, los servicios objeto de recobros, fueron suministrados en el lapso comprendido entre el 8 de marzo del 2013 y el 28 de noviembre del 2014, esto es en la vigencia del Decreto 4747 de 2007 "*Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones"* y la Resolución 3047 del 2008 "*Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007".*

De igual forma se evidenció, los siete recobros fueron glosados por la EPS COMPENSAR como se puede leer a folios 22, 121, 175, 199, 209, 273 y 506, razón por la cual procede la Sala a resolver los puntos de inconformidad expuestos por la demandante y la accionada, iniciando con lo señalado por la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL.

Advirtiéndole la Sala a la recurrente las 5 facturas que fueron apeladas no son objeto de glosa por la misma causal que refiere en la alzada, en este orden y en lo que tiene que ver con las Nos. 4000729585 (fl. 25) por valor de $8.377.503, 4000960801 (fl. 184) de $133.246 y 4001079342 (fl. 212) por $2.531.186, resulta que no fueron pagadas con el argumento de la falta factura de compra para verificación del valor comercial (ver fls. 121, 199 y 273).

De este modo, se debe acudir a lo dispuesto en la Resolución 3047 de 2008, anexos 5 y 6, así:

> ***"ANEXO TÉCNICO No. 5 SOPORTES DE LAS FACTURAS***
>
> ***A. DENOMINACIÓN Y DEFINICIÓN DE SOPORTES:***
> *(…)*
>
> ***11. Lista de precios:*** *documento que relaciona el precio al cual el prestador factura los medicamentos e insumos a la entidad responsable del pago. Se debe adjuntar a cada factura sólo cuando los medicamentos e insumos facturados no estén incluidos en el listado de precios anexo al acuerdo de voluntades, o en los casos de atención sin contrato.*
>
> ***ANEXO TÉCNICO No. 6 MANUAL ÚNICO DE GLOSAS, DEVOLUCIONES Y RESPUESTAS***
>
> ***Manual de Uso***
> *El Manual de Uso está dirigido especialmente al personal encargado en la entidad responsable del pago y del prestador de servicios de salud de las glosas, devoluciones y respuestas a las mismas.*
>
> ***(…)***
> ***3. Soportes***
> *Se consideran glosas por soportes, todas aquellas que se generan por ausencia, enmendaduras o soportes incompletos o ilegibles.*
>
> *(…)*
>
> ***No. 342 Lista de precios:*** *Aplica únicamente cuando no existe contrato entre el prestador y el pagador y el prestador debe adjuntar la parte del documento que relaciona los precios de compra del prestador para los medicamentos e insumos incluidos en la factura. No aplica en los casos en que existe contrato entre el pagador y el prestador ya que esta lista de precios debe ser un anexo del contrato, a menos que se requiera actualizar la información" (Subrayas fuera de texto)*

Conforme a lo que allí se indica, esta lista de precios en efecto se debe anexar cuando no existe contrato entre el prestador del servicio y el pagador, como ocurre en autos y no se encuentra en discusión, lista que en manera alguna exige la factura de compra de los insumos, pues conforme se lee e interpreta de la causal de glosa No. 342 lo que se debe adjuntar es un documento que relacione los precios de compra del prestador de los insumos y medicamentos incluidos en la

factura objeto de recobro, situación que en autos si se dio, como se pasa a explicar respecto de cada factura así:

1. No. 4000729585: A folios 27 a 31 se encuentra el DETALLE DE PRESTACIONES de la factura en donde se relacionan cada uno de los servicios, insumos, medicamentos y procedimientos dados a la afiliada de la accionada y a folios 29 vto y 30 están los valores causados por "PROTESIS Y ORTESIS POS" en suma de $8.377.503, valor que fue glosado como se ve a folio 121.
2. No. 4000960801: Obra a folio 186 la lista de los precios respecto de la "PROTESIS Y ORTESIS POS" por valor de $133.246, objeto de inconformidad por parte de la accionada (fl. 199).
3. No. 4001079342: A folio 216 está relacionado el valor del esfinterotomo curvo 2.5 MM X UD ($521.181), balón extracción triple lumen 12 FR X UD ($580.580), guía jagwire recta endoscopic 035x450Xud ($803.025), gadopentante de dimeglumia SLN INY 15ML X FAM ($453.400) y a folio 217 se describe el valor de la ambulancia asistencial básica traslado redondo área metropolitana en suma de $170.000, para un total objetado por la accionada de $2.531.186 (fl. 273).

Razón por la cual resulta procedente en esta instancia ordenar el pago de las facturas Nos. No. 4000729585 en suma de $8.377.503, la No. 4000960801 por $133.246 y la No. 4001079342 de $2.531.186, adicionándose en este punto el fallo de primer grado.

Ahora en cuanto a la factura No. 4000826329 correspondiente a $9.250.725 (fl. 130), esta tiene la anotación por parte de COMPENSAR de "*Se mantiene glosa de 1 Detección de Enterovirus por Biología Molecular, procedimiento no pos sin evidencia y sin cta aprobado"* y un saldo de $535.544 (ver fl. 181), glosa que corresponde a la número 623 del anexo 6 de la Resolución 3047 de 2008 así:

> ***6. Pertinencia:***
>
> *Se consideran glosas por pertinencia todas aquellas que se generan por no existir coherencia entre la historia clínica y las ayudas diagnósticas solicitadas o el tratamiento ordenado, a la luz de las guías de atención, o de la sana crítica de la auditoría médica. De ser pertinentes, por ser ilegibles los diagnósticos realizados, por estar incompletos o por falta de detalles más extensos en la nota médica o paramédica relacionada con la atención prestada.*

> ***623 Procedimiento o actividad**: Aplica cuando los cargos por procedimientos o actividades que vienen relacionados en los soportes de la factura no son pertinentes o no tienen justificación médica para el cobro.*

Al efecto se encuentra a folios 171 a 173 el informe de resultados del laboratorio clínico del Hospital Universitario San Vicente de Paul del examen "DETECCIÓN DE ANTEROVIRUS" realizado el 9 de enero del 2014 a la paciente Lina Natalia Coronado Rodríguez, examen que si bien fue ordenado ese día a las 7:02 am, pues así se relaciona en la Historia Clínica de la paciente en el plan de evolución (ver fls. 152 y 155 vto), con la justificación para que la paciente continúe hospitalizado "*estado mental orgánico"* y se corrobora con lo indicado en el cuadro de ORDENES CLINICAS que acompaña la factura recobrada a folios 160 a 163, donde se señala que el mencionado examen fue ordenado por el galeno Blair Ortiz Giraldo (fl. 163 vto), lo cierto es que tal como lo aduce la accionada no cumple con los parámetros establecidos en la Resolución No. 5395 del 2013 la cual establece:

> ***"ARTÍCULO 10. PROCEDIMIENTO PARA LA APROBACIÓN Y DESAPROBACIÓN DE LA TECNOLOGÍA EN SALUD NO POS. <Artículo derogado a partir del 1o. de abril de 2019 por el artículo 47 de la Resolución 2438 de 2018> <Este artículo conserva su vigencia a partir del 10 de mayo de 2018, para el procedimiento de cobro y pago de tecnologías sin financiación con recursos de la UPC o servicios complementarios suministradas a los afiliados del Régimen Subsidiado, según lo dispuesto por el artículo 98 de la Resolución 1885 de 2018>** *Para la aprobación o desaprobación de las tecnologías en salud NO POS, se seguirá el siguiente procedimiento:*
>
> *a) El médico tratante presentará por escrito al Comité Técnico-Científico (CTC) la (s) prescripción(es) u orden(es) médica(s) y su justificación, adjuntando la epicrisis o resumen de historia clínica del paciente y si es necesario, la información sobre resultados de ayudas diagnósticas, información bibliográfica, situaciones clínicas particulares y casuística, que sustenten su decisión."*

Nótese que en autos pese a encontrarse ordenado este examen por el médico tratante, no se encuentra el escrito dirigido al Comité Técnico Científico solicitando su autorización con una justificación para la realización de éste análisis, obrando únicamente a folio 182 una comunicación de la demandante radicada en Compensar el 16 de marzo del 2016, en donde señala: "*se anexa a esta respuesta solicitud no pos No. 60045746 del día 09/01/2014 donde se solicita una DETECCION DE ENTEROVIRUS POR BIOLOGIA MOLECULAR"*, sin embargo tal solicitud no fue aportada al expediente lo cual impide analizar si fue pertinente la ayuda diagnóstica solicitada en el tratamiento de la afiliada, razón por la cual al no existir justificación médica para el cobro, se debe absolver de éste pago.

Respecto del recobro por el servicio de "*Consulta externa médica especializada revisión hospital"* número 4001010294 (fl. 202), la cual tuvo una glosa parcial en el valor de $24.900 "*por cuota moderadora no descontada en factura, no se acepta debió descontar cobro según autorización de servicios"* (fl. 209), se tiene que ésta se encuadra en la glosa número 320 descrita en anexo 6 de la Resolución 3047 de 2008 en donde se señala:

> ***3. Soportes***
>
> *Se consideran glosas por soportes, todas aquellas que se generan por ausencia, enmendaduras o soportes incompletos o ilegibles.*
>
> ***320 Recibo de pago compartido:*** *Aplica cuando se le esté cobrando el 100% de la factura. Aplica cuando no se anexan a la factura los soportes de los bonos, vouchers o vales por periodos de carencia, cuotas moderadoras, de recuperación, copagos, que recibió el prestador de servicios de salud.*

Frente a este valor de cuota moderadora la accionante señala a folio 210 "*no se acepta objeción x copago, anexo en los documentos de la factura está el formato de no capacidad de pago del usuario con su firma, por lo cual no se recaudó"*, sin embargo tal como lo consideró el *a quo* dicho formato a través del cual se plasma la no capacidad de pago del afiliado no fue anexado al plenario y en ese orden la factura recobrada no cuenta con los soportes requeridos para ordenar su pago, se absuelve.

En cuanto a la apelación de la demandada COMPENSAR EPS, relacionada con la prescripción de la factura No. 4000576487, frente a la cual aduce que contabilizando el termino para la operancia del medio exceptivo, es claro que cobijo este recobro objeto de estudio, a efectos de resolver la inconformidad expuesta por el recurrente, conviene traer a colación lo dispuesto en la Resolución No. 003099 de 2008 "*Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela"* en la cual se señaló:

> *"**Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro**. [Artículo derogado por el artículo 25 de la Resolución 458 de 2013. Rige a partir del 1o. de octubre de 2013]*
>
> *Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán tramitar y presentar en debida forma las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos y fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 13*

del Decreto-ley 1281 de 2002, dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

Para efectos de los recobros por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico y fallos de tutela, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales.

En aquellos eventos que autoricen u ordenen prestaciones sucesivas, el plazo previsto en el Decreto-ley 1281 de 2002 se contará a partir del momento en que se suministre el medicamento, servicio médico o prestación de salud, según sea el caso, o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor.

Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro. *Las entidades administradoras de planes de beneficios, deberán presentar las solicitudes de recobro dentro de los quince (15) primeros días calendario de cada mes.*

Aquellos recobros que, transcurrido el término de los quince (15) días calendario de radicación ante el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, se les vence el término de los seis (6) meses señalados en la presente resolución, se entenderán presentados oportunamente, siempre y cuando, su radicación se efectúe dentro de los primeros quince (15) días calendario del siguiente mes.

Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes. *El resultado de la auditoría integral aplicada a las solicitudes de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no POS autorizados por el Comité Técnico-Científico u ordenados por fallos de tutela debe comunicarse, por el Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto, al representante legal de la entidad indicando el estado que presenta el recobro, las causales aplicadas, así como aquellas por las cuales consideró pertinente reliquidar el valor recobrado. (…)*

Igualmente la Resolución No. 5395 del 24 de diciembre del 2013 dispone:

ARTÍCULO 33. TÉRMINO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE RECOBRO. <Artículo derogado de manera gradual en los términos del de los artículo 93 y 94 de la Resolución 1885 de 2018> Las entidades recobrantes deberán adelantar las etapas de prerradicación y radicación de las solicitudes de recobro ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para el efecto, dentro del año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del Decreto-ley 019 de 2012.

El citado Decreto Ley 019 del 10 de enero del 2012 *"por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública*" indica:

ARTÍCULO 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del

Decreto 1281 de 2002, quedará así:

"Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

A su vez el Decreto 4747 de 2007: «*Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones*» expresa:

"Artículo 23. Trámite de glosas. *Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.*

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley."

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que ninguna de las normas que regulan la materia establece con claridad cuál es el término de prescripción, es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

"2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:

Art. 772[3]. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.

No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

Art. 779[4]. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

"Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como "…un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito".

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados 'Facturas', a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

---

[3] Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

[4] Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5º. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

> *Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: "las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS…".*
>
> ***La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.***
>
> *Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria**, que goza de un término de prescripción de tres años** y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas".*
>
> *En consecuencia, considera la Sala que, **habiéndose emitido las facturas** en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria".*
>
> *En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley[5] y que prescriben en tres años.»*

Conforme lo anterior, es claro que el término para la operancia de la prescripción es de tres años por ser el previsto para las facturas cambiaras, de manera que para el caso de los recobros ahora reclamados el término prescriptivo comienza a correr partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago, fecha de radicación de la factura o de la ocurrencia del evento, según corresponda, precisándose el hospital accionante contaba con 1 año para efectuar el reclamo ante la EPS COMPENSAR y bajo tales precisiones teniendo en cuenta los servicios que dan origen al recobro de la factura No. 4000576487, el término trienal en autos se contabiliza a partir de la fecha de prestación del servicio que lo fue el 8 de marzo del 2013 (fl. 14), precisando si bien fue presentado su cobro ante la accionada el 20 de marzo de la misma calenda (ver fl. 21), esto es, dentro del año señalado por el artículo 11 del Decreto Ley 019 de 2012, se sobrepasó el término trienal para interponer la demanda ante la jurisdicción, pues se radicó el 27 de octubre del 2016 (fl. 510), siendo el plazo máximo el 20 de marzo del 2016, razón por la cual frente a este recobro deberá declararse probada la excepción de prescripción y en ese orden se absolverá a la demandada de su pago, se revoca en este punto el fallo de primer grado.

---

5 Artículos 621 y 774 del Código de Comercio, y 617 del Estatuto Tributario.

Finalmente en lo que tiene que ver con el recobro de la factura No. 4001085719, la EPS COMPENSAR presentó varias glosas frente a la misma como se puede ver a folio 575 del expediente, no obstante el Juez a quo solo condenó al pago de $5.512.300 de dos valores a saber, así:

1. $322.300 Glosa por auditoria correspondiente a laparoscopia exploratoria (…) no da lugar a cobro vía de acceso.
2. $5.190.000 Glosa por Videotaroscopia más decorticacion mas pleuroctomia, procedimiento no pos, los CTC no coinciden con el procedimiento facturado, adicionalmente no hay tarifa pactada para este procedimiento, por favor solicitar aval mediante cotización a contrataciones.

En cuanto al primer valor de $322.300 objetado por la demandada, el hospital accionante responde esta objeción señalando (fl. 507) "*que por hallazgos a la laparoscopia no se pudo realizar el procedimiento (sin adherencial severo) y ante el riesgo se cambio de via y se convirtió en laparatomia, por lo cual es facturable este procedimiento",* encuendrando dicha glosa en la número 623:

> ***623 Procedimiento o actividad :*** *Aplica cuando los cargos por procedimientos o actividades que vienen relacionados en los soportes de la factura no son pertinentes o no tienen justificación médica para el cobro.*

Frente a la pertinencia de éste procedimiento debe la Corporación señalar, si bien inicialmente al paciente le realizaron una laparoscopia definida como una exploración de la cavidad abdominal a través de ópticas introducidas por orificios en el abdomen, resulta que por "*derrame pleural-posoperatorio colecistectomía*[6]*"* (ver fl. 302) le tuvieron que realizar una Laparatomía Exploradora, esto es, la apertura quirúrgica del abdomen, lo cual se justificó en la SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD dirigida al Ministerio de Protección Social con numero de radicación 0000533251 del 20 de octubre del 2014 (fl. 304) a la cual se anexa el reporte de trazabilidad de envío de correos con estado exitoso (fl. 305) y en el cual se señaló:

> ***"Justificación Clínica:***
>
> *(…) Laparoscopia: Previa asepsiay antisepsia, bajo anestesia general, se realiza neumoperotoneo por técnica abierta de Hasson, se evidencia adherencia epiploicas hacia la vesicula, se inserta puerto de 10mm subxifoideo bajo visión directa y dos*

[6] La **colecistectomía** es la extirpación quirúrgica de la vesícula biliar. La operación se realiza para extirpar la vesícula biliar debido a la presencia de cálculos biliares que causan dolor o una infección.

> *puertos de 5mm bajo visión directa en HCD, se identifican hallazgos, se comienza a liberar adherencias, no se logra realizar la visión critica de las estruturas por lo que se decide convertir a laparatomia. Laparatomia: se realiza insición subcostal de Kocher, se diseca por plano hasta la cavidad, se identifican hallazgos, se realiza disecion fundico cística de la vesicula biliar, se liga cístico con algodón, se liga arteria cística con algodón, se retira piesa quirúrgica se envía a patología, queda lecho vesicular cruento, se reliza hemostasia con electrobisturi y se coloca surgicel fibrilar, se pasa dren de Blake de 19fr, se cierra cavidad por planos con PDS 0, se satura puerto umbilical por planos fascia"*

De manera que no hay lugar a la glosa respecto de tal valor, pues como ya se vio se encuentra la justificación y la pertinencia de los procedimientos realizados al afiliado de la EPS accionada Jose Fernando Gomez Bustamante, se confirma entonces el pago de $322.300, cuya discriminación de puede leer a folio 507 y las sumas allí indicadas se relacionan en el detalle de la factura -$59.000 derechos de anestesiólogo, $90.200 derechos del cirujano, $107.300 derechos de sala y $65.800 derechos de materiales- (fls. 285 vto 286 y 286 vto).

Frente al valor de $5.190.000 correspondiente a la cirugía denominada VIDEOTAROSCOPIA MAS DECORTICACION MAS PLEUROCTOMIA incluida en la factura a folio 285, se tiene que conforme a las "*ACTA DEL COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO DE SERVICIOS MÉDICOS Y PRESTACIONES DE SALUD NO POS*" obrantes a folio 579 y 581 la EPS COMPENSAR le autorizo a la FUNDACION HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAUL los siguientes procedimientos:

- ✓ Cod. CUPS 345300 DECORTICACIÓN PULMONAR POR TORACOSCOPIA
- ✓ Cod. CUPS 345100 PLEURECTOMIA PARIETAL POR TORACOSCOPIA
- ✓ Cod. CUPS 349201 PLEURODESIS QUÍMICA

Es decir la se autorizó se realizara una pleurectomía[7] a través de una Toracoscopia[8], no obstante lo que se le hizo al afiliado fue una **cirugía toracoscópica asistida por video**, que es la realizada con una pequeña cámara

[7] Cirugía para extirpar parte de la pleura -tejido delgado que reviste el interior de la pared de la cavidad torácica-

[8] **E**s un procedimiento que un médico utiliza para observar el interior de la cavidad torácica, el cual se realiza con un tubo delgado y flexible con una luz y una pequeña cámara de vídeo en el extremo, llamado **toracoscopio**, tubo que se coloca a través de un pequeño corte que se hace cerca del extremo inferior del omóplato entre las costillas.

de video que se introduce en el pecho del paciente a través de pequeñas incisiones y en esa medida se cumple con lo dispuesto en la glosa No.423

> ***Procedimiento o Actividad:*** *Aplica cuando el procedimiento o actividad prestada relacionada y/o justificada en los soportes de la factura, difiere de la autorizada.*

Bajo las anteriores consideraciones, se niega el pago de ésta glosa por cuanto no se autorizó la cirugia asistida por video, sino unicamente con toracoscopia, es decir, atraves de un tubo y no por cámara, además de ello al momento de realizarse la glosa (ver fl. 575) se le indicó a la accionante que no había tarifa pactada para ese procedimiento y que debía solicitar un aval mediante una cotización, no obstante tal cotización no se aportó al expediente y se desconoce si se solicitó el aval por parte de la demandante. Se revoca este pago y se absuelve.

En otro giro, respecto a la condena impuesta por intereses moratorios, es menester recordar lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, que señala:

> ***"Artículo 7º.***Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. *Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.*
>
> *Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.*
>
> *En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.*
>
> ***Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias."*** *(Resaltado por la Sala)*

Así las cosas, de la disposicion normativa en cita, claramente se evidencia, la procedencia de los intereses moratorios cuando las glosas son infundadas, siempre y cuando el cobro se presente dentro de los 6 meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador, y bajo dicha precisión, resulta procedente esta condena.

De igual forma, teniendo en cuenta que se está ordenando la inclusión del pago de recobros que no fueron parte de la condena impuesta en primera instancia, se procedió a verificar la causación de intereses moratorios, encontrando que los recobros de las facturas Nos. 4000729585, 4000960801 y la 4001079342 fueron presentadas dentro del termino de 6 meses referido en precedencia por lo que deberá incluirse en la condena los intereses moratorios correspondientes a cada uno de los recobros en comento.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revoca y adiciona parcialmente la sentencia de primer grado en sus numerales segundo y tercero, para excluir la factura No. 4000576487 de su pago e incluir la condena el pago de los recobros excluidos en primera instancia, conforme las motivaciones precedentemente expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

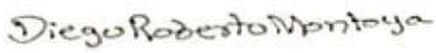
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE y ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO** para incluir en la condena el pago de los recobros excluidos en primera instancia, correspondientes a los números 4000729585 por $8.377.503; 4000960801 en la suma de $133.246, 4001079342 por valor de $2.531.186 y la 4001085719 de $322.300, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE y ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia para absolver de la condena del pago de intereses moratorios el recobros de la factura No. 4000576487 y condenando al pago de los intereses moratorios de las facturas Nos. 4000729585, 4000960801, 40010079342 y 4001085719, en los términos referidos en la parte motiva de esta providencia.

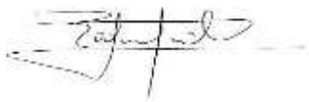
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

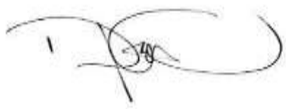
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ARTEMIO CABEZAS ANGULO CONTRA HELMERICH & PAYNE COLOMBIA DRILLING CO, trámite al que se vinculó a COLFONDOS S.A. (RAD. 31 2019 00055 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

En los términos del artículo 76 del C.G.P., se acepta la renuncia presentada por la abogada ALIX XIMENA OVIEDO ORDOÑEZ, al poder que le fuera conferido por la demandada COLFONDOS S.A. (folios 143 a 146)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por HELMERICH & PAYNE COLOMBIA DRILLING CO (folios 151 a 160), pues la demandante y la demandada COLFONDOS durante tal lapso guardaron silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

el 25 de septiembre de 2019 (Cd. fl. 128, record 19:50, acta a folio 140), en la que se resolvió:

> ***"DECLARAR** la existencia de tres contratos de trabajo entre ARTEMIO CABEZAS ÁNGULO, en calidad de trabajador y HELMERICH & PAIN COLOMBIA DRILLING CO., en calidad de empleador, por los periodos comprendidos entre el15 de septiembre de 1982 al de julio de 1983, 8 de marzo de 1984 al 13 de junio de 1984, 30 de enero de 1985 al 17 de junio de 1986.*
>
> ***CONDENAR** a la demandada HELMERICH & PAIN COLOMBIA DRILLING CO, a cancelar la suma de $31.204.220, correspondientes al valor del título pensional liquidado a fecha 29 de agosto del año 2019, suma de dinero que deberá ser cancelada a COLFONDOS para que se impute en el saldo de la cuenta de ARTEMIO CABEZAS ÁNGULO.*
>
> ***CONDENAR** a la demandada COLFONDOS, una vez la entidad demandada HELMERICH & PAIN COLOMBIA DRILLING CO., cancele el valor del cálculo actuarial a devolver esta suma de dinero al demandante ARTEMIO CABEZAS ÁNGULO.*
>
> ***CONDENAR** a la demandada HELMERICH & PAIN COLOMBIA DRILLING CO., al pago de COSTAS y agencias en derecho en cuantía de medio SMLMV.*
>
> ***ABSOLVER** de la condena de COSTAS y agencias en derecho a la demandada COLFONDOS.".*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada HELMERICH & PAYNE COLOMBIA DRILLING CO, presentó recurso de apelación con el fin, principalmente, de que se revoque la sentencia y en su lugar, se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. En subsidio, se disponga el pago de los aportes correspondientes a cada uno de los periodos declarados en el numeral primero de la sentencia, con base en el salario mínimo de la época, teniendo en cuenta la excepción del cálculo actuarial mediante un bono pensional tipo A.

En ese orden, refirió en síntesis, que para la fecha en que fue llamada esa sociedad a inscripción por parte del Seguro Social mediante la Resolución 4259 de 1993, el actor ya no tenía un contrato vigente con esta, advirtiendo, para la época de los contratos que fueron declarados por el Juzgado, el señor Artemio estaba cobijado por los lineamientos del C.S.T, que imponía el cumplimiento de dos requisitos a saber: i) 20 años de servicio continuos o discontinuos y ii) 55 años de edad, los cuales no acreditó a la finalización del último contrato.

Indica, aunque la *a quo* señaló en la providencia que conforme la jurisprudencia de las altas Cortes, son relevantes los motivos por los cuales el empleador no pagó los aportes, no puede ser que se imponga la cancelación de los mismos con la sanción por omisión, cuando su conducta no fue arbitraria sino que estaba

amparada por la normatividad vigente en la cual no existía la obligación de aportar a seguridad social, misma que solo surgió con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993.

Alega, si lo que se pretende es la protección al trabajador podría buscarse un punto medio, como lo dice la jurisprudencia, como sería condenar al pago de los aportes junto con la indexación para que el trabajador no termine siendo sujeto de una afectación económica y no se menoscabe el patrimonio de esa sociedad.

De otro lado, critica que la sentencia no se haya pronunciado sobre la excepción propuesta sobre el bono pensional tipo A, dada la afiliación realizada el 6 de mayo de 1994 por el demandante al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos, señalando, conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 los traslados de los tiempos trabajados deben estar representados en un bono pensional o título pensional, realizado con base en el cálculo actuarial, por lo que, dada la vinculación del demandante al RAIS debió analizarse lo establecido en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1299 de 1994, que se refieren al bono tipo A.

Por otra parte, reprocha el valor del cálculo actuarial realizado por COLFONDOS y tenido en cuenta por la Juez, en primer lugar, por cuanto el mismo se incorporó en aras de lograr una conciliación, y en segundo, porque los tiempos acreditados en dicho cálculo no corresponden a los periodos acreditados como relación laboral, sino que se tomó como si se tratare de un único vínculo, además de no tomarse como base el salario que devengó el actor en cada uno de esos periodos.

Finalmente, pide se tenga en cuenta los perjuicios que se le están ocasionando a las empresas de hidrocarburos en estos pagos de cálculos actuariales onerosos, disponiendo el pago del aporte y la indexación mediante bono tipo A. (Cd. fl. 128, récord 21:42, acta a folio 140)[1]

[1] "*Gracias su señoría, en este momento de la diligencia me permito interponer contra la sentencia, recurso de apelación, el cual argumento de la siguiente manera, para que la Sala Laboral del Honorable Tribunal de Bogotá, revoque la sentencia en su totalidad, y profiera una que absuelva de todas y cada una de las condenas a mi representada. Mis argumentos son los siguientes:*

Lo primero que debe hacer es que la sentencia de primera instancia tomo como base la interpretación de la CSJ Sala Laboral y la Corte Constitucional, que a su vez hacen una interpretación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con el articulo 53 y 48 de la Constituían Política de Colombia.

Me preciso decir también que el artículo 53 de la Constitución habla del principio de la irretroactividad de la Ley laboral y el artículo 48 de la Constitución Nacional, también habla del respeto de los derechos adquiridos en materia pensional.

Esto quiere decir, que al momento en que el señor Cabezas Angulo, suscribió los tres contratos de trabajo con mi representada, los cuales ya fueron declarados por el despacho, y en ningún momento mi representada se opuso, pues el señor no tenía un contrato vigente a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Y ni si quiera tenía un contrato vigente al momento del llamado a inscripción por parte del seguro social, lo cual, ocurrió con la resolución 4250 de 1993.

En su momento el señor Artemio Cabezas Angulo, estaba cobijado bajo los lineamientos del CST, para temas pensionales y debía cumplir los dos requisitos que consagraba la norma laboral, estos eran, 20 años continuos o discontinuos o 55 años de edad, los requisitos que no cumplió al momento de la finalización del último contrato, y de ninguno de los contratos suscritos con mi representada.

Indica la Juez de primera instancia, a su vez, que la jurisprudencia de las dos altas Cortes, han dicho que no son relevantes los motivos por los cuales el empleador no pago estos aportes, y por ello, hoy en día se están condenando a las empresas del sector de hidrocarburos, al pago de los mismos, y a su vez dicen las sentencias que señala la Juez de primera instancia, que estos motivos, pues además de interpretarse con el tema de los artículos de la Constitución, tienen que ser un punto medio para no dejar o buscar la protección de los tiempos trabajados por los trabajadores para que estos sean aportados al sistema de seguridad social.

Sin embargo, el punto medio no puede ser hoy en día el pago de aportes con la sanción de una omisión en la afiliación porque esta conducta por mi representada no fue de manera arbitraria realizada en su momento, sino que, en su momento no existían y bajo el amparo de la normatividad ilegal vigente en su momento, no existía la obligación de hacer estos aportes a seguridad social.

Como bien se ha dicho, esta obligación solo surgió con posterioridad a la vigencia de la entrada de la Ley 100 de 1993, conforme lo dispone el artículo 33 de la citada norma y conforme lo ha establecido la jurisprudencia de las altas Cortes, en anteriores ocasiones a este cambio jurisprudencial.

Hoy se está condenando, no al pago de los aportes como desprotección del trabajador, solamente, porque se está condenando a unos intereses moratorios, que son como una sanción a la omisión que como se repite en su momento, mi representada pues amparada bajo los preceptos legales, jurisprudenciales e incluso de las decisiones del ejecutivo en su momento del seguros social y demás, pues no había hecho estos aportes, después de 34 años, pues estos cálculos terminan siendo demasiado onerosos y lo que está sucediendo es que el trabajador pues también está incurriendo en este pago en un enriquecimiento sin justa causa porque mi representada en su momento estaba amparada por las normas legales que aplicaban en su momento.

Entonces si bien se quisiera hablar de una protección al trabajador, podría buscarse un punto medio, como dice la jurisprudencia, es decir, condenar al pago de los aportes que en su momento representaban el valor junto con la indexación para que el trabajador no termine siendo sujeto de una afectación económica sin que eso también, desmerite de alguna manera, el patrimonio de mi representada.

A su vez, no hubo pronunciamiento alguno sobre la excepción propuesta por mi representada sobre el tema del bono pensional tipo A. Como bien se dijo en la sentencia de primera instancia, el señor Artemio Cabezas Angulo, tuvo como única afiliación el 6 de mayo de 1994 una vez entro en vigencia la Ley 100 de 1993, el señor escogió como régimen de pensión, afiliarse al RAIS, esto es a Colfondos, eso está acreditado dentro del proceso.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al final indica que los traslados de los tiempos trabajados con empresas que tenían a su cargo los pagos del sistema de seguridad social en pensiones, se debían trasladar siempre y cuando el contrato estuviera vigente, lo cual no pasó, o se haya iniciado con posterioridad de la vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cual no pasó, pero además, dice que estos tiempos deben ser trasladados con base en el cálculo actuarial, el cual, está representado por un bono pensional o un título pensional.

En este caso al señor Artemio Cabezas Angulo, al vincularse al fondo de solidaridad, al fondo de pensiones del RAIS, le debía aplicar lo establecido en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, y a su vez, en lo indicado en el Decreto 1299 de 1994, que es norma especial, y que regula los bonos pensionales, que constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones.

Estas normas, antes enunciadas indican, que una vez la persona selecciona el RAIS, pues deben ser trasladados estos cálculos, pues mediante un bono pensional tipo A, es decir, un cálculo actuarial representado en un bono pensional tipo A, y no en un título pensional, como se indicó en la sentencia de

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

---

primera instancia, es decir, si en gracia de discusión, el señor aun cuando no cumpliera con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se condenara a mi representada al pago de estos aportes, en primer lugar, estos deben ser trasladados mediante un bono pensional tipo A, conforme a las normas antes expresadas.

Y también teniendo en cuenta la regla de pagar solo la indexación, dado que esta presunta omisión no se dio por arbitrariedad de mi representada.

A su vez, la Juez de primera instancia, señalo que a folio 137 se encontraba el cálculo de título pensional, que hizo Colfondos, el cual, fue allegado al proceso, en aras de buscar una conciliación.
Incluso en su momento a Colfondos, y como bien se estableció dentro de la sentencia de primera instancia que se calcularan, los tres periodos en los cuales trabajo el señor Artemio Cabezas, con base en el salario que en estos momento no está acreditado, entonces tenía que ser con base en el salario mínimo de la época, lo cual, Colfondos no hizo, y de todas maneras a pesar de que este cálculo actuarial fue allegado al proceso en concordancia con la sentencia expedida en primera instancia, pues los tiempos que se están acreditando en dicho calculo actuarial no corresponden a los periodos declarados como relación laboral y que fueron acreditados dentro del proceso, dado que como se indica aquí a folio 137, la fecha de ingreso a la empresa dice 15 de septiembre del 82 y la fecha de retiro 17 de julio del 86, como si se tratase de un solo contrato laboral, el cual no ocurrió como específicamente se probó y se acredito dentro del proceso y se declaró así en el numeral primero de la sentencia de primera instancia.
Y se tuvo como base del salario, el salario mínimo del 17 de julio de 1986, sin hacer los cálculos referentes a los demás periodos en que trabajo el señor Artemio Cabezas, que para su momento, eran los siguientes:

- *Para el primer periodo del contrato que lo fue del 15 de septiembre del 82 al 6 de julio del 83, el salario mínimo de la época era $9.261.*
- *Del 8 de marzo de 1984 al 13 de junio de 1984 el salario era de $11.298.*
- *Y del 30 de enero de 1985 al 17 de junio del 86 el salario mínimo de la época era de $16.811.*

Por lo tanto, el cálculo actuarial título pensional, que como se reitera no debería ser un título pensional sino un bono pensional tipo A, pues incluso está mal calculado, porque, acoge todos los tres contratos como si fuera uno y tomando un salario base que no es el del trabajador.

Elementos que están acreditados dentro del proceso, elementos que incluso fueron objeto de la declaratoria del numeral primero de la sentencia en la que se condena a mi representada y que en base (Sic) a la sana critica, pues no podían ser avalados por el juzgador de primera instancia.

En ese orden de ideas solicito al Honorable Tribunal, se revoque la sentencia de primera instancia, para absolver de todo a mi representada en cuanto a que en su momento en los periodos en que el señor Artemio Cabezas Angulo, laboró con mi representada no existía la obligación de pagar estos aportes conforme a las normas existentes para la época, y de manera subsidiaria se revoque de manera parcial la sentencia en cuanto a en gracia de discusión y bajo la interpretación de la jurisprudencia, que se avala hoy por parte de las altas Cortes, si se condenara a mi representada al pago de estos aportes, se condene al pago de los aportes correspondientes a cada uno de los periodos declarados en el numeral primero de la sentencia apelada, con base en el salario mínimo de la época que fue el que se acreditó dentro del proceso, y teniendo en cuenta la excepción del cálculo actuarial mediante un bono pensional tipo A, dado que el señor Artemio Cabezas Angulo, se encontraba afiliado a un fondo de pensiones del Régimen Privado desde el 6 de mayo del 94 hasta el momento de la devolución de saldos.

Y también, se tenga por presentada y con base a una interpretación en verdad medida sobre los perjuicios que se están ocasionando a las empresas de hidrocarburos en estos pagos de cálculos actuariales onerosos, en gracia de proteger al trabajador, se condene al pago solamente de lo que valían los aportes en su momentos con base en los salarios acreditados y solamente a la indexación mediante un bono pensional tipo A, pues de otra manera se está generando un perjuicio económico a mi representada que fue ocasionado por las normas vigentes de la época y por el legislador, el cual, no debería hoy responder mi representada.

En estos términos dejo presentado mi recurso de apelación. Gracias."

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 5 a 7, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 7 a 9, solicitando se declare que con la demandada HELMERICH & PAYNE COLOMBIA DRILLING CO existieron tres contratos de trabajo así: i) entre el 15 de septiembre de 1982 y el 6 de julio de 1983, ii) entre el 8 de marzo de 1984 y el 13 de junio de 1984, iii) entre el 30 de enero de 1985 y el 17 de junio de 1986, periodos en los cuales su empleadora no canceló los aportes a seguridad social en pensiones. En consecuencia, se le condene al reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social de los tiempos laborados para dicha compañía, mediante cálculo actuarial que para el efecto realice COLFONDOS. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de los contratos de trabajo con HELMERICH & PAYNE COLOMBIA DRILLING CO y se condenó a esta última a cancelar la suma de $31.204.220, correspondientes al título pensional liquidado a 29 de agosto de 2019, la cual deberá ser cancelada a COLFONDOS para que se impute en la cuenta de ahorro individual del actor. Así mismo, se ordenó a la AFP, que una vez acreditada dicha suma proceda a la devolución de estos saldos al demandante, lo anterior tras considerar que conforme la jurisprudencia de las altas Cortes los empleadores están obligados a efectuar los aportes a pensión aun cuando en el territorio no existiera cobertura del ISS. Además, y en razón a que COLFONDOS ya realizó la devolución de saldos al demandante por no cumplir con los presupuestos para acceder a la pensión de vejez, ordenó que esos dineros que se trasladen a la AFP deben ser devueltos al actor.

Así pues, de acuerdo con los términos de la apelación ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por el recurrente en la alzada, en virtud del principio de consonancia, quien no controvirtió la declaratoria de existencia de la relación laboral en los periodos señalados en la demanda y la providencia recurrida.

A efecto de resolver el primer aspecto apelado, debe señalar la Sala, si bien la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos venía exponiendo el criterio según el cual, no era obligatorio realizar la afiliación, y por ende la cotización de aportes, por el hecho de que en el lugar donde se hubiera prestado el servicio, no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales, y por esa razón no se podía

hablar de incumplimiento imputable al empleador no siendo este responsable de dichos aportes por el tiempo en el que no hubo cobertura de dicho Instituto; en Sentencia SL9856 del 16 de julio de 2014 dentro de la Radicación No. 41475[2], fue

---

[2] *Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.*

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que«la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfanamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros"».

reexaminado el tema considerándose inviable estimar que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligaciones respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, con fundamento en que ello desconoce la protección integral que se debe al trabajador, pasando por alto que éste último no tiene por qué ver frustrado su derecho al excluirse el periodo durante el cual prestó su

---

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes. Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal".

servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, pues esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

Agregó la Corte en dicho pronunciamiento que el empleador tiene una serie de compromisos por los periodos en los que no existió cobertura, y no se puede imponer la afectación del derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo; por lo tanto el patrono debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, como quiera que sólo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

En el caso propuesto en la jurisprudencia traída a colación, si bien se trata de una situación de falta cobertura en algunas zonas geográficas, tal hipótesis, se equipara perfectamente al caso de las empresas petroleras para quienes surgió la obligación de afiliación de sus trabajadores al I.S.S., con posterioridad, ya que la consecuencia en ambos casos es la misma, precisamente, la falta de asunción de los riesgos de IVM por parte del I.S.S.

Y pese a que en dicho pronunciamiento se hace mención a la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en el literal c) del parágrafo 1, que hace referencia a la vigencia del contrato de trabajo para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para el caso de autos, salvado el escollo relacionado con la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales para el sector petrolero en la época de vigencia del contrato de trabajo del aquí demandante, a efecto de tener en cuenta dichos tiempos de servicios para su derecho pensional, bien podemos acudir al literal d)[3] del mismo parágrafo, -introducido al artículo 33 original por la reforma realizada en la Ley 797 de 2003-, en el cual se dispone la contabilización de tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren

[3] ***Parágrafo 1°.*** *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.
e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

afiliado al trabajador, simplemente, sin que allí se exija la vinculación laboral para la referida época.

Valga aquí rememorar lo considerado en sentencia de casación laboral ya citada:

> *"…si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquello cesó cuando se subrogó la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo, <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión,* ***ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho"***

Ahora bien, en esa misma dirección se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, como ejemplo, en Sentencia T-410 de 2014, en la cual, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, concluyó que el condicionamiento relacionado con la necesidad de vigencia de la relación laboral para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para la contabilización de los tiempos de servicios en los cuales no se realizaron aportes por el empleador, previsto en el literal c) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el mismo literal del parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es inaplicable, en consideración a que *"…infringen la protección prodigada por los artículos 48 y 58 de la Constitución a los derechos adquiridos en materia pensional, pues los mencionados apartes normativos impiden el traslado de los aportes correspondientes a los tiempos servidos por trabajadores que prestaron su fuerza laboral en empresas que antes de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión y cuyos contratos de trabajo finalizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la misma"*.

A más de lo anterior, téngase en cuenta que, para un caso de idénticas características al presente, la misma Corporación, mediante Auto 068 del 20 de marzo de 2014, clarificó el tema de los aportes a la seguridad social en los sectores donde aún no había cobertura del ISS (en este caso por la suspensión de la Resolución 3540 del 6 de agosto de 1982, decretada en Resolución 5043 del 15 de noviembre de 1982 según lo advirtió la demandada en su contestación, folios 98 y 99), o no existía una norma que obligara a los empleadores a efectuar estos respectivos aportes, en este Auto la Corte Constitucional, consideró que debía sujetarse a lo resuelto en la sentencia T-784 de 2010, ya que en ésta se decidió sobre un caso en el que una persona que tuvo vínculos laborales con la compañía petrolera Chevron Petroleum Company hasta antes de entrar en vigencia la Ley

100 de 1993, solicitó se le ordenara a esta última el reconocimiento y pago de los aportes pensionales correspondientes al tiempo que laboraron para ellos, en tal auto se consideró:

> *"…Así las cosas, en la sentencia T-784 de 2010 la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la seguridad social, pues la reconstrucción que hizo del régimen pensional aplicable a quienes trabajaban para las empresas dedicadas a la actividad petrolera, le permitió acertadamente advertir que estas últimas sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los aprovisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigi[era] de acuerdo con la ley. No obstante, está claro en el proceso que durante todo el tiempo que el señor Julio César Ariza Pinilla trabajó para las entidades demandadas, estas últimas se beneficiaron de la fuerza de trabajo del tutelante, quien prestó sus servicios personales bajo subordinación jerárquica, pero no hicieron los aprovisionamientos pensionales que le depararan a este último al llegar a su vejez, una vida verdaderamente digna y humana…".*

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por la gestora judicial de la enjuiciada en cuanto indica que la empresa a la que representa no tenía la obligación de realizar el cálculo actuarial como quiera que el llamado a inscripción, tal como lo afirma la convocada ocurrió en octubre de 1993 (folio 99), por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

Ahora bien, con relación a los reparos de la alzada, atinentes a que lo correcto era que se emitiera un bono tipo A, advierte la Sala, aunque está acreditado en el plenario que el demandante se trasladó del RPM al RAIS el 6 de mayo de 1994 mediante afiliación que realizara a COLFONDOS (folio 75), lo pretendido por la recurrente no resulta posible pues el bono pensional tipo A corresponde expedirlo únicamente a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, actualmente Colpensiones, con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS al que se efectuó el traslado de régimen, siendo esta la forma en que transfieren los recursos por los tiempos efectivamente cotizados en el régimen anterior y siempre que se cumplan los presupuestos previstos en el artículo 2[4] del Decreto 1299 de 1994, dentro de los que se encuentra el haber

[4] "*Artículo 2º. Requisitos para el reconocimiento del bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual.*

Los afiliados al Sistema General de Pensiones, que seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad, para efectos del reconocimiento del bono pensional, deberán acreditar alguno de los siguientes requisitos:
a) Que estén cotizando o hubieren efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las Cajas o Fondos del sector público;
b) Que estén prestando servicios o hubieren prestado servicios al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos del orden nacional, departamental, municipal o distrital, con vinculación contractual o legal y reglamentaria;

cotizado o estar cotizando al instituto de los seguros sociales que no es lo que ocurre en el presente caso pues lo que procura el demandante en el libelo genitor, no es otra cosa que el pago de sus aportes a pensión por parte de su ex empleadora.

En ese orden, en autos, resulta consistente con las pretensiones de la demanda *"el título pensional*" también denominado *reserva actuarial*, que es emitido por las empresas privadas que tenían a su cargo el pago de las pensiones de sus empleados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a efectos de que la administradora de pensiones, en este caso COLFONDOS por ser la entidad a la que se encuentra afiliado el actor (folio 65), tenga en cuenta ese tiempo laborado cuando vaya a efectuar la devolución de saldos correspondiente (folio 65).

Por otra parte, en lo que sí halla razón esta Corporación a la recurrente, es respecto a la objeción por el monto a pagar por concepto de cálculo actuarial, en primer lugar, porque en efecto el título pensional que fue allegado por COLFONDOS (folio 137) no fue incorporado a las diligencias con fin distinto a lograr entre las partes un acercamiento conciliatorio, es decir, no tuvo efectos probatorios en la medida en que no se decretó con tal carácter, y en segundo, porque la administradora de fondos de pensiones no tuvo en cuenta que entre las partes subsistieron tres relaciones laborales independientes, y no un único nexo como allí se plasmó.

En ese sentido se dispondrá que COLFONDOS emita un nuevo cálculo actuarial para cada una de los vínculos contractuales que existieron entre las partes, y como quiera que ningún medio de prueba se incorporó tendiente a demostrar el

---

c) Que estén prestando servicios mediante contrato de trabajo con empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, siempre que la vinculación laboral se encontrare vigente a la fecha de expedición de la ley 100 de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a la misma fecha;
d) Que estén afiliados o hubieren estado afiliados a cajas de previsión del sector privado que tuvieren a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones legales.
Parágrafo 1º. Los afiliados de que trata el literal a. del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas continuas o discontinuas, no tendrán derecho de abono.
Para efecto de contabilizar las semanas previstas en el presente parágrafo se tendrá en cuenta, la suma del tiempo durante el cual el trabajador estuvo cotizando al ISS, a alguna caja o fondo de previsión del sector público, prestando servicios como servidor público, vinculado mediante contrato de trabajo a una empresa o empleador del sector privado que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, o afiliado a una caja o fondo de previsión del sector privado.

Parágrafo 2º. No tendrán derecho a bono pensional las personas que cumplan alguno de los requisitos de que trata el presente artículo y hayan recibido o reclamado indemnización sustitutiva."

valor del salario percibido por el actor, habrá de tenerse en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Es importante precisar en este punto, no es posible disponer el pago de los aportes indexados como lo aspira la recurrente, en tanto las consecuencias de la omisión en la afiliación de un trabajador se encuentran consagradas en la ley y el método para el cálculo de la reserva actuarial está regulada en el Decreto 1887 de 1994.

En los términos que anteceden, agotándose de ésta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, habrá de revocarse parcialmente el numeral segundo y en su lugar se ordenará a COLFONDOS emitir nuevamente el cálculo actuarial teniendo en cuenta las precisiones hechas por esta Corporación.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá. En su lugar se **CONDENA** a la demanda HELMERICH & PAYNE DRILLING CO, a trasladar a COLFONDOS el valor de los aportes a pensión del demandante, causados entre el 15 de septiembre de 1982 y el 6 de julio de 1983; del 8 de marzo al 13 de junio de 1984 y del 30 de enero de 1985 al 17 de junio de 1986, previa emisión del cálculo actuarial por parte de COLFONDOS, conforme los lineamientos dados en esta providencia, cifra que deberá pagarse por HELMERICH & PAYNE DRILLING CO a entera satisfacción de la AFP.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIRO FORERO WILCHES CONTRA LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. ESP -ETB S.A- (RAD. 29 2018 00538 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada (folios 111 a 113), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de octubre del 2019 (Cd. fl. 83, record 31:44, acta a folios 84 y 85), en la que se resolvió:

> ***"ABSOLVER** a la demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP., representada legalmente por JORGE HERNÁN CASTELLANOS RUEDA, o por quien haga sus veces, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por el demandante JAIRO FORERO WILCHES, identificado con la cedula de ciudadanía 79.346.792, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $100.000.*
>
> ***TERCERO:** Si no fuera apelada la presente sentencia, **CONSULTARSE** con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en favor del demandante."*

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante interpone recurso de apelación manifestando no estar de acuerdo con las consideraciones expuestas por la falladora de primer grado, en primer lugar aduce frente al cumplimiento del

requisito del depósito de las convenciones colectivas aportadas al proceso que no existe discusión frente a la aplicación de la norma convencional que solicita pues la misma se encuentra transcrita no solamente en la copia simple que fue allegada con el escrito de demanda, sino por la entidad demandada en su escrito de contestación, precisando ha sido difícil o engorroso conseguir las convenciones con estos requisitos.

Ahora en cuanto al reconocimiento de un sexto quinquenio convencional expresa que todos los trabajadores de la ETB, pactaron el reconocimiento de este quinquenio en la convención suscrita con Sintratelefonos para el año de 1974 y se hizo extensivo para los trabajadores técnicos de la entidad que se encuentran vinculados al Sindicato de Atelca, advirtiendo el espíritu de este acuerdo o de esta norma convencional, era recompensar y reconocer el trabajo del empleado, cada vez que cumpliera 5 años en la entidad, advirtiendo si bien es cierto, el tenor literal de la norma convencional, dice que son 5 quinquenios, que inicialmente fueron 4, expresa que lo que se busca mediante la demanda es que se le dé una lectura e interpretación al espíritu de la norma y no al tenor literal de la misma, reiterando lo pretendido para el momento en que se pactó este quinquenio era reconocer el trabajo o el desempeño o la fuerza laboral de cada uno de los trabajadores de la ETB cada vez que cumplían 5 años de servicio en la entidad, razón por la cual solicita se revoque la sentencia de instancia y se reconozcan los derechos solicitados en el escrito de demanda (Cd. fl. 83, record: 32:21)[1]

[1] "Gracias señora Juez. Manifiesto en esta oportunidad respetuosamente que me aparto de la decisión que se acaba de tomar por el despacho, para lo que interpongo recurso de apelación en los siguientes términos:

Primero, frente a lo que tiene que ver a la existencia de la constancia de depósito en las copias que se allegaron de la convención. En primer lugar, no es claro de las dos convenciones que se allegaron si se trataba de la se Sintra o la de Atelca, pero en gracia de discusión, para cualquiera de las dos, cuando se interpone la demanda se indica en ella que se allega el texto convencional con ese cumplimiento de ese requisito, se indica que se cumple de esa manera, y en el momento en que se admite la demanda, se está reafirmando que fue en ese orden de ideas que se allego.

De otra forma, hemos estado frente a un auto inadmisorio para que se cumpliera con algo que se había indicado en el literal A, del acápite de pruebas documentales, donde se indicó pues que se estaba allegando la convención colectiva con el cumplimiento del requisito.

Adicional a lo anterior, como lo dijo el despacho y me encuentro de acuerdo en que es la entidad quien avala la existencia del acuerdo y del reconocimiento que se viene haciendo, y de la vigencia en el tiempo de estos pagos que se hacen de manera quinquenal como su nombre lo indica, a los trabajadores que cumplen los 5 años, al servicio de la ETB, pues en ese orden de ideas, al no existir discusión al encontrarse transcrito no solamente la copia simple que fue allegada por nosotros con el escrito de demanda, sino por la entidad demandada en su escrito de contestación, como lo dijera el mismo apoderado en sus alegatos, en los esfuerzos que hace la entidad, porque ha sido un problema conseguir estas convenciones con estos requisitos, el Dr., Néstor, ha tenido que sufrir la misma suerte conmigo, y en varios despachos hemos tenido que suspender audiencias porque todas las que allegan y las que expide el Ministerio, son las que fueron allegadas en esta oportunidad al despacho, es la única que expide el Ministerio.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JAIRO FORERO WILCHES, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 18 y 19, las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos a folios 17 y 18; aspirando de manera principal se declare que adquirió el derecho al pago de una prestación por el cumplimiento de 5 años de servicio, denominada quinquenal o quinquenio según el artículo 23 de la Recopilación de Convenciones Colectivas suscrita entre ETB y ATELCA con vigencia inicial 1996 a 1997, en consecuencia se condene a pagar el sexto quinquenio que se causó desde el 18 de noviembre del 2017 cuando completó 20 años de labor, teniendo en cuenta para su liquidación lo pactado en la cláusula 20 de la convención colectiva de 1974, la indexación de los valores reconocidos, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorabl**e a sus aspiraciones, tras considerar la *a quo* que

---

Este caso lo hemos visto en varios despachos, y hemos tenido que allegarlas recién expedidas con el mismo sello reciente, pero esa es la que expide, más sin embargo, no se está desconociendo por la ETB, se encuentra el texto convencional en copia simple y ha sido transcrito en la contestación de la demanda y aceptada en su contestación, por lo que yo solicito al Tribunal que se estudie el reconocimiento del derecho del 6to quinquenio para mi representado y ahora fundamento, el porqué de este derecho.

Como se dijo en los alegatos y se dice también en la demanda, mi representado y todos los trabajadores de la ETB, pactaron el reconocimiento de este quinquenio en la convención suscrita con Sintratelefonos para el año de 1974 y se hizo extensivo para los trabajadores técnicos de la entidad que se encuentran vinculados al Sindicato de Atelca.

En ese orden de ideas, cuál es el espíritu de este acuerdo o de esta norma convencional, recompensar, reconocer el trabajo del empleado, del trabajador, para este caso el Señor Jairo Forero Wilches, cada vez que cumple 5 años en la entidad. Por lo que en el sentir de nosotros, de la parte que represento, no es de recibo que se desentienda cuál fue la razón de ser para que se pactara el quinquenio, más allá, de las veces que se hubiera pactado como lo dijo el apoderado de la entidad demandada, como se sostuvo por el despacho en sentencia, porque si bien es cierto, el tenor literal de la norma convencional, dice que son 5, que inicialmente fueron 4 quinquenios, luego que fueron 5, y como se dijo por el Dr., Torres, ha sido una gran batalla la que se ha sostenido para lograrlo, por eso, se buscó mediante una demanda ante el Juez Laboral, que se le diera la lectura, la interpretación al espíritu de la norma, y no al tenor literal de la misma.

Por lo que en ese orden de ideas y teniendo en cuenta tratados de derecho internacional que son aplicables en Colombia por vía del artículo 93 constitucional, en el que se pide que se tomen en cuenta recomendaciones del comité de libertad sindical, y se tengan en cuenta, entre otros, los instrumentos 151 y 154 de la OIT, en los que se infiere a las garantías de ventajas y prerrogativas que se alcanzan por vía de negociación, pero más allá, de una interpretación exegética o literal del texto escrito, que se busque la naturaleza, lo que se buscaba en el momento en que se pactó este quinquenio y que era reconocer el trabajo o el desempeño o la fuerza laboral de cada uno de los trabajadores de la ETB, cada vez que cumplían 5 años de servicio en la entidad.

En ese orden de ideas, pues solicito al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se revoque la sentencia de instancia y se reconozcan los derechos solicitados en el escrito de demanda, teniendo en cuenta para tal fin, los hechos, razones y fundamentos, plasmados en el escrito genitor. Muchas gracias."

como la Convención Colectiva aportada en medio magnético, carecía de la constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo le resta valor probatorio y por ende tal documental no podía producir efectos, precisando que en gracia de la discusión de aceptarse tal convención no se encontró fundamento normativo para el reconocimiento del sexto quinquenio solicitado, pues en el mismo acuerdo se delimitó el pago de los quinquenios a cinco, razón por la cual no puede darle un alcance ni una interpretación diferente a la convención.

De tal manera, previo a resolver el presente asunto, ha de advertirse, no es motivo de controversia en ésta instancia la vinculación del actor con la ETB desde el 18 de noviembre de 1987 tal como se certifica a folio 78 de la demanda, como tampoco que ha recibido cinco Bonificaciones por Quinquenio los días 30 de noviembre de los años 1992 ($835.026), 1997 ($4.959.363), 2002 ($13.616.541), 2007 ($20.355.248) y 2012 ($31.370.693), relacionadas igualmente en la misiva de folio 78.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico del presente asunto se circunscribe a determinar si resulta viable el reconocimiento y pago de un sexto quinquenio causado para el 30 de noviembre del año 2017, teniendo en cuenta para ello el artículo 23 de la Recopilación de Convenciones Colectivas de Trabajo suscrita entre ETB y ATELCA.

En esta dirección, para proceder al estudio de las pretensiones, resulta pertinente anotar que a las diligencias se aportó en medio magnético (Cd. fls. 2 y 33) la Recopilación Convenciones Colectivas de trabajo suscrita entre la ETB y ATELCA vigente para el periodo comprendido 1996 – 1997; sin embargo de este documento no se puede desprender que la misma haya cumplido con el requisito exigido por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, pues si bien el numeral 3º del artículo 54 A del C.P.T y S.S., adicionado por la Ley 712 de 2001 en su artículo 24, le otorgó valor probatorio a las reproducciones simples de *“Las convenciones colectivas de trabajo, laudos arbítrales, pactos colectivos, reglamentos de trabajo y estatutos sindicales”*, no menos cierto es que tales reproducciones simples deben contener también prueba de la constancia de depósito a la que alude el artículo 469 en cita, pues tal constancia, es el medio de acreditación de la existencia y validez de la convención colectiva de trabajo y los

derechos que en ella se incorporan a favor de los trabajadores, por lo cual en el *sub lite,* al invocarse por parte del accionante un derecho en ella contenido, como son los quinquenios de que trata su artículo 23, debió allegar no solo una copia simple del texto de la recopilación convencional, sino también prueba de su respectiva constancia de depósito, por así habilitarlo el artículo 54 A del estatuto procesal laboral, en concordancia con lo preceptuado por el citado artículo 469 del C.S.T. Sobre el punto ver entre otras, sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Radicado No. 27354 del 28 de mayo del 2007.[2]

---

[2] "*De todos modos, cabe señalar que, como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, el depósito oportuno es requisito esencial para que el acto produzca efectos, al tenor del artículo 469 del C. S. T., y su demostración en juicio exige necesariamente que se allegue copia auténtica del mismo con la nota de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa correspondiente, de modo que no es suficiente con que se cumpla con la formalidad del artículo 54 A del C. P. del T., para que se tenga por acreditado el acuerdo convencional, como lo pretende la censura, pues es necesario, además, que se hubiere cumplido en tiempo la formalidad señalada, cuya prueba echó de menos el Tribunal, sin que el cargo nada replique al efecto.*

Sobre la forma en que debe acreditarse en juicio la convención colectiva, dijo la Sala en sentencia del 3 de diciembre de 2003 (Rad. 21379), lo siguiente que para el caso resulta pertinente:

> *"Las consideraciones de la censura se encaminan, esencialmente, a desaprobar la conclusión del Tribunal en el sentido de que si bien el ejemplar de la convención colectiva de trabajo se presumía auténtico según las voces del artículo 54A del C.P.T. y de la S.S., no tenía ningún valor probatorio por carecer de certificación, constancia o sello sobre el depósito de la misma ante la autoridad administrativa del trabajo, en tanto que, tal presunción, por el contrario, supone el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales, presunción que por ser legal admite prueba en contrario y como ello no aconteció, debe tenerse dicho documento como idóneo desde el punto de vista del derecho probatorio".*
>
> *"Desde esa óptica, debe tenerse muy en cuenta, que el Tribunal distinguió dos situaciones frente a la convención colectiva de trabajo, una, la presunción de autenticidad en los términos del artículo 54A acusado y, otra, la relacionada con la ausencia de prueba del depósito del acuerdo colectivo de marras".*
>
> *"Respecto de lo primero, esto es, la aportación de la convención colectiva en copia simple, efectivamente el legislador a través del artículo 54A del C.P.T. y de la S. S. le imprimió la presunción de autenticidad, lo cual en los términos del artículo 252 del C. de P.C., hace referencia a la ausencia de duda acerca de la persona o personas que han elaborado el documento, lo han manuscrito o lo han firmado".*
>
> *"Sin embargo, en tratándose de convenciones colectivas de trabajo, no obstante ellas gozar de la presunción de autenticidad, es necesario acreditar la prueba de que fue depositada ante la autoridad administrativa del trabajo por así exigirlo el artículo 469 del CST., lo cual es apenas lógico si se tiene en cuenta que este acuerdo colectivo es fuente generador de derechos y como tal la ley exige que el mismo deba ser puesto bajo custodia de la autoridad mencionada para que pueda producir efectos legales y ser oponible a terceros, pues de lo contrario, "la convención no produce ningún efecto".*
>
> *"Sobre el particular, la Corte en sentencia 16835 del 14 de diciembre de 2001, dijo:*
>
> *'No obstante lo anterior, estima la Sala pertinente precisar algunos criterios, a guisa de corrección doctrinaria, en torno a la eficacia probatoria de las fotocopias simples de la Convención Colectiva del Trabajo. En esta dirección cabe recordar que en sentencia del 16 de mayo de 2001 (expediente 15120, esta Corporación sostuvo:*
>
> *'Y como consecuencia de ello ha entendido, reiterada y pacíficamente la jurisprudencia, que al ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya*

en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando su texto auténtico, así como el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo'.

'A juicio de la Corporación, en lo que atañe con la aducción de la convención colectiva de trabajo al proceso y la demostración de su depósito en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, comprendida la trascendencia de tal tipo contractual en las relaciones entre trabajadores y empleadores, - que es lo que explica la solemnidad que trae el artículo 469 del CST -, la vigencia de la formalidad de la autenticación del documento respectivo que informe sobre esos actos está plenamente ameritada, visto el impacto que sobre la seguridad jurídica de los contratos en los que incide, tiene la certeza de que el instrumento convencional, no solo existe en la realidad material, sino que tiene efectos en derecho, como lo ha reconocido la jurisprudencia'.

'De modo, pues, que el carácter de solemne que tiene la convención colectiva de trabajo, impone que al documento que la contiene no se le puede aplicar la tesis genérica según la cual es probatoriamente válida su aportación al proceso laboral en fotocopia o copia simple, como acontece en el caso, ya que permitirlo implica la vulneración del artículo 61 del código procesal del trabajo que al consagrar la libre formación del convencimiento por parte del fallador expresa: 'El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas, y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinado solemnidad ad substanciam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio(...)'.

'Pese a la tesis precedente, estima la Corte que, sin ignorar la solemnidad que a la Convención Colectiva de Trabajo le atribuye el artículo 469 del CST, se debe morigerar de alguna manera el rigorismo que se venía ejerciendo frente a la aducción de esta prueba en fotocopia o copia simple, pues el ánimo del legislador al regular este aspecto, a través de la expedición de la Ley 446 de 1998, y con ella los artículos 10 y 11, no fue otro que el de mejorar e impartirle mayor celeridad a los procedimientos, incluido, obviamente el del trabajo'.

'De modo que la Sala, para rectificar la anterior posición, considera necesario armonizar lo previsto por el artículo 469 del CST, con el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, precepto último que al reglar sobre la autenticidad de documentos dispuso que: 'En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros'.

'El texto anterior involucra dos conceptos distintos para darle connotación probatoria a un documento privado, uno la autenticación, y el otro, la presentación personal, con lo cual modificó expresamente, en primer lugar, el artículo 279 del CPC, en cuanto éste sólo le daba al documento privado igual valor que al documento público si estaba autenticado, y al desprovisto de autenticidad le concedía el mérito de prueba sumaria, si había sido suscrito ante dos testigos'.

'Pero esta innovación legislativa no solo reformó el citado artículo 279 del CPC, sino que también lo hizo respecto del 254 Ibídem, pues le dio pleno valor a las copias, porque debe entenderse que un documento privado desprovisto de autenticación y de presentación personal, puede estar contenido en una copia o en una fotocopia simple'.

'En ese orden, se impone afirmar que no hay razón para que dicho criterio no se le aplique a la convención colectiva de trabajo, si se aporta a un proceso en copia o fotocopia simple, con la aspiración de servir de prueba, siempre y cuando, obviamente, contenga la constancia o el sello de haberse depositado en el Ministerio de Trabajo dentro del término de los 15 días siguientes a su firma, previsto en el artículo 469 del CST'.

'De esta suerte, en obedecimiento a lo consagrado actualmente por el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, si la convención colectiva agregada en copia o fotocopia simple contiene el sello que de fe del depósito oportuno o una certificación en tal sentido, tiene pleno valor probatorio lo contenido en ella. De la misma manera se tendrán por cumplidos los ritos de solemnidad a saber: que se celebró por escrito, que se extendió en un número de ejemplares igual al de las

No obstante, como quiera que en su momento la ETB aceptó en la contestación de la demanda el fundamento de derecho invocado por el extremo actor, esto es, el citado artículo convencional como se lee en la respuesta al hecho 6 (fl. 63)[3], se procederá al estudio de las pretensiones anheladas, advirtiendo la disposición cuya aplicación reclama el extremo actor es el artículo 23 de la Recopilación de Convenciones Colectivas la cual se imprimió para mayor claridad y obra a folios 87 a 107.

Pues bien, el artículo 23 enunciado, visible a folio 91 vuelto, señala:

> *"**23a. QUINQUENIOS***
>
> ***a) PAGO PROPORCIONAL***
>
> *Además de lo pactado en Convenciones anteriores, la Empresa pagará al personal técnico que haya cumplido el primer quinquenio, el valor de los siguientes quinquenios en forma proporcional por meses trabajados, en caso de retiro voluntario o fallecimiento.*

---

partes y que una copia más se depositó dentro del término legal en la oficina del Ministerio de Trabajo'.

'Por consiguiente, trasladadas las reflexiones anteriores al asunto del que se ocupa la Sala, queda evidenciada aún más la equivocación del sentenciador de segundo grado, pues de acuerdo con lo que se acaba de señalar si la fotocopia simple de una convención colectiva en la que aparezca la nota de su depósito oportuno tiene plena eficacia probatoria si es aportada en la oportunidad y con las formalidades legales, con mayor razón la tiene la copia que se allegó al juicio, puesto que la misma aparece remitida por la Jefe de la División Trabajo Inspección y Vigilancia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Regional Cartagena, quien además al último folio firmó y estampó un sello, autenticando y dando fe de que correspondía al original, amén de que en la misma aparece un sello de depósito del 20 de enero de 1982, es decir, dentro del término de ley, pues fue firmada el 14 de los mismos mes y año'.

"No desatiende la Corte que el pronunciamiento anterior se hizo con anterioridad a la vigencia del artículo 24 de la Ley 712 de 2001, que modificó al 54A del C.P.T., y de la S.S., según el cual, las reproducciones simples de las convenciones colectivas de trabajo, entre otros documentos, se reputarán auténticas; sin embargo, ello no es motivo para modificar la doctrina expuesta en el fallo aludido, pues para la Sala es claro que esta disposición no reformó al artículo 469 del C.S. del T. que imprime el carácter de prueba solemne a la convención colectiva y exige que sea depositada oportunamente en el Ministerio de la Protección Social."

[3] *Radicación No. 30267 del 2 de septiembre del 2008 C.S.J, Sala de Casación Laboral. "El fundamento esencial de la decisión recurrida estribó en que, no obstante las partes así lo hubieren aceptado expresamente en la demanda y su contestación, no se podía establecer que la pensión de jubilación reconocida al actor era de origen convencional, porque al proceso no se aportó la convención colectiva que la consagrara, única prueba que era válida para demostrar tal hecho.*

De entrada se observa que el Tribunal incurrió en una aplicación indebida del artículo 469 del C. S. T. del trabajo, pues, no obstante haber observado expresamente que la pensión de jubilación convencional reconocida por la demandada al actor, no era objeto de discusión en el proceso, por cuanto la partes, al fijar los extremos de la litis en la demanda y su contestación, reconocieron tal hecho como cierto, exigió la prueba solemne de la convención, conforme a dicha norma, lo que, a todas luces, era innecesario, pues, como se dijo, tal derecho no se encontraba en discusión, de donde no era necesario entrar a demostrarlo, como erradamente lo exigió el ad quem".

b) INCIDENCIA

> *La Empresa continuará reconociendo, liquidando y pagando los quinquenios como se viene haciendo; es decir, se tendrán en cuenta en la liquidación de cesantía definitiva y deben computarse para obtener el promedio mensual de la pensión de jubilación."*

En este orden de ideas, lo primero que advierte esta Sala de decisión es que la citada norma convencional nada refiere sobre el pago del sexto quinquenio aquí reclamado, pues nótese que el literal a) del referido artículo 23 hace referencia al pago de la prestación "*en caso de retiro voluntario o fallecimiento"* y el literal b) indica que los quinquenios deben tenerse en cuenta para la liquidación de las cesantías y de la pensión de jubilación, por ende de esta norma nada puede extraerse frente a lo aquí reclamado.

Ahora, se tiene que la entidad demandada en el escrito de la contestación de la demanda y concretamente en el acápite de "*Hechos, fundamentos y razones del derecho de la defensa"* (fls. 63 a 65) hace un recuento histórico respecto a lo pactado convencionalmente frente a los quinquenios, transcribiendo apartes de las normas convencionales relacionadas con este punto[4], evidenciándose desde antes de la convención del año 1962 se pactó el pago de cuatro quinquenios y solo fue hasta el acuerdo colectivo de 1972-1973 donde se reconoció un quinto quinquenio (ver fl. 67), el cual se mantuvo en las convenciones 1974-1975, 1976-1978 y la Recopilación 1984-2012 (ver fl. 68), sin embargo de la lectura de estos apartes convencionales se puede establecer sin asomo de duda que tan solo se pactó el pago de cinco (5) quinquenios, ultimo que fue establecido en el acuerdo de 1972 -clausula vigésima- como se puede leer al final del folio 67.

No advirtiéndose de la redacción de tal normativa desde su vista gramatical, sistemática y teleológica que el querer de las partes fuera conceder quinquenios sin límite alguno a todos los trabajadores que continuaran 5 años en la compañía, sin que tal norma convencional merezca otra interpretación o análisis ya que no se torna absurda ni desproporcionada, como tampoco, se puede entender que se trata de una especie de norma "*en blanco*" que dé lugar a interpretaciones, pues se itera su redacción no es abstracta o imprecisa, por el contrario es clara en señalar el pago de hasta 5 quinquenios como máximo, recordándose las estipulaciones de las partes resultan válidas y por sobre todo eficaces.

[4] En Cd de folio 37 se adjuntan Convenios y Convenciones desde el año 1945 hasta el 2020.

Sobre el tema de la interpretación de normas convencionales la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4982, Radicado No. 48974 del 5 de abril del 2017, consideró:

> *"EL CARÁCTER NORMATIVO DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO*
>
> *Las convenciones colectivas de trabajo son el resultado del acuerdo mancomunado de la voluntad de las partes, a través del cual se pactan normas de las que derivan derechos y obligaciones para regular sus relaciones sociales durante la vigencia de los contratos de trabajo y, en algunos casos, después de su culminación -conforme ocurría antes de la enmienda constitucional de 2005-, (…).*
>
> *De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo, conclusión que también encuentra asidero en los Convenios 98 y 154 de la OIT, en los que se define el derecho de negociación colectiva como uno de los procedimientos voluntarios idóneos de reglamentación, a través de acuerdos colectivos. Así, lo ha sentado en múltiples oportunidades la doctrina de esta Sala, entre otras, en las sentencias SL9561-1997; SL15987, SL16556 y SL16944, todas de 2001, CSJ SL15605-2016, y más recientemente en sentencia CSJ SL4934-2017.*
>
> ***Entonces, como el contrato colectivo producto de la autonomía de la voluntad de las partes mediante el cual sus suscriptores dictan disposiciones que constituyen verdadero derecho objetivo con efectos vinculantes (…), sus contenidos rebasan las facultades del juez del trabajo a quien le está vedado desconocerlos****; (…)"* (Negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, se tiene entonces que dando una interpretación a la norma convencional aquí peticionada (art. 23 Recopilación Convenciones 1996-1997 fl. 91 vto) allí en manera alguna se hace referencia al reconocimiento y pago de quinquenios a los trabajadores que continúen labores con la ETB después de 25 años, así las cosas no hay lugar al reconocimiento solicitado pues, se itera, tan solo se pactó el pago máximo de cinco (5) quinquenios.

Razones por las cuales y sin más consideraciones, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

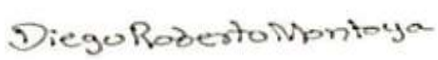
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

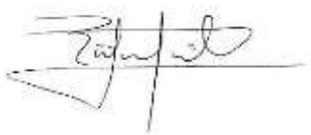
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las razones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante.

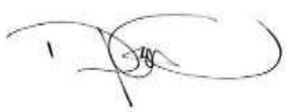
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

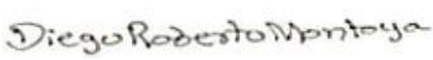


RAFAEL MORENO VARGAS
ACLARA VOTO



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MIGUEL ANGEL SEGURA CHAPETON CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 39 2019 00111 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada BELSY BAUTISTA FONSECA, como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes demandante y demandada, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de junio de 2020, en la que se resolvió (Record: 30:15):

> *"**PRIMERO: CONDENAR a** la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a pagar al señor MIGUEL ANGEL SEGURA CHAPETÓN el retroactivo de la pensión de invalidez que corresponde a las mesadas causadas desde el 24 de febrero de 2014 hasta el 30 de abril de 2018 con dos mesadas adicionales por año, retroactivo que equivale a la suma de $39.662.009,23 por haber prosperado el fenómeno de prescripción.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada a pagar las mesadas citadas en el numeral primero de manera indexada al momento del pago, tal como se explicó en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $1.586.480,37.*
>
> ***QUINTO: CONSULTESE** la presente decisión con el superior por resultar adversa a COLPENSIONES."*

Inconforme con la decisión, la apoderada de Colpensiones, interpuso recurso de apelación, aduciendo su representada dio cumplimiento a lo ordenado por el fallo de tutela proferido por el Juzgado 14 Penal del Circuito y confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá en la Sala Penal, dándose de esta forma el reconocimiento pensional por medio de la resolución SUB 117136 del 30 de abril del 2018 en aplicación a la condición más beneficiosa, manifestando que como quiera que en el momento en que se profirió el fallo de tutela no se presentó recurso de apelación por parte del demandante, resulta improcedente que al día de hoy se solicite un retroactivo, pues en su sentir operó el fenómeno de la cosa juzgada conforme lo dispone el artículo 303 del Código General del Proceso, por lo que aduce ya feneció la oportunidad de solicitar el reconocimiento de retroactivo pensional y su indemnización o demás emolumentos solicitados, reiterando que al quedar en firme la sentencia emitida el Juzgado 14 Penal del Circuito y por el Tribunal Superior, se estaría frente a una cosa juzgada y resulta improcedente que se efectúe el reconocimiento por la juez de instancia, por lo que solicita revocar la decisión y en su lugar absolver a su representada de las condenas impuestas, el retroactivo y de la indexación[1] (Record: 32:22)

[1] "Siendo la oportunidad pertinente presento recurso de apelación con el fin que sea conocido por el tribunal superior de Bogotá sala laboral como quiera que mi representada dio cumplimiento a lo ordenado por el fallo de tutela proferido por el juzgado 14 penal del circuito y confirmado dicho fallo por el tribunal superior de Bogotá en la sala penal, dando de esta forma reconocimiento por medio de la resolución SUB 117136 DEL 30 de abril del 2018 en el cual conforme lo dictaminó el fallo de tutela se efectúa reconocimiento de la pensión de invalidez al demandante dando aplicación a la condición más beneficiosa, atendiendo como ya se manifestó al estudio que se realizó en su debida oportunidad el juzgador de tutela y atendiendo lo dispuesto por el decreto 758 de 1990 en el cual se disponen los requisitos para la pensión de invalidez y como quiera que en el momento en que se efectuó el fallo de tutela no se presentó recurso de apelación por parte de la demandante, resulta improcedente que al día de hoy sigan habiéndose efectuada la cosa juzgada conforme lo dispone el artículo 303 del código general del proceso en el cual señala que la sentencia ejecutoriada y

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor MIGUEL ANGEL SEGURA CHAPETON, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda[2]; las cuales giran en torno a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir de su estructuración, esto es, desde el 19 de abril del 2008 y hasta el 31 de marzo del 2018, la indexación sobre el retroactivo y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones,** por cuanto se condenó a la demandada al pago del retroactivo correspondiente a las mesadas causadas entre el 24 de febrero del 2014 y el 30 de abril de 2018, debidamente indexadas, tras considerar, que la sentencia de tutela mediante la cual se otorgó el reconocimiento de la pensión de invalidez en favor del demandante, no estableció la fecha desde la cual se debía conceder la prestación por lo que era procedente su estudio ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, de igual forma, indicó que operó de manera parcial la excepción de prescripción pues el derecho se hizo exigible el día en que calificaron al actor, solicitando la prestación solo hasta el 24 de febrero del 2017 cuando ya habían transcurridos los tres años de que trata el artículo 151 del C.P.L., por lo que las causadas en los 3 años anteriores a le fecha de reclamación se encontraban prescritas.

Pues bien, dado que el presente proceso arriba a esta corporación además del recurso de apelación interpuesto por la encartada en virtud del grado jurisdiccional de consulta, la sala abordara el estudio de los puntos objeto de censura y las condenas impuestas a Colpensiones.

---

proferida dentro de un proceso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el mismo verse sobre el mismo objeto, sobre la misma causa y tenga identidad de partes.

Por tanto, como quiera que ya se feneció la oportunidad de solicitar el reconocimiento de retroactivo pensional y su indemnización o demás emolumentos solicitados por el demandante ya que la oportunidad para haber reclamado dichos fue el momento en que se profirió el fallo de la tutela sin que se hubiera hecho uso de los recurso de ley que correspondían en su debida oportunidad, por tanto, al quedar en firme la sentencia emitida por el juzgado 14 penal del circuito y por el tribunal superior sala laboral (sic), estaríamos frente a una cosa juzgada y resulta improcedente que se efectúe el reconocimiento por la juez de instancia, por y tanto ruego a los honorable magistrados revocar la decisión y en su lugar absolver a mi representada de las condenas impuestas, el retroactivo y de la indexación, como lo emitió en esta oportunidad. De esta manera dejo plasmado mi recurso."

[2] El cual se encuentra en el expediente digital.

Así las cosas, previo a resolver, es menester precisar, no es objeto de controversia en esta instancia, la calidad de pensionado ostentada por el actor, conforme se constata con la copia de la resolución SUB 117136 del 30 de Abril del 2018, donde se reconoció el derecho pensional en cumplimiento de una orden judicial proferida en acción de tutela, en virtud de la cual, se otorgó el derecho pensional a partir del 1° de mayo del 2018 en cuantía inicial de $781.242.

Conforme lo anterior, es menester precisar, tampoco se controvierte en esta instancia, la normatividad aplicable a la situación pensional del actor, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto la misma fue definida por el Juez 14 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, al resolver una acción de tutela interpuesta por el actor contra Colpensiones, y en la que en sentencia del 27 de febrero de 2018 dispuso:

> ***PRIMERO: CONCEDER*** *el amparo del derecho fundamental al debido proceso administrativo y seguridad social, dentro de la acción de tutela promovida por* ***Miguel Ángel Segura Chapetón (C.C.19.312.231)****, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a resolver de fondo mediante acto administrativo la solicitud radicada el 22 de febrero del 2017, por el señor Miguel Ángel Segura Chapetón de reconocimiento de pensión de invalidez en virtud a la aplicación del principio de favorabilidad o condición más beneficiosa respecto del Decreto 758 de 1990 conforme a los preceptos constitucionales decantados.*

Para adoptar la decisión anterior, el juez de tutela, aplicó el principio de favorabilidad y las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional frente a la condición más beneficiosa expuestas en las sentencias T-062 de 2011 y T-034 de 2016, en aras de que el derecho del actor se estudiara a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990,en ese orden, es menester precisar, la decisión adoptada por el juez constitucional, conforme el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia en cita, dispuso el reconocimiento del derecho pensional, sin precisar la fecha a partir de la cual sería otorgada la pensión.

Proveído que fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Penal en sentencia del 13 de abril del 2018.

Aunado a lo anterior, se advierte, en la sentencia de tutela en comento no se hace referencia alguna respecto de imponer la carga al accionante tendiente a poner el asunto a consideración del Juez natural[3], destacando la Sala en este aspecto, es el mismo juez constitucional quien impone el alcance de su decisión, y en ese orden iterando la ausencia de consideraciones frente a la provisionalidad de la decisión o que la misma estuviera condicionada al sometimiento de la justicia ordinaria, se tiene en consecuencia el reconocimiento definitivo de la pensión a favor del actor, conforme lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990[4], en tal sentido se puede verificar el pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia del 3 de agosto de 2010 dentro del radicado 37442[5].

Corolario de lo anterior la decisión del juez de tutela respecto de la normatividad aplicable para el reconocimiento pensional constituye cosa juzgada; ahora a juicio de esta Sala de decisión, en el caso de marras, resulta procedente el estudio del retroactivo pensional solicitado desde el libelo introductor, iterando que si bien el juez de tutela determinó la procedencia del derecho pensional y la disposición normativa aplicable para el caso, no ocurrió lo mismo con la fecha desde la cual

---

[3] Sentencia T-794 de 2012 11 de octubre de 2012.

"(…)En suma, la Sala comprende que el juzgado segundo Adjunto Laboral del circuito de Bucaramanga y la sala laboral del Tribunal superior del distrito de Bucaramanga violaron el debido proceso del actor toda vez que (i) estudiaron de fondo nuevamente, en las sentencias de marzo treinta y uno (31) de dos mil once(2011) y enero veintisiete(27) de dos mil doce (2012), el reconocimiento de la pensión de vejez del señor Nicolás Ávila Valencia, a pesar de que en sentencia de tutela ya se había reconocido definitivamente dicha prestación y dicha providencia había hecho tránsito a cosa juzgada. (ii) con ello vulneraron el derecho a la administración efectiva de justicia, en tanto desconocieron una orden proferida por un juez constitucional y legitimaron la actitud negligente del ISS frente al goce efectivo de un derecho reconocido judicialmente (…)

[4] Sentencia T- 794 de 2012 11 de octubre de 2012:

"(…) ahora bien si en la parte resolutiva del fallo no se menciona expresamente que el amparo es definitivo, en la parte considerativa se puede leer como se hizo explicito el carácter definitivo del amparo (…) aquí la sala considera pertinente aclarar que las ordenes de los jueces constitucionales deben ser interpretadas razonablemente de conformidad con la parte motiva de la sentencia y los postulados superiores (…) por ello no es de recibo para esta sala la interpretación del ISS conforme la cual, en los eventos en los que, a juicio de la administradora, el juez constitucional no haya aplicado o interpretado correctamente las normas pensionales vigentes, esta tiene la facultad de definir el alcance temporal del reconocimiento prestaciones. Así como tampoco acepta esta Corte el segundo argumento propuesto por el ISS, el cual sugiere que, cuando el juez constitucional no dice explícitamente en la parte resolutiva que el amparo es definitivo debe entenderse que es entonces transitorio, ***toda vez que una interpretación en tal sentido desconocería que la carga impuesta al tutelante de acudir a un proceso ordinario debe constar en la sentencia".*** (negrilla fuera del texto)

[5] *"(…) Esta sala de la corte sobre el particular tema propuesto por el recurrente, en diversos fallos, como en los del 3 de marzo de 2009 y 16 de febrero de 2010, radicados 33945 y 35534, respectivamente, ha puntualizado que las decisiones proferidas con carácter definitivo dentro de una acción de tutela, no son susceptibles de ser revisadas a través del procedimiento ordinario. Si el juez de tutela no preciso los efectos de su decisión (en forma transitoria o definitiva), era en ese momento (septiembre de 1999), cuando la entidad accionada debió utilizar los mecanismos procesales adecuados para que ello se hubiera clarificado; su inactividad no puede diferirse para que en proceso distinto, se fije el sentido de aquella decisión (…)"*

debía otorgarse el reconocimiento de la pensión, es decir que no se pronunció frente a la causación del derecho, lo que da viabilidad a su estudio bajo los parámetros definidos por el juez constitucional, sin que frente a este punto (retroactivo) se presente el fenómeno de la cosa juzgada como se alega en la apelación.

Establecido lo anterior, la Sala aborda el estudio de fondo del asunto traído a los estrados.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en el Decreto 758 de 1990, situación no debatida en esta instancia, por constituir cosa juzgada constitucional, resulta aplicable en autos el artículo 10 del citado Decreto, el cual dispone *"La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado."*

De conformidad con lo anterior, a juicio de la Sala, conforme al Dictamen No. 1998 de fecha 11 de abril del 2012 expedido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y aportado como prueba dentro de éste proceso, al señor SEGURA CHAPETÓN se le calificó una pérdida de capacidad laboral del 72.80% a partir del 19 de abril del 2008, por lo que a partir de ésta data resultaría procedente el reconocimiento pensional, destacando, en este punto, la orden impartida en la sentencia de tutela, se dirigió a que se otorgará la pensión en aplicación del Decreto 758 de 1990 y en ese orden se itera, no es procedente señalar la improcedencia del retroactivo pensional, argumentando la existencia de una cosa juzgada, pues como ya se explicó dicho aspecto no fue estudiado por el juez constitucional, en consecuencia, se confirma la decisión de primer grado en cuanto a que el demandante tiene derecho al reconocimiento del retroactivo de la pensión de invalidez.

En otro giro, en lo que atañe a la mesada 14, debe memorarse, por virtud de lo consagrado en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, *"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*"[6]. Sin

[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".*

embargo en la misma disposición normativa, se encuentra la excepción a la aplicación del inciso en cita, esto es el parágrafo 6° transitorio en el que se establece:

> *"Parágrafo transitorio 6º**.** 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".*

Al tenor de la norma en cita, es claro que el demandante tiene derecho a que se le reconozca la mesada adicional o mesada 14, por cuanto como ya indicó la causación del derecho se dio el 19 de abril del 2008 cuando se estructuró la perdida de su capacidad laboral y la mesada pensional corresponde al salario mínimo mensual legal vigente, en consecuencia se condenará a la encartada a reconocer y pagar la mesada 14.

Respecto a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la traída a juicio en la contestación de la demanda[7], se tiene que el derecho pensional se reconoció mediante resolución SUB 117136 del 30 de abril del 2018, solicitando el reconocimiento del retroactivo pensional el 7 de mayo del 2018 conforme se extrae del contenido de la Resolución SUB 152430 del 12 de junio del 2019 misma que negó el derecho reclamado, frente a la cual se interpuso recurso de apelación tal como se señala en el acto administrativo que lo resolvió –DIR 12820 del 11 de julio del 2018-, acudiendo a la jurisdicción el 26 de febrero del 2019 (ver acta de reparto) es decir que no transcurrió el termino trienal para la operancia del fenómeno prescriptivo, no obstante como la Juez a quo dispuso lo contrario, expresando que las mesadas causadas con antelación al 24 de febrero del 2014 se encontraban prescritas, tal determinación no se modificara pues el demandante no presentó inconformidad al respecto y este punto se estudia en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, por lo que no se le puede hacer más gravosa su situación.

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar la condena del retroactivo pensional, el cual se calcula del 24 de febrero del 2014 al 30 de abril del 2018 (mes anterior a la fecha de ingreso a nómina de la pensión de invalidez), teniendo en cuenta 14 mesadas al año, cada una equivalente al salario mínimo mensual

---

[7] Admitida por el despacho mediante auto del 31 de enero del 2020.

legal vigente, y una vez efectuados las operaciones aritméticas correspondientes, se tiene que el retroactivo pensional asciende a la suma de **$39.661.995,33**[8], esto es, un valor levemente inferior[9] que el obtenido por el Juzgado de primer grado que fue de $39.662.009,33, razón por la cual la condena a COLPENSIONES se ajusta al valor que se obtuvo en esta instancia y por ende se modificara en este punto la sentencia de primer grado, en virtud de la Consulta que se surte en favor de la accionada.

Por otro lado, en lo que hace a la condena al pago de indexación del retroactivo adeudado por mesadas pensionales, a juicio de la Sala, ésta es completamente procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, dado que el retroactivo de las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso (24/02/2014 a 30/04/2018), se hizo efectivo a partir del 24 de febrero del 2014, el cual no ha sido pagado, entre la fecha de su disfrute y la de su pago,

8

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
24/02/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 616.000,00*	*12,23*	*$ 7.535.733*
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 644.350,00*	*14,00*	*$ 9.020.900*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 689.454,00*	*14,00*	*$ 9.652.356*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 737.717,00*	*14,00*	*$ 10.328.038*
01/01/18	***30/04/18***	*4,09%*	*$ 781.242,00*	*4,00*	*$ 3.124.968*
Total retroactivo				***$ 39.661.995,33***	

9 La diferencia es de catorce pesos ($14)

habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, conforme las motivaciones precedentes, se modificará el valor de la condena por retroactivo adeudado y se confirma en lo demás la decisión de primera instancia.

COSTAS en apelación a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo apelado, en cuanto a que el valor del retroactivo adeudado al demandante por las mesadas causadas del 24 de febrero del 2014 al 30 de abril del 2018 asciende a la suma de **$39.661.995,33,** conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

TERCERO: COSTAS en apelación a cargo de la parte demandada.

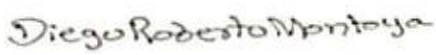
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

RAFAEL MORENO VARGAS **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MIRIAN RODRÍGUEZ GUZMÁN CONTRA EDIFICIO MARÍN PEREZ -PEMAR PH (RAD. 28 2018 00202 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 420 a 427 y 428 a 431), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 5 de septiembre de dos mil diecinueve (2019) (Cd a folio 416 récord 11:11, acta a folio 415), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción denominada conocimiento y convencimiento del demandante sobre la naturaleza civil de la relación por prestación de servicios, como administradora, propuesta por la pasiva.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada EDIFICIO MARÍN PÉREZ PROPIEDAD HORIZONTAL, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo introductor, todo conforme a las consideraciones dadas en antelación.*
>
> ***TERCERO:** las **COSTAS** de esta instancia estarán a cargo de la demandante, señalándose como agencias en derecho la suma de $300.000.*
>
> ***CUARTO:** en caso de no ser apelada la presente decisión de deberá surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, como quiera que le resultó totalmente adversa a los intereses de la demandante."*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación solicitando principalmente se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las aspiraciones que fundan el libelo genitor y aquellas que procedan en virtud de las facultades ultra y extra petita. En subsidio, se reduzca el valor de la condena en costas.

En primer lugar, dice, se declaró desvirtuada la subordinación, sin estarlo, presentándose una indebida valoración de las pruebas y de las normas aplicables al caso, cuando debió haber operado la presunción previstas en los artículos 24 y 21 del C.S.T.

Refiere, no se tuvieron en cuenta los principios de primacía de la realidad, irrenunciabilidad de los derechos mínimos y favorabilidad, contenidos en la Constitución Política, advirtiendo, las normas laborales son de obligatorio cumplimiento y tienen prevalencia sobre las "*presunciones que ni siquiera son legales"* y que tampoco constituyen costumbre que pueda ser reconocida como es que los administradores de una copropiedad solo se contraten por prestación de servicios de naturaleza civil, sin detenerse a analizar las particularidades del caso como las que se dieron en el asunto de marras, las cuales, a su juicio, dan certeza de la presencia de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo los cuales no se declararon probados, estándolo.

Frente a esto último, particularmente anota, la subordinación parte de una presunción legal y se pudo demostrar no solo la actividad personal sino también la remuneración que se efectuaba a título de "*sueldo*" lo que se corrobora con los recibos debidamente contabilizados y aprobados por el contador y la asamblea de accionistas, así como por el consejo de administración una vez fue creado, con los cuales también advierte demostrado el convencimiento de buena fe que tenía la actora que su relación estaba regida por un contrato de trabajo y del conocimiento que tenía su empleador de su percepción frente al vínculo.

Así mismo, señala, debía tener disponibilidad medio tiempo y cumplir un horario de dos horas semanales, para no asistir pedía permiso a la asamblea de copropietarios y al consejo de administración, solo salió una vez del país y pidió vacaciones las cuales fueron autorizadas por su empleadora, nunca cometió faltas disciplinarias, cumplió con sus obligaciones y aunque recibió llamados de atención

solo quedó registrado uno en el acta 001 de 23 de marzo de 2017, cuando se pretendió cambiar sus condiciones contractuales, desmejorando su situación laboral sin una justa causa para ello.

Por otra parte, indica, se declaró probado sin estarlo, la existencia de una relación de carácter civil, comercial, sin tener en cuenta "la voluntad inicial de las partes", pues nunca se manifestó que la relación estaría regida por un contrato de prestación de servicios.

Menciona, se declaró probado sin estarlo, la independencia y autonomía como administradora, aun cuando, en su criterio, se pudo probar que cada gasto, por mínimo que fuera, debía ser autorizado por los copropietarios o el consejo y no se tuvo en cuenta que la actora no tenía conocimientos, competencias o estudios profesionales para el cargo y que quienes realmente ejercían la administración eran los copropietarios, la asamblea y el consejo de administración, por lo que la actora solo obedecía las órdenes e instrucciones que estos le impartían, enfatizando, no podía disponer de los recursos ni aun en beneficio del edificio porque todo debía ser consultado y aprobado, a tal punto que revisaban hasta las cartas y gestiones que realizaba.

De otro lado, critica, no se hizo uso de la facultad ultra y extra petita, ni se consideró la mala fe de la demandada.

Por último, de confirmarse la sentencia, pide se reduzca la condena en costas debido al convencimiento que tenía de que su relación era de carácter laboral, quedando desprotegida por la administración de justicia[1] (Cd a folio 416 récord 12:08, acta a folio 415).

---

[1] "*Muy buenas tardes a todos los presentes, me permito interponer el recurso de apelación y sustentarlo en contra de la sentencia que acaba de proferir, al presentarse desacuerdo en los siguientes puntos y por las siguientes razones:*

Primero, se declaró desvirtuada la subordinación sin estarlo presentando con esto el Juez de primera instancia una indebida valoración de las pruebas y de las normas aplicables al caso que nos ocupa, donde claramente debió haber operado la presunción de la que trata el artículo 24 del CST, así como lo establecido en el artículo 21 de dicha norma.

Con lo anterior, también se observa que no se tuvo en cuenta, los principios constitucionales en los que se debía regir las relaciones laborales como son la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales, el principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 y demás principios contenidos en el artículo 25 y 13 de la Constitución Política.

Decisión refutable si se parte del hecho de que las normas laborales, al ser normas de orden público, son de obligatorio cumplimiento, por lo tanto, tienen prevalencia sobre presunciones que ni siquiera son legales y que tampoco constituyen costumbre que pueda ser jurídicamente reconocida como lo es que los administradores de una copropiedad solo se contraten por contrato de prestación de servicios o de naturaleza civil, sin tan siquiera analizar las particularidades de cada caso como las que se dieron en el presente caso, las cuales claramente dan fe que constituyeron los tres elementos esenciales de contrato de trabajo.

Segundo, no se declaró probados estándolos, los tres elementos esenciales del contrato de trabajo en especial, el de subordinación, subordinación que además de partir de una presunción legal, se puede inferir al analizar las pruebas, claramente, en el caso que nos ocupa se pudo demostrar no solo la actividad personal de mi representada la cual cabe resaltar fue reconocida en repetidas oportunidades por la parte demandada, sino que también, la remuneración que se le hacía a mi representada a título de sueldo y no de honorarios, como se manifestó en la sentencia, de lo que da fe, los recibos que eran debidamente contabilizados y aprobados no solo por el contador sino por la asamblea de accionistas (Sic), y posteriormente por el consejo de administración una vez fue creado., recibos que no solo demuestran que durante la relación laboral, mi representada estuvo convencida de buena fe, que se trataba de un contrato de trabajo, sino que demuestran que le dio a conocer a su empleador, la concepción que tenía a título de que recibía los dineros pagados, situación que nunca fue refutada por su momento por la asamblea o el consejo de administración o el contador, quien le rendía informe a estos primeros.

Como se pudo probar la demandante tenía primero que tener disponibilidad laboral por medio tiempo y cumplir un horario de dos horas semanales, realizando la labor mi representada en los términos convenidos y estipulados como se le contrato y como le fue indicado con posterioridad.

Al respecto mi representada manifestó en su interrogatorio de parte, como es apenas lógico, en una relación laboral, que solicitaba permiso a la asamblea de copropietarios y al consejo de administración para no asistir y poder reponer el tiempo después, si se le presentaba un asunto de fuerza mayor, situación que prácticamente no se presentó.
Aunado a lo anterior, solo una vez mi representada salió del país y pidió vacaciones las cuales, fueron autorizadas por el empleador, mi representada nunca cometió faltas disciplinarias, cumplió con sus deberes y obligaciones laborales a cabalidad, prueba de ello, es la cantidad de tiempo que duro laborando para la copropiedad que fueron nueve años. Pero se recibió llamados de atención verbales, prueba de la subordinación como quedo registrado en el acta 001 del 23 de marzo de 2017, aunque recibió más, pero nunca se dejó evidencia de ello. Como se puede ver mi representada.

Primero, antes de presentada la demanda, si reclamo el pago de sus derechos laborales, los cuales le fueron negadas en las dos oportunidades.

Segundo, se le termino el contrato de trabajo a pesar de que no cometer una falta y sin que se le respetara el debido proceso, por no acatar la orden, del 23 de marzo del 2017, quien pretendía cambiar sus condiciones contractuales, desmejorando su situación laboral, si tan siquiera, tener una justa causa para ello, o tener en cuenta su opinión a pesar de las consecuencias o la incidencia que tenía para ella eso.

Siendo la orden impartida el 23 de marzo de 2017, una simple excusa para dar por terminado su contrato porque ya se tenía dispuesto desde antes de iniciar la asamblea que no siguiera laborando para la copropiedad.

Con lo anterior, no se puede dejar a un lado, que el contrato de trabajo es eminentemente consensual y que mi representada presto personalmente la labor en los términos que se estipulo, y lo indico la asamblea de copropietarios, y posteriormente, cuando se creó el consejo de administración, acatando las instrucciones de la asamblea y el consejo de administración como representantes del empleador, desempeñando sus funciones en el tiempo, en el modo y en el lugar que señalaban.

Tercero, no se tuvieron en cuenta, las pruebas obrantes en el proceso tales como los recibos en los que aparece el concepto de pago "sueldo", y el acta 001 del 23 de mayo de 2017, dándosele una interpretación errada a esto. En la cual, se plasmó por parte de la copropiedad las horas que debía laborar de manera presencial en el edificio, sin contar de que no podía disponer de los dineros, como se manifiesta en la sentencia.

Cuarto, se declaró probado, sin estarlo, la existencia de una relación de tipo civil, la parte demandada, no aporto prueba alguna de la existencia de esta y además, la parte demandada no logro desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST, porque las pruebas recaudadas en este proceso, no se logra demostrar dicha situación.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LUZ MIRIAN RODRÍGUEZ GUZMÁN, las pretensiones visibles a folios 3 a 5 las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 6 a 11, aspirando de manera principal, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 2 de enero de 2009 y el 23 de marzo de 2017, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor aportes a pensión, salud y parafiscales, auxilio de transporte, dotaciones, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, causados durante la vigencia del vínculo laboral, así como la indemnización por no consignación de las cesantías y no pago oportuno de los intereses a las cesantías, la sanción moratoria prevista en

---

Por otro lado, un Juez de la Republica no puede dar por hecho la existencia de un contrato de tipo civil, comercial, sin tener en cuenta la voluntad inicial de las partes, en el caso que nos ocupa, al inicio de la relación, en ningún momento se manifestó que fuera a ser bajo un contrato de prestación de servicios, de manera que se desconoce, al declarar la existencia de otro tipo de relación, el elemento fundamental que surge en ese tipo de relaciones, que es la voluntad de las partes.

Quinto, se declaró probado sin estarlo que las actividades realizadas entre el consejo de administración y la asamblea de copropietarios correspondía a la simple y necesaria coordinación, ya que la supuesta y simple coordinación era realmente ordenes propias de la subordinación, las cuales, son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación, la cual, no era indispensable para desarrollar la labor contratada.

Sexto, declarando probado sin estar la independencia de autonomía como administradora, se pudo probar que en el caso objeto de estudio mi representada no tenía autonomía e independencia, cada gasto lo tenía que autorizar cuando mínimo fuera de los copropietarios, del consejo, en fin. También se prueba que no tenía autonomía e independencia, primero, al no tener los conocimientos, competencias y estudios profesionales para ello, segundo, porque los que realmente ejercían la administración de la copropiedad, en la realidad era la asamblea y el consejo de administración, ella simplemente obedecía a ordenes e instrucciones que estos organismos representantes del empleador le impartían, o sea, no hacía nada a voluntad propia.

Contrario a lo que se manifestó, si se pudo demostrar que mi representada no podía disponer de los recursos para el propio bendecido del edificio porque todos los gastos hasta los más mínimos debían ser consultados y aprobados por la asamblea de copropietarios y el consejo, a tal punto que le revisaban hasta las cartas y todas las gestiones que realizaba.

Séptimo, no se hizo uso de la facultad ultra y extra petita que se solicitó, contenida en el artículo 50 del CPT y la SS, tampoco se tuvo en cuenta la mala fe que se tuvo por parte de los demandados.

Como último, en caso de que se confiera sentencia reafirmando la de primera instancia señores Magistrados, solicito se reduzca la condena en costas, teniendo en cuenta, el convencimiento que tenía mi representada de que estaba en una relación laboral y en la cual quedo en este momento desprotegida por la administración de justicia.
Por los argumentos antes expuestos, solicito Honorables Magistrados, que revoquen la sentencia de primera instancia, y en su lugar, declaren que el contrato realidad era el contrato de trabajo y como consecuencia de ello, se condene a la parte demandada al pago de las prestaciones contenidas en la demanda, y las demás pretensiones que con relación a la facultad ultra y extra petita sean procedentes. Muchas gracias."

el artículo 65 del C.S.T, la indemnización por despido sin justa, la indexación y demás derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró probada la excepción denominada "*conocimiento y convencimiento del demandante sobre la naturaleza civil de la relación por prestación de servicios como administradora"* formulada por la llamada a juicio, absolviendo a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra por la actora, tras considerar, aunque no se discutió la prestación personal del servicio, lo que daba lugar a la aplicación de la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T., esta había sido desvirtuada por la pasiva al demostrar que no existió el elemento subordinación que caracteriza los contratos de trabajo, dada la independencia de la demandante en la ejecución de la actividad para la cual fue contratada.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la demandante, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

En los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si la relación que existió entre la señora LUZ MIRIAN RODRÍGUEZ GUZMAN y EDIFICIO MARÍN PAREZ – PEMAR PH, estuvo regida por un contrato de trabajo, como lo aduce la parte demandante, o si por el contrario, no lo estuvo, aspecto que pasará a dilucidarse, debiendo en todo caso recordarse, lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Así las cosas, para continuar con el estudio que se propone ante ésta Corporación, debe advertirse, la Juez *a quo* encontró acreditada la prestación

personal del servicio por parte del actor como uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, circunstancia que no fue objeto de apelación, y que, en todo caso, fue admitido por la encartada al contestar la demanda, puntualmente, en los hechos y razones de la defensa (folio 299); en esa dirección, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí en contienda, correspondiendo por tanto a la parte demandada desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[2].

Pues bien, procede la Sala entonces con el estudio del acervo probatorio vertido en autos, a efectos de determinar conforme a la presunción legal de que trata el artículo 24 del C.S.T., si se corrobora en la relación vivida entre las partes la mediación de la subordinación en virtud de la presunción citada o si por lo contrario se desvanece.

A folio 28, se allega certificación expedida por la Alcaldía Local de Usaquén, en la que consta que "*mediante acta de ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, celebrada el 24 de octubre de 2009, se NOMBRÓ como Administrador(a) y Representante Legal del EDIFICIO MARIN PEREZ- Propiedad Horizontal, a LUZ MIRIAN RODRÍGUEZ GUZMÁN identificado con la cédula de ciudadanía 39,704,095".* Igualmente, obra certificación expedida el 21 de abril de 2014 por el consejo de administración de PEMAR PH (folio 29), en la que se ratifica el nombramiento de la actora como administradora de dicho edificio conforme la decisión tomada por unanimidad en la asamblea general del 13 de marzo de 2014.

Adicionalmente, se tiene que, al absolver el interrogatorio de parte, la demandante[3] refirió que fue contactada por GUSTAVO MARÍN, persona con la que ha trabajado por mucho tiempo y fue dueño de un apartamento en el edificio demandado, quien le sugirió ser la administradora de la propiedad horizontal,

---

[2] *"El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).*

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

[3] Cd folio 344, récord 23:22.

siendo elegida el 2 de enero de 2009 por la asamblea de propietarios, bajo la convicción que era un contrato de trabajo y sin la firma de ningún documento. Dice, dentro de sus funciones estaban la de recolectar los dineros provenientes de la administración de los 7 propietarios, efectuar el pago de servicios públicos y pagar los salarios y prestaciones de la persona de servicios generales, incluso los propios, además debía estar pendiente de lo que pasara en el edificio.

Refirió, con posterioridad a su ingreso se constituyó el consejo de propietarios, quienes crearon una cuenta bancaria, por lo que una vez al mes iba al banco a retirar el dinero para realizar los pagos, y acordó ir todos los jueves por dos horas presenciales. Cuando se le indagó por parte del Despacho que ocurría si no iba, esta contestó que eso casi nunca pasó pero si no podía ir procuraba compensar el tiempo a la semana siguiente pero nunca le dijeron nada por eso, de hecho, indicó que nunca tuvo llamados de atención, pese a ello, también advirtió que no tenía autonomía porque todo lo tenían que autorizar el consejo de propietarios. También, frente al cuestionársele el por qué, siendo ella la encargada de pagar salarios y prestaciones a los trabajadores porque no efectuó sus propios pagos si estaba convencida que era empleada de la demandada, a lo que refirió que nunca le autorizaron; sin embargo, cuando se le preguntó si había pedido dicha autorización dijo que no. Precisó que era obligatorio ir las dos horas el jueves, pero ella organizaba su tiempo si era necesario decidía a qué hora iba.

Comentó, nunca tuvo vacaciones, pero pidió permiso para ausentarse dos semanas lapso en el que no hubo inconvenientes, también que desde hace 35 años trabaja con GUSTAVO MARÍN mediante contrato de trabajo a término indefinido.

Igualmente, se recepcionaron los testimonios de GUSTAVO MARÍN RAMIREZ[4] y JAIRO MURILLO DÍAZ[5]. El primero, señaló que es dueño del apartamento 401 dentro de la propiedad horizontal convocada y que conoce a la demandante porque es su empleador y en razón que es cuñada de su esposa, además, fue quien sugirió a la señora LUZ MIRIAN para ser la administradora del edificio. Ilustró que a la demandante se le cancelaban doscientos mil por ayudar en el edificio, recibir los dineros de la administración y efectuar los pagos. Refirió que todos los gastos debían ser comunicados a los copropietarios, que no hubo

[4] Cd folio 344, récord 37:58.
[5] Cd folio 344, récord 46:24.

contrato de prestación de servicios. Mencionó la demandante debía ir dos horas a la semana y que por un acuerdo se estableció que fueran los jueves.

A su turno JAIRO MURILLO DÍAZ, cónyuge de la actora, dice que le consta que LUZ MIRIAN laboraba todos los jueves dos horas y que estaba el resto del tiempo disponible para el edificio, lo que le consta por ser su esposo y porque frecuentemente la llevaba hasta el edificio, que inicialmente la demandante se encargaba de recibir la administración y pagar recibos y ya luego fue todo lo demás. Mencionó que el horario lo pactaron en el edifico por disponibilidad de ella y por parte de los habitantes de la propiedad horizontal. Dijo que no hubo llamados de atención ni sanciones.

Es menester precisar, las manifestaciones de los testigos ofrecen poco convencimiento en su totalidad porque afirmaron ser cuñado-empleador y cónyuge, respectivamente, de la demandante, lo que exige que su versión sea analizada con mayor rigurosidad, advirtiendo que se evidencia en su dicho el ánimo de favorecer a la actora al referir, el primero, que no existió un contrato de prestación de servicios, y el segundo, al señalar que aunque presencialmente iba los jueves por dos horas al edificio, esta estaba disponible todo el tiempo, cuando, como la misma demandante lo advirtió tenía otras obligaciones de carácter laboral. A lo anterior se suma que GUSTAVO MARÍN RAMIREZ y JAIRO MURILLO DÍAZ -testigos- rindieron declaración extra juicio ante la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá que reposa en las diligencias a folios 34 y 35, y lo que allí se consigna es una copia exacta de los hechos de la demanda (folios 6 a 10), que provocan que al valorar tales medios de prueba se exhiban mayores dudas de los relatos rendidos ante la Juez de primer grado, razón por la cual las manifestaciones consignadas en las declaraciones judiciales y extra judiciales de las personas anotadas no serán tenidas en cuenta por la Sala para generar convicción favorable a la actora.

De igual forma milita a folios 306 a 328, copia de los recibos de caja menor y comprobantes de egreso en los que constan, entre otros, los pagos realizados a la demandante por concepto de “servicios de administración”.

Reposa en el expediente copia del acta de asamblea de copropietarios y residentes del EDIFICIO MARIN PEREZ PEMAR PH realizada el 27 de marzo de 2017 (folios 346 a 349), en la que se consignó entre otras, lo siguiente:

> "*la señora Adriana Medina propietaria del apartamento 201, le solicita a la administradora, Mirian Rodríguez su colaboración para que durante el tiempo en el que se ejecute la obra en el edificio nos pueda acompañar más tiempo de las dos horas semanales, con fin de tener un mayor control en la ejecución del trabajo a realizar, a lo cual la señora administradora expresa que por tener otras obligaciones laborales le es imposible colaborar durante mayor tiempo"* (folio 349).

Ahora, con relación a las impresiones de comunicaciones remitidas por correo electrónico que militan a folios 66 a 240, a tales documentos no se le puede dar valor probatorio porque, aunque no fueron desconocidos ni tachados por la demanda si presentó objeción a la práctica de tal medio probatorio al contestar la demanda (folio 301) advirtiendo la falta de certeza de su procedencia u autenticidad y por no cumplir con los presupuestos de la Ley 527 de 1999. Así pues, aunque tales legajos pueden ser analizados como documentos cuya autenticidad se presume, lo cierto es que comparte la Sala lo prevenido por la demandada en el sentido de que no se tiene certeza del origen de dichos correos electrónicos, ni obra prueba siquiera sumaria que permita establecer con total convencimiento el origen y recepción de dichas comunicaciones y menos que los emisores y receptores, actuaran en representación de la encartada o que se trataran de los propietarios y/o miembros del consejo de administración de la propiedad horizontal llamada a juicio, por lo que no pueden ser tomados como plena prueba de las supuestas órdenes impartidas por los copropietarios y miembros del consejo de propietarios a la demandante. Al tema puede consultarse la sala de Casación Civil en sentencia de 16 de diciembre de 2010 Radicado No. 11001311000520040107401.

De la prueba mencionada y particularmente del interrogatorio vertido por la demandante, se tiene que la presunción legal que de la prestación personal emana, fue desvanecida por la traída a juicio, pues con las pruebas del proceso se puede establecer con claridad que la relación vivida entre las partes no estuvo regida por un contrato de índole laboral, en tanto en las actividades desarrolladas como administradora, no se evidenció la mediación de subordinación, por el contrario se demostró por parte de la accionada que las funciones desarrolladas por la actora se ejecutaron con plena autonomía.

Nótese, en el caso bajo estudio la demandante era libre de determinar si prestaba o no el servicio, sin que por ello obtuviera consecuencias adversas o fuera objeto

de sanción o reproche por parte de la convocada a juicio; además, tenía plena libertad de organizar sus tiempos y horarios para acudir a la propiedad horizontal.

Debe precisar la Sala, aunque la demandante concurría al edificio todos los jueves por dos horas, este horario no fue producto de una imposición del consejo de administración sino de un consenso entre las partes según lo refirió la demandante, lapso que se acordó conforme la disponibilidad que esta informó dados los otros compromisos laborales que tenía, según se acreditó. En todo caso, no debe perderse de vista que, tal como ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia, la prestación del servicio dentro de un horario determinado no implica por si solo el elemento de subordinación:

> *"Lo anterior es suficiente para desestimar este cargo en la medida en que el fallo recurrido descartó la subordinación, pero aún admitiendo que además de los soportes fácticos antedichos, la sentencia acusada también encuentra sustento en el razonamiento de que los horarios y la realización de trabajos en las instalaciones de la empresa no significan per se el establecimiento de una dependencia y subordinación, considera la Corte que aún tomando este último aserto como jurídico, tiene razón el tribunal al emitirlo porque ciertamente la subordinación típica de la relación de trabajo no se configura automáticamente por el hecho de que desde el inicio o en un determinado momento del vínculo jurídico convengan los contratantes un horario de prestación de servicios y la realización de éstos dentro de las instalaciones del beneficiario de los mismos, puesto que si bien algunas veces ello puede ser indicio de subordinación laboral, tales estipulaciones no son exóticas ni extrañas a negocios jurídicos diferentes a los del trabajo, y en especial a ciertos contratos civiles de prestación de servicios o de obra en los que es razonable una previsión de esa naturaleza para el buen suceso de lo convenido, sin que por ello se despoje necesariamente el contratista de su independencia. Además, conviene reiterar que en orden a esclarecer la subordinación, a menos que se pacte ella expresamente por las partes, es menester analizar el conjunto de factores determinantes del núcleo de la vinculación jurídica, y no aisladamente algunos de sus elementos, porque es precisamente ese contexto el que permite detectar tanto la real voluntad de los contratantes como la primacía de la realidad sobre las formalidades"* [6].

Ahora bien, si bien es cierto la encartada daba directrices y se generaba un control de la actividad, ello por sí solo no puede corroborar una subordinación como elemento constitutivo de un contrato de trabajo, dado que el hecho de tratarse de un vínculo distinto al laboral, no implica que la contratante quede vedada de guiar o dar pautas o supervisar la ejecución del mismo, pues como en el caso de autos, lo que se hacía era un seguimiento o control en la realización del servicio, más no un poder subordinante de la encartada a la demandante, máxime teniendo en

6 Corte Suprema De Justicia Sala de Casación Laboral Magistrado Ponente José Roberto Herrera Vergara, Radicación No.15678, Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil uno (2001).

cuenta la naturaleza de la labor, cuyas funciones de hecho se encuentran reguladas en la Ley 675 de 2001 (artículo 51). En esos términos se ha entendido desde vieja data por la jurisprudencia, que a pesar de la existencia de un contrato civil o comercial es posible que se den instrucciones o se vigile la ejecución del mismo (Sala de casación Laboral, sentencia del 6 de septiembre de 2001, radicado 16062.)

Así las cosas, sin perjuicio de que efectivamente pueda presentarse la vinculación de un administrador de una propiedad horizontal a través de un contrato de índole laboral, acorde a las reglas de la experiencia y la sana crítica, para ésta Sala de Decisión, en este particular caso no se acreditó dicha circunstancia, por cuanto la traída a juicio logró desvanecer la presunción del artículo 24 del C.S.T., pues conforme lo dicho, en la realidad lo que pudo existir fue una vinculación jurídica distinta, y en este orden de ideas, resultan suficientes las motivaciones expuestas para confirmar el fallo de primer grado en este punto.

Finalmente, en lo que atañe a la condena en costas procesales, se advierte que la discusión sobre el valor de este concepto se debe hacer en la etapa procesal correspondiente como lo señala el artículo 366 del C.G.P, no siendo éste el momento para pronunciarse sobre su eventual cuantía. En todo caso, según la disposición enunciada la condena en costas procede contra la parte vencida en juicio, siendo en este caso precisamente la convocante del litigio, y, en esa medida, procede la confirmación de la sentencia de primer grado en este punto.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los puntos objeto de apelación y conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA TERESA TAMAYO HERRERA CONTRA ROSA DEL CARMEN MEDINA MEDINA (RAD. 27 2018 00446 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y como quiera que no se presentaron alegatos de instancia por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, advirtiendo, aunque la demandante allegó escrito el pasado 12 de julio de 2020 (folios 92 y 93), el mismo no será tenido en cuenta por la Sala por no haberse presentado a través del apoderado judicial.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de enero de 2020 (Cd. fl. 87, record: 01:06:18, acta a folio 86 y vto.), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda formuladas por la señora MARÍA TERESA TAMAYO HERRERA y en consecuencia ASBSOLVER de las mismas a la señora ROSA DEL CARMEN MEDINA MEDINA conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia del contrato laboral y cobro de lo no debido formuladas por la demandada conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en COSTAS a la demandante en la suma de $700.000 como agencias en derecho. CUARTO: SIN CONDENA en COSTAS."*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el Grado Jurisdiccional de CONSULTA en favor la demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA TERESA TAMAYO HERRERA las pretensiones visibles a folio 50, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 49 y 50, encaminadas de manera principal a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de abril de 2011 el cual se encuentra vigente, por el cual ejecutó labores como cuidadora del adulto mayor GABRIEL MEDINA MARTÍNEZ y del inmueble donde trabaja, devengando un salario mínimo legal mensual vigente. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor los salarios dejados de cancelar, las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios y aportes a seguridad social en salud y pensión, causados durante la vigencia de la relación laboral, junto con la sanción moratoria, la indexación y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable**, por cuanto, se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que no se logró demostrar la existencia un contrato de trabajo entre las partes, particularmente dada la ausencia de prueba de la prestación personal del servicio a favor de la pasiva.

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales, y de allí se desprendan las garantías propias como el salario y prestaciones sociales.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre MARIA TERESA TAMAYO HERRERA como trabajadora y ROSA DEL CARMEN MEDINA MEDINA como empleadora, existió contrato de trabajo, vigente desde el 1 de abril de 2011, en la que la primera se

desempeña como cuidadora del progenitor de la última, advirtiendo, la juez de primera instancia no halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes.

Así pues, para continuarse con el estudio que se propone ante esta Corporación, es preciso analizar uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, la prestación personal del servicio; en esa dirección, corresponde en primer lugar definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada; sin embargo, en el caso bajo estudio, tenemos que una vez revisado el expediente se evidenció que no obra prueba alguna dentro del plenario que permita a esta Sala determinar que, tal como lo afirma la actora, entre las partes se configuró una relación laboral de la que pudiera derivarse el reconocimiento de las acreencias laborales pretendidas.

En ese orden, se tiene que con la demanda se incorporó copia de la cédula de ciudadanía de GABRIEL MEDINA MARTÍNEZ (folio 7); registro civil de defunción del referido señor (folio 8 y 10); copia del carné de la afiliación del señor MEDINA MARTINEZ a capital salud EPS (folio 9); citación a audiencia de conciliación extrajudicial promovida por GABRIEL MEDINA contra ROSA DEL CARMEN MEDINA (folio 11); certificación expedida por la Junta de Acción Comunal del Barrio la Fiscala Alta el 2 de marzo de 2017 (folio 25) en la que consta que la demandante vive en el barrio desde hace 6 años; copia de las órdenes de servicio de OXYMASTER S.A. (folios 20 a 24) que dan cuenta de la entrega de oxígeno a favor del señor GABRIEL MEDINA, suscritas como recibidas por la demandante; así como otros legajos atinentes a la situación jurídica del inmueble ubicado en la Cra. 4 ESTE # 64 -30 SUR (antes Cra. 5 C Bis Este 62-32 sur) (folios 26 a 40), copias incompleta de una audiencia en la Casa de Justicia de Usme por calumnia (folio 42 y vto.) y una noticia por el delito de fraude procesal (folio 43).

Las documentales reseñadas, no permiten establecer que la actora prestó sus servicios personales a favor de la encartada, ya que ni siquiera hacen referencia a ello, sino a situaciones ajenas al proceso.

Igual ocurre con la prueba documental traída a juicio por la demandada, pues corresponden, a la celebración de un contrato de arrendamiento de vivienda urbana entre las partes, especialmente "*una alcoba con baño y cocina compartida",* ubicada en la Cra. 4 E 64-30 sur, en la que TERESA TAMAYO funge como arrendataria y ROSA DEL CARMEN MEDINA como arrendadora (folio 75), y a la copia de la sentencia proferida por el Juzgado 24 Civil Municipal de Bogotá el 4 de mayo de 2018, dentro del proceso verbal de restitución inmueble con radicación 2017-01582 promovido por la aquí demandada contra la actora (folios 76 a 78), por la cual se declaró terminado el contrato de arrendamiento y se dispuso la restitución de lo arrendado.

Ahora, también se incorporó documento que reza: "*se recogen firmas de personas que tienen conocimiento que la Señora Maria Teresa Tamayo Herrera identificada con cedula de ciudadanía No. 52.125.681 de Bogotá D.C. lleva cuidando los últimos 7 años y de manera activa al señor Gabriel Medina Martínez identificado con cedula de ciudadanía No. 1.063.949 de Guataque Boyacá* (sic)*, desempeñándose como empleada interna y enfermera de domingo a domingo las 24 horas en la KR 5C BIS E 63 32 SUR Barrio Fiscala alta",* suscrito por 25 personas (folios 16 a 19), empero en el mismo nada se dice respecto a la posible prestación o contratación de los servicios de la convocante del juicio por parte de ROSA DEL CARMEN MEDINA MEDINA, nótese que incluso allí se indica que se desempeña como empleada interna y enfermera pero no se especifica a favor de quien.

Es importante mencionar, tampoco luce acreditada la prestación personal del servicio con los testimonios de JADY GINNETH VÁSQUEZ GALLO[1], PEDRO ALFONSO IMBACHÍ REYES[2], BELARMINA CANDELA DE MELENDEZ[3] y ALVARO JOSÉ MEDINA SALAMANCA[4], traídos a estrados, pues únicamente les consta que la señora MARIA TERESA TAMAYO residía en el mismo inmueble con GABRIEL MEDINA, pero no les consta directamente si fue contratada o no por la demandada para prestar servicios de cuidadora del aludido señor, las condiciones de tiempo, modo y lugar en la que se pudo haber

[1] Cd folio 87, audio 1, record 57:31.
[2] Cd folio 87, audio 1, record 1:11:49
[3] Cd folio 87, audio 2, record 01:20
[4] Cd folio 87, audio 2, record 24:30

presentado la misma. De hecho, los dos primeros, aunque ilustraron las funciones que desempeñaba la actora y el salario devengado e indicaron que fue ROSA DEL CARMEN MEDINA la que contrató los servicios de esta, luego precisaron que ello les consta porque la misma demandante se los comunicó de esa forma y directamente desconocen si en algún momento la demandada la requirió para cuidar a su progenitor, si hubo algún tipo de acuerdo o convenio entre estas, si se dio algún tipo de orden a la demandante para la ejecución de las actividades o si ROSA entregó a TERESA dineros a título de salarios.

De otro lado, aunque se absolvió el interrogatorio de parte por la demandada[5], ninguna confesión se obtuvo con relación a la prestación personal del servicio, pues esta se sostuvo en la tesis que conoce a la demandante porque le arrendó un espacio del inmueble donde también vivía su progenitor y en ningún momento la requirió para cuidarlo.

Con relación a las declaraciones extrajuicio que militan a folios 12 a 15 y 41, rendidas por PEDRO ALFONSO IMBACHI REYES, ALBA MARÍA PALACIOS, PRISCILIANO GALLO y JOSÉ DEL CARMEN VANEGAS, para la Sala tampoco resultan suficientes para demostrar este elemento de la relación laboral pues, aunque se menciona que "*María Teresa Tamayo se desempeñó inicialmente como empleada interna y al mismo tiempo enfermera del adulto mayor el señor Gabriel Medina"*, no se precisaron las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las mismas, ni se precisó la razón de la que deviene dicho conocimiento por parte de los declarantes, y en todo caso, los mismos no permiten entrever a favor de quién fue desempeñada esa labor.

Así las cosas, la afirmación de la demandante frente a la existencia de un contrato trabajo vigente entre desde el 1 de abril de 2011, no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, ni tan siquiera indiciaria, advirtiendo, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena contra la pasiva, tal y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

[5] Cd folio 87, audio 1 récord 07:13.

> *"No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo.* ***Esta presunción como las demás de su estirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado****. Este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado….* *".*

En consonancia con lo expuesto, es claro que la actora no cumplió con su carga probatoria, pues se itera, en autos ni siquiera pudo acreditarse la prestación personal del servicio en el lapso reclamado desde el libelo introductor siendo esta una falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la parte demandante, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"* lo que conlleva a la absolución de la traída a juicio.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta, como quiera que se arriba a la misma conclusión absolutoria hallada por la falladora de primer grado, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia consultada.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PEDRO JOSE ALDANA ROA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD. 27 2017 00219 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MONICA ESPERANZA TASCO MUÑOZ, como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias (fls. 91 y 99).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada (fls. 97 y 98), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de la sentencia proferida por la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de septiembre de 2019 (Cd fl. 85, record 11:25 acta a fls. 86 y 87) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda formulada por el señor PEDRO JOSE ALDANA ROA y ABSOLVER de las mismas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, por las razones expuestas en este proveído.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones de INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACION, COBRO DE LO NO DEBIDO e IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS formuladas por COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** al señor PEDRO JOSE ALDANA ROA, al pago de las costas del proceso en la suma de $800.000 como agencias en derecho.*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el Grado Jurisdiccional de CONSULTA en favor del demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos la parte demandante, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 6 y 7, **las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados a folios 2 a 6,** encaminadas a que se declare que tiene derecho a la pensión sanción establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 en concordancia con el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, en consecuencia se condene a su reconocimiento y pago a partir del 11 de septiembre de 1985 fecha en que cumplió los 50 años de edad, junto con los intereses moratorios conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, los servicios de salud y tratamientos médicos requeridos, derechos *ultra y extra petita,* costas y costos de la presente actuación. **Obteniendo sentencia** de primera instancia adversa a sus aspiraciones, por cuanto absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que el reconocimiento de la prestación solicitada no se encuentra en cabeza de la administradora colombiana de pensiones sino del empleador que afilio tardíamente al demandante al sistema de seguridad social en pensiones.

Así las cosas, asume la Sala el conocimiento de las diligencias en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor la parte actora, advirtiéndose en primer

lugar para establecer la disposición normativa aplicable para el estudio del reconocimiento de la pensión reclamada, debe tenerse en cuenta la fecha de desvinculación del actor con su antigua empleadora, criterio que ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la H. Corte Suprema de Justicia, como en sentencia SL7655-2017, radicación N° 53852, del 31 de mayo de 2017 donde en lo pertinente señaló:

> *"(…) La Sala ha desarrollado repetidamente la tesis de que la norma que debe aplicarse para el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación, es la que se encuentre vigente al momento del despido. Precisamente, en relación con el mismo fondo que hoy recurre la decisión del Ad quem, se han generado varias decisiones, por ejemplo, la SL6995-2015, radicado 56283, en la que se citaron varias anteriores en el mismo sentido, en la que dijo:* (resaltado por la Sala)
>
> > *Sobre este asunto, la Corte se ha pronunciado de manera reiterada, constante y uniforme, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 25 may. 2008, rad. 32933; CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 34974; CSJ SL, 14 nov. 2012. Rad. 45637 y CSJ SL, 14 ago.2012, rad. 41254 en las que se razonó:*
> >
> > *Reclama la pensión restringida de jubilación prevista por la Ley 171 de 1961, en concordancia con el Decreto 1848 de 1969. El ad quem estimó que, para la fecha del despido, la norma vigente era el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, respecto de la que, halló, que, el actor, de un lado, había laborado más de 20 años y, además, había estado afiliado al sistema de seguridad social en pensiones.*
> >
> > *Ahora bien, sobre el tema de la normatividad a aplicar en casos como el que ocupa su atención, la Corte ha expresado, en fallos como el de 21 de marzo de 2009, rad. 35034:*
> >
> > *Abordando el tema, y bajo esta órbita, empieza la Sala por advertir que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, consagró tanto para trabajadores oficiales como particulares la pensión proporcional de jubilación, en las modalidades de pensión sanción para cuando estos fueren despedidos sin justa causa con más de 10 años de servicio y menos de 20, continuos o discontinuos, y la pensión restringida, cuando se retiraren voluntariamente con más de 15 años y menos de 20 de servicio. Dicha normatividad fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, pero se mantuvo para los trabajadores oficiales, hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que nuevamente se refirió a ambos trabajadores, particular y oficial, ocupándose únicamente de la pensión sanción para los no afiliados al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa fueren despedidos con 10 años o más de servicios.*
> >
> > *(...)"*

De este modo como la terminación del vínculo acaeció en el año 1973 pues es la data que se consigna en la historia laboral aportada por la demandada (fl. 52) como de última cotización, en el caso de marras resultaría aplicable el contenido del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 el cual señala en lo pertinente:

> *"El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de esa ley,* ***tendrá derecho a que la empresa lo pensione*** *desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*
>
> *Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad". (Subrayado y negrilla de la Sala).*

No obstante advierte esta Corporación los sustentos facticos relatados por el actor relacionados con que laboró al servicio de la EMPRESA FABRICA DE MUEBLES ARTECTO S.A. desde el 1º de enero de 1958 hasta el 26 de abril de 1973, fecha en que presentó renuncia al cargo que venía desarrollando (hechos Nos. 1 y 9 fls. 2 y 3), no se encuentran probados dentro del presente asunto, pues si bien se aportaron a folios 26, 28 y 30 declaraciones extra proceso donde se corrobora lo expuesto por el actor en la demanda, lo cierto es que las mismas no tienen la virtud de acreditar el vínculo laboral alegado por el actor, pues ni tan siquiera se narran las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el mismo.

Aunado a lo anterior y si bien el señor ALDANA ROA **podría** reunir los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado, lo cierto es que primer lugar el reconocimiento de la prestación pensional se está solicitando ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- quien no se encuentra legitimada para ello, ya que conforme se lee de la norma aplicable a los autos, quien debe reconocer la pensión solicitada es el ex empleador del demandante, pues el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 dice textualmente "*tendrá derecho a que la empresa lo pensione"* entendiéndola como aquella en donde prestó sus servicios subordinados y en segundo lugar no fue llamada a juicio la sociedad FABRICA DE MUEBLES ARTECTO S.A. en aras de corroborar los dichos del accionante, esto es, si en verdad fue su trabajador, el periodo para el cual laboró y los motivos de la terminación del vínculo contractual.

Recuérdese que la pensión sanción como su nombre lo indica, es considerada como una sanción o penalización para el empleador que incumple con su obligación de afiliar a sus trabajadores a un fondo de pensión, o lo afilia pero lo hace extemporáneamente situación que hace imposible que el fondo de pensiones pueda cubrir el riesgo de vejez o muerte.

Nótese que en el presente asunto conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones a folios 52 y 53 la FABRICA DE MUEBLES ARTECTO S.A, afilió al promotor del litigio el 1° de enero de 1967 cotizándole un total de 329,71 semanas las cuales no lograron consolidar su derecho pensional en el régimen de prima media, tal como lo señaló en su momento el ISS a través de la Resolución No. 112334 del 14 de julio del 2011 (fls. 20 y 21)

Así las cosas, debe precisarse si lo que buscaba el actor era que se le tuviera en cuenta como cotizado el tiempo que laboró y no fue afiliado debió solicitar el respectivo pago del cálculo actuarial ante su ex empleador, para que el fondo de pensiones tenga en cuenta tal lapso y proceda nuevamente a verificar los requisitos de la pensión de vejez, sin embargo esto no fue lo pretendido en este litigio.

De modo que como la pensión sanción solicitada está a cargo de quien fue el empleador del demandante, no llamado a juicio dentro de ésta litis, se itera COLPENSIONES no puede ser condenada a su reconocimiento, razón por la cual resultan improcedentes las peticiones elevadas en este proceso.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

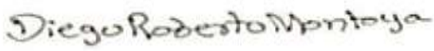
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

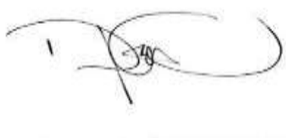
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DANIEL ANDRÉS PARDO CARRILLO CONTRA CODENSA S.A. E.S.P. (RAD. 27 2018 00327 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 227 a 234 y 235 a 237), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de agosto de 2019 (Cd fl. 218, record 01:09:38, acta a folio 219 y 220), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** nulo el despido del señor DANIEL ANDRES PARDO CARRILLO, efectuado por CODENSA S.A., EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, el día 4 de noviembre de 2016 por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior **CONDENAR** a CODENSA S.A. E.S.P., a reintegrar al trabajador DANIEL ANDRÉS PARDO CARRILLO, al cargo que ocupaba en el momento de despido o a uno igual o de superior jerarquía, y a pagar al demandante la totalidad de los salarios dejados de percibir desde el 4 de noviembre de 2016, hasta cuando se haga efectivo el reintegro, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a CODENSA S.A., EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, a liquidar y pagar las prestaciones sociales legales y extralegales y las*

> *vacaciones causadas a favor del señor DANIEL ANDRÉS PARDO CARRILLO, sin solución de continuidad, desde el 4 de noviembre de 2016, hasta el momento en que se efectúe el reintegro, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a CODENSA S.A., EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, a efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales a favor del señor DANIEL ANDRÉS PARDO CARRILLO, a través de las Administradoras del sistema a las que se encuentre afiliado desde el 4 de noviembre de 2016, hasta cuando el reintegro se efectúe conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probada las excepciones de inexistencia de la obligación pretendida, carencia del derecho, falta de causa y cobro de lo no debido formuladas por CODENSA S.A., con conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** en **COSTAS** a la demandada en la suma de $15.000.000, como agencias en derecho."*

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Con tal fin, señala, no debió el Despacho dar aplicación al procedimiento previsto en la Convención Colectiva de Trabajo, pues tal disposición está prevista para la comprobación de faltas disciplinarias y la imposición de las sanciones correspondientes, y no para la terminación del contrato de trabajo, la cual no es una sanción.

Bajo tal entendido, argumenta, no existe violación al debido proceso por parte de la encartada pues le dio la posibilidad al trabajador de rendir descargos, advirtiendo, el trámite que adelantó no debe tenerse como el contemplado en la Convención Colectiva de Trabajo pues este es exacto para las sanciones disciplinarias.

De otro lado, considera que se equivoca el Despacho en la interpretación que da al numeral 1 del artículo 23 de norma convencional, respecto a que los cargos deben ser formulados por el jefe inmediato, indicando, si bien según el testimonio de Fernando, quien entregó la citación a descargos al actor, aseguró que no era su jefe inmediato, si era jefe inmediato de Dino Cortes, el superior directo del demandante, quien para el momento de la entrega de la misiva no se encontraba en la compañía, no siendo posible, dice, esperar el regreso de este último para iniciar el proceso disciplinario, por lo cual, por razones de efectividad, se buscó al jefe inmediato del superior del convocante. Conforme lo anterior, estima, mal hace el juez en considerar que Codensa debía esperar a la

llegada del jefe directo para imputar cargos al trabajador, siendo procedente entender la norma convencional de una manera más amplia y no tan literal, en el sentido de establecer, no solo el jefe directo puede ser quien genere la citación a descargos, sino que puede hacerlo otro superior, para dar validez al proceso disciplinario.

En lo que toca al oportuno traslado al Sindicato SINTRAELECOL, echado de menos por el *a quo,* indica, en el CD que incorporó reposa copia de la misiva dirigida a la mentada organización sindical calendada 24 de octubre de 2016, suscrita por Daniel Barahona Díaz, documento que por la buena fe de las partes, señala, debe entenderse como entregado al sindicato, particularmente, considerando que no se discutió su legalidad. Con todo, considera que con la prueba enunciada se subsana la falencia anotada por la juzgadora de primer grado[1] (Cd fl. 218, record 01:11:52, acta a folio 219 y 220).

---

[1] "*Muchas gracias por el término concedido. Pues básicamente solicito al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial, revoque la presente decisión, en cuanto a que condenó a mi representada a un reintegro, bajo el supuesto de que la decisión que se tomó, se tomó, con violación al debido proceso contemplado en la convención colectiva de trabajo vigente para la época de la infracción y que se encuentra vigente en la actualidad.*

Lo anterior, por cuanto a bien como se comenzó a argumentar por parte del despacho en la que se hizo una alusión acerca de lo que tiene que ver con la sanción y la terminación del contrato disciplinario y si se debe tomar la terminación de contratos laborales con justa causa como una sanción. Me permito indicar al despacho, que el despacho, no debió de dar por demostrado el efecto que la convención colectiva del trabajo en su artículo 14, que es la comprobación de sanciones disciplinarias, un segundito (…) bueno, el artículo que habla sobre la comprobación de las faltas disciplinarias, manifestó el despacho que este artículo, menciona que la empresa para las terminaciones de contratos laborales deba ceñirse por lo contemplado en el artículo en mención que habla sobre la necesidad que dentro de los 10 días siguientes a la aprobación de una falta o al conocimiento de los hechos, se tenga que llamar a descargos por el jefe inmediato. Aquí yo quiero hacer énfasis, es que en este artículo, está diseñado o la convención colectiva de trabajo el espíritu de la misma fue contemplarlo para las mismas sanciones disciplinarias.

Entiéndase por sanción disciplinaria, lo que tiene que ver con requerimientos a trabajadores o suspensiones al contrato de trabajo. Pero de ninguna manera, pues la convención colectiva de trabajo, nos está hablando que las terminación de contrato de trabajo laborales se debe ceñir por lo estipulado en este artículo, por tal razón, mal hace el juzgado en entender que el articulo allí establecido pues manifiesta el deber por parte de Codensa de ceñirse a los términos contemplados en el presente artículo.

Por tal razón, no existe violación al debido proceso por Condensa en cuanto a que le dio la posibilidad al trabajador de estar regido por un proceso disciplinario, por unos descargos, pero si bien es cierto, se le dio un debido proceso, este debido proceso, el juzgado no lo debió haber entendido como el contemplado en la convención colectiva de trabajo ya que este es muy exacto para lo que tiene que ver con sanciones disciplinarias. Conjuntamente también manifiesta este articulo y a mi modo de ver el juzgado también comete un yerro, estamos hablando del articulo 23 convencional, en su artículo 1 (Sic), que dice, que dentro de los 10 días siguientes hábiles a la supuesta comisión de la falta o de que se conozcan los hechos motivo de la investigación el jefe

inmediato formulara los cargos correspondientes, e informara al trabajador de esta comunicación.

Como nosotros sabemos, una empresa es una unidad de negocio organizativa grande, en especial Codensa, pues Codensa tiene miles de trabajadores, básicamente en Codensa hay una unidad organizativa o jerárquica en caso de suspensiones temporales de los trabajadores, si bien es cierto, y se recibió un testimonio del señor Fernando quien manifiesta que en su momento no era el jefe inmediato del trabajador, pero si era el jefe inmediato de Dino Cortes, quien en su momento pues el señor Dino cortes se encontraba en una falta suplencia, si bien es cierto, si el trabajador Dino Cortes, no se encuentra en la compañía, Codensa mal haría en esperar en tiempo a que el señor Dino Cortes regrese para iniciar un proceso disciplinario, por cuanto, los procesos disciplinarios deben darse coetáneamente, cuando se conozcan los hechos, y pues por tal razón digamos que por razones de efectividad buscó a su jefe inmediato.

Entonces lo que yo quiero decir es que, mal hace el juez de instancia en manifestar que Codensa tuvo que haber esperado la llegada del jefe directo para imputar cargos al trabajador, pues mal haría Codensa en esperar en tiempo, o si este jefe ya dejó de existir en el tiempo y en el momento hay una vacancia, pues mal haría Codensa en esperar a que llegue un nuevo jefe o que llegue la suplencia de ese jefe, para poder imputar cargos al trabajador.

Por tal razón, yo me aparto de la decisión del juez en estos dos aspectos. Conjuntamente manifestó la señora Juez su fallo, lo que tiene que ver con que no se le hizo un traslado oportuno al Sindicato Sintraelecol, por cuanto el artículo 1, menciona que esta comunicación deberá ser entregada, el numeral 2 manifiesta que con el fin de garantizar el derecho a la defensa, será enviada una copia a Sintraelecol, seccional Bogotá, seccional Cundinamarca, nosotros con el traslado de la demanda entregamos un cd, contentivo del proceso disciplinario total, en las primeras páginas del cd, se encuentra un memorando que está dirigido a los señores Sintraelecol – Comisión de reclamos Codensa S.A., este memorando está fechado con 24 de octubre de 2016, la referencia disciplinaria es 386 Daniel Andrés Pardo Carrillo, el numero asignado es con el número que se identifica el trabajador en Condensa. Este memorando indica que por medio de la presente y para los fines legales y convencionales pertinentes, nos permitimos informarles que el señor Daniel Andrés Pardo Carrillo, ha sido citado a diligencia de descargos a celebrarse el próximo 28 de octubre de 2016 a las 9:30, dentro de las instalaciones de gerencia, organización y división de relaciones, se da la ubicación de la dirección con el fin de que el trabajador presente sus comunicaciones. Esta comunicación está firmada por el señor Daniel Barahona Díaz, entonces aquí existe una prueba.

Si bien es cierto, este documento que está dentro del expediente administrativo, pues este documento por la buena fe de las partes se debe entender como entregado a esta organización Sintraelecol, máxime cuando dentro de este debate probatorio, no se desvirtuó la legalidad de dicho documento, entonces este documento si existe y pues hace fe o indica que si hubo un debido traslado a la organización sindical y no como se nos presenta hoy con el fallo del despacho en el que se nos indica que se omitió por parte de Codensa, la remisión de esta citación a la organización Sintraelecol.

Digamos por estas acotaciones el día de hoy, en que la Juez entiende que por estos tres presupuestos se entiende violado el debido proceso, me permito indicar que con las presentes pruebas que yo manifiesto en mi presente recurso se entiende subsanado, por cuanto existe una comunicación de fecha 24 de octubre de 2016, y no fue tachada de falsa por la contraparte, por la buena fe procesal que asiste a todo este tipo de documentos, pues se debe entender que si hubo una comunicación. Lo mismo por parte del señor Fernando, Condensa no podía esperar a que digamos que la ausencia temporal de su jefe inmediato Dino Cortes, fuera óbice para no imputar cargos a un trabajador cuando ya se tenía a conciencia cierta que el trabajador había cometido unas infracciones al reglamento interno del trabajo, razón por la cual, mal hace el despacho en desconocer que no se le dé una amplitud o que tome tan taxativamente o literalmente lo que dice la convención colectiva del trabajo en su artículo 23, para endilgar que solamente tiene que ser una persona y solo tiene que ser una persona como jefe inmediato la que deba generar la

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante DANIEL ANDRES PARDO CARRILLO en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda a folios 7 a 10, **los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 2 a 7**, solicitando se declare que la terminación del contrato de trabajo acaecida el 4 de noviembre de 2016 es nula. En consecuencia, se ordene a CONDENSA S.A. reintegrarlo al cargo que venía desempeñando a otro de superior jerarquía, junto con el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, aportes a seguridad social y vacaciones causados entre el despido y la fecha en que sea reintegrado, así como la indemnización moratoria, la indexación y los derechos *ultra* y *extra petita.* **Obteniendo sentencia favorable** a sus aspiraciones por cuanto se declaró la nulidad del despido y se dispuso su reintegro con el pago de salarios dejados de percibir, prestaciones legales y extralegales, vacaciones y aportes al sistema general de seguridad social. Para arribar a tal conclusión, estimó la juez, en primer lugar, que no existía controversia respecto a la existencia un contrato de trabajo entre las partes, así como los extremos temporales en que se dio la misma. Del mismo modo descartó de la discusión la justeza del despido, limitando la litis a establecer si se respetó el debido proceso en el procedimiento adelantado previo a la terminación del vínculo.

---

citación de descargos al trabajador y no ampliarlo digamos al jefe inmediato, pues el señor Dino Cortes, que era Fernando en su momento y darlo como validado, ese proceso de citación a descargos.

Entonces por tales circunstancias solicito al Honorable Tribunal Laboral de Bogotá, para que absuelva a mi representada y manifieste en su fallo que no existe violación al termino procesal contentivo en el artículo 23, máxime cuando este artículo está hablando que antes de aplicarse una sanción disciplinaria de la empresa por medio de las personas facultadas en el reglamento interno del trabajo deberán proceder de acuerdo a lo que indica ese artículo, este articulo manifiesto habla de sanciones disciplinarias, no habla de procedimientos para terminaciones de contratos laborales. Entonces mal hace el Juzgado en ampliar y en ninguna parte del espíritu de la convención colectiva de trabajo pues que hoy se adjuntó por parte de la contraparte, manifiesta que un procedimiento exacto para las terminaciones de contratos laborales.

Entonces señor Juez, en estos términos baso mi recurso de apelación a la presente sentencia a la cual se nos condena."

En ese orden, consideró que el procedimiento que debía agotarse en el caso del demandante, dada la incuestionable condición de beneficiario de la Convención Colectiva, era el previsto en el artículo 23 de la norma convencional, el cual estimó no se satisfizo en su totalidad en tanto, de un lado, la citación a diligencia de descargos no fue generada por el jefe directo del demandante y de otro, no se probó el envió de la citación al sindicato SINTRAELECOL, en virtud de ello, concluyó la violación al debido proceso, declarando la consecuente nulidad del despido.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes, por cuanto la misma se aceptó por la encartada desde la contestación de la demanda (folio 134, respuesta hecho primero); de igual forma, tampoco se discute que el vínculo laboral finalizó por decisión unilateral del empleador el 4 de noviembre de 2016, circunstancias que además de no ser objeto de apelación, se constatan con la copia del contrato visible a folio 28 a 30 y la misiva del despido obrante a folios 41 a 45.

En el caso bajo estudio, debe precisarse, tal como lo asentó la juez de primera instancia, no se discute la justeza del despido, esto es, si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la carta de terminación del contrato tuvieron ocurrencia, y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado la relación laboral, en tanto, los reparos del actor versan únicamente frente al proceso adelantando dentro de la empresa, el cual considera, trasgredió sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa, al no seguirse el procedimiento establecido para tal efecto.

En ese orden, el problema jurídico que debe desatar la Sala, conforme los motivos de apelación y en virtud del principio de consonancia, se circunscribe a determinar, si para el despido del demandante la encartada cumplió con las disposiciones convencionales establecidas para tal fin.

Sea lo primero indicar, el despido no es una sanción que solamente pueda ser impuesta una vez agotado un procedimiento disciplinario con observancia del debido proceso, dentro del cual se destaca la oportunidad de escuchar al disciplinado en descargos. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con radicación 29207 del 5 de junio del 2007[2], criterio reiterado en la SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y más recientemente en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017[3].

---

[2] *"Por último es de anotar, que en varias oportunidades ha señalado la Sala que* ***el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y que el agotamiento imperativo de un trámite previo sólo se exige legalmente con arreglo al artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo para la imposición de sanciones disciplinarias, no estando previsto legalmente tal procedimiento cuando se trata de una decisión de despido de un trabajador privado*** *por las causales consagradas en los numerales 5° y 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cual podrá reclamarse cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento o cualquier otro estatuto interno. En casos de despido lo único que consagra la ley, es la obligación de cumplir el preaviso para ciertas justas causas.*

En sentencia del 25 de julio de 2002, rad. N° 17976, señaló la Corte al respecto:

"(....) Valga agregar que el artículo 115 del CST, prevé el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias al trabajador, al cual debe ceñirse estrictamente el empleador cuando a ese fin apunta, descartando su aplicación cuando se trata del despido "que no es una sanción disciplinaria-, pues si la falta da lugar a la terminación del contrato de trabajo, la ley laboral no prevé ningún mecanismo o trámite previo a tal determinación, excepto en los casos en que procede el preaviso, según la clase de falta cometida (Art.7º Dcto.2351/65), dejando a salvo, obviamente, de este concepto lo que al respecto se hubiera pactado en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, etc..." En el mismo sentido radicaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

[3] "*Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:*

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

> *Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, sí el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan*

En esa medida, se tiene que la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del contrato de trabajo, sin que para éste último se exija legalmente un trámite previo, a menos que extralegalmente así se convenga, caso en el cual, su desconocimiento derivará en la ineficacia o nulidad del despido.

En el caso de marras, específicamente en lo relacionado con el proceso disciplinario y entratándose de trabajadores beneficiarios de la convención colectiva, por remisión del artículo 50 del reglamento interno de trabajo, se dispuso que "*La EMPRESA aplicará a los trabajadores beneficiarios de la Convención Colectiva de Trabajo el procedimiento disciplinario establecido en la convención colectiva de trabajo vigente"* (Cd folio 165).

Así, el artículo 23[4] de la norma convencional (folio 195 vto.) regula el "*procedimiento disciplinario*" al interior de la empresa demandada estableciendo

---

confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.°86-89)."

[4] *"**ARTÍCULO 23. Procedimiento Disciplinario:***
Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, la EMPRESA por intermedio de las personas facultadas en el Reglamento Interno de Trabajo, procederá así:

1. Dentro de los DIEZ (10) días hábiles siguientes a la supuesta comisión de una falta o del día en que se conozcan los hechos que motivan la investigación, el Jefe inmediato formulará por escrito los cargos correspondientes e informará al trabajador en esta comunicación, la fecha y la hora de la audiencia en la que podrá rendir sus descargos. Este escrito irá acompañado de copia de las pruebas pertinentes.
2. Con el fin de garantizar el derecho de defensa, le será enviada al mismo tiempo copia a SINTRAELECOL Seccional Bogotá – Cundinamarca, de la citación a descargos al trabajador y sus anexos.
3. La audiencia debe tener lugar dentro de los DIEZ (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se notificó el escrito del numeral anterior, y en esta se oirá directamente al inculpado en descargos o justificaciones, y si este fuere sindicalizado, deberá estar asistido por DOS (2) representantes de la organización sindical. En caso de no ser sindicalizado podrá ser asistido por DOS (2) compañeros de trabajo, si así lo desea.
4. Si el trabajador no se presenta a la audiencia, no hace sus descargos dentro de ésta o se allana a los cargos, se entenderá para todos los efectos de este artículo que acepta la causa alegada por la EMPRESA. No obstante el trabajador podrá presentar sus descargos en forma escrita durante el día que haya sido figado para realizar la audiencia.
5. En todo caso, se dejará constancia escrita de la audiencia mediante el levantamiento de acta en la que se hará constar fielmente lo ocurrido, las intervenciones, constancias y recepción de pruebas. El acta

unos trámites previos a la imposición de sanciones, y en su numeral 11 preceptúa que *"No producirá ningún efecto la sanción disciplinaria que omita el procedimiento aquí establecido".*

En lo relacionado con la terminación del contrato de trabajo, el parágrafo del mismo artículo convencional dispone:

> *"Parágrafo.- En caso de que la falta cometida sea considerada grave, el trabajador será citado a audiencia de cargos y descargos dentro de los DIEZ (10) días siguientes a la comisión de la falta. Igualmente, se citará al SINDICATO, enviándole copia de la carta de citación y de las pruebas documentales existentes. La EMPRESA tomará la determinación de despedir o no al trabajador a más tardar dentro de los DIEZ (10) días hábiles siguientes y la comunicará inmediatamente. Contra esta decisión, procederá el recurso de apelación ante el comité laboral dentro de los DIEZ (10) días hábiles siguientes a su comunicación, sin que ello afecte la efectividad del despido; así mismo, el trabajador podrá recurrir a la jurisdicción laboral.*
>
> *En caso de que el resultado del comité sea de empate, decidirá el gerente general de la empresa dentro de los DIEZ (10) días siguientes a la determinación tomada por el comité."*

Del análisis integral de las disposiciones reseñadas, se infiere sin dificultad que la convención colectiva de trabajo vigente al momento del despido del demandante, remite para efectos de la terminación del contrato a las formas contenidas en el procedimiento diseñado para sanciones disciplinarias. De allí se infiere que el despido es visto o equiparado como medida o sanción disciplinaria.

---

será firmada por los que en ella intervengan y se entregará copia al trabajador inculpado y a los representantes sindicales.
6. Si los descargos rendidos por el trabajador no fueren satisfactorios para la EMPRESA podrá sancionarlo, comunicándole por escrito esa decisión dentro de los DIEZ (10) días siguientes a la fecha de la comunicación.
7. La decisión que tome la EMPRESA siguiendo el trámite establecido en este artículo podrá ser apelada ante el Comité Laboral dentro de los DOS (2) días siguientes a la comunicación de la sanción y está apelación tendrá efectos suspensivos de la misma. El Comité analizará las actas y pruebas presentadas y votará sobre si se sanciona o no al trabajador en la siguiente reunión que tenga después de la fecha en que sea recibida la apelación.
8. En caso de que el resultado del Comité sea empate, decidirá el Gerente General de la EMPRESA dentro de los DIEZ (10) días siguientes a la determinación del comité.
9. La sanción, en caso de que sea determinada por el Comité o el Gerente General deberá comunicarse al trabajador dentro de los DIEZ (10) días siguientes a su comunicación.
10. La sanción así impuesta no tendrá ningún otro recurso, sin perjuicio de que el trabajador recurra a la jurisdicción laboral si lo considera conveniente.
11. No producirá ningún efecto la sanción disciplinaria que omita el procedimiento aquí establecido.
12. Para efectos de este procedimiento, se entienden como días hábiles los días lunes a viernes."

Atendiendo tal interpretación, es claro que la contravención al procedimiento estatuido, conlleva correlativamente las consecuencias enunciadas en el numeral 11 del artículo 23 convencional, es decir, la ineficacia de la sanción[5].

En tales términos, como quiera que no es objeto de debate en esta instancia que el actor era beneficiario de la Convención Colectiva 2015-2018 suscrita entre CODENSA y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENERGIA DE COLOMBIA – SINTRAELECOL (folio 192 a 207), pues fue una conclusión a la que arribó la juez de primer grado respecto de la cual no se formuló reparo alguno en la apelación, y adicionalmente fue un hecho aceptado en el escrito contestatorio (respuesta al hecho 13, -folio 136-, ratificado en los fundamentos y razones de la defensa, folio 145), emana diáfano que en el despido del demandante debió agotarse el procedimiento disciplinario contenido en el precitado artículo 23 de la Convención Colectiva de Trabajo.

En este punto debe decir la Sala, resultan contradictorias las aseveraciones de la encartada en el recurso de apelación en cuanto señala que dicho trámite no era aplicable a la situación del demandante, con lo asentado precisamente por esta misma parte en la contestación (folio 145), en la cual indicó que *"Atendiendo la calidad del señor Pardo Carrillo de ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el sindicato SINTRAELECOL y la COMPAÑÍA CODENSA S.A. E.S.P., **el proceso disciplinario fue adelantado aplicando estrictamente las disposiciones, términos y condiciones establecidos en el artículo 23 de dicho cuerpo convencional**"*(folio 145). En ese contexto, no es de recibo que la demandada pretenda ahora relevarse de la verificación del procedimiento dispuesto en la norma convencional, so pretexto de considerar que el despido no es una sanción, pues era de su total conocimiento la obligación de agotar dicho proceso en acatamiento al acuerdo colectivo.

Precisado lo anterior, le corresponde a la Sala verificar si CODENSA S.A. atendió con rigurosidad el procedimiento previsto en la Convención Colectiva,

[5] Sobre el asunto, en un asunto de similares contornos fácticos la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4457 de 2018, concluyó: *"Dicho de otro modo, la decisión unilateral del empleador para terminar el contrato de trabajo con justa causa, solo surte efectos después de agotadas las etapas procedimentales que brindan al trabajador la oportunidad de defenderse ante los cargos que se le imputan, bien a través de la diligencia de descargos asistida por el sindicato al que pertenece, o por medio de los recursos para obtener la reconsideración de lo decidido eventualmente. Además, cada etapa debe adecuarse con apego estricto a los plazos establecidos en la norma convencional.*

Se sigue de los términos de la disposición analizada, que terminar el contrato de trabajo, a modo de sanción, sin apego a ese trámite conduce a la nulidad del despido."

con antelación a la notificación de la terminación unilateral del contrato del demandante.

Sobre la base de las consideraciones anteriores y descendiendo a la revisión del elenco probatorio se tiene que la pasiva no dio cabal cumplimiento al procedimiento convencional al que se ha hecho mención, tal como pasa a explicarse.

Codensa conoció del hecho causante del despido el 13 de octubre de 2016 (Folio 223[6]), tal como lo aseveró la juez de primer grado, cuando se le remitió el memorando a la Gerencia de Recursos Humanos expedido por el área de auditoria (folio 34 a 37).

Ahora, si bien es cierto la citación por escrito al trabajador a audiencia de descargos se realizó el 24 de octubre de 2016 (folio 31 a 33), esto es, dentro de los 10 días hábiles siguientes al conocimiento de los hechos que motivaron la investigación, con el lleno de los requisitos en cuanto a su contenido, pues al actor se le indicaron los cargos que le imputaban, también lo es que dicha citación debía ser igualmente comunicada al sindicato SINTRAELECOL, lo que no ocurrió en el asunto, o por lo menos no se acreditó en autos.

Al punto debe decirse, aunque la demandada allegó copia del oficio calendado 24 de octubre de 2016, dirigido a SINTRAELECOL – Comisión de Reclamos – Codensa S.A. E.S.P., suscrito por Daniel Andrés Barahona Díaz como Jefe de Relaciones Laborales, en el cual informan que "*el señor DANIEL ANDRES PARDO CARRILLO, ha sido citado a diligencia de descargos a celebrarse el próximo viernes (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016) a las 9:30 a.m. en las instalaciones de la Gerencia de Recursos Humanos y Organización- División Relaciones Laborales (…) con el fin de que el trabajador presente sus justificaciones por la posible comisión de una falta disciplinaria (…)"* (folio 224[7]) tal documento no cuenta con constancia de haber sido efectivamente recibido o entregado a la organización sindical, de la que pudiera derivarse el cumplimiento de la exigencia prevista en el inciso segundo de la disposición convencional (folio 195 vto.), la cual imponía en cabeza del empleador informar

[6] Documento extraído del medio magnetofónico de folio 165 incorporado por la demandada.
[7] Ibídem.

al SINDICATO, enviando copia de la carta de citación y las pruebas documentales.

Nótese que incluso mediante correo electrónico del 24 de octubre de 2016 (folio 225) el jefe de división sabana –quien suscribe la citación- informa de la entrega de la convocatoria del proceso disciplinario al señor Daniel Pardo, pero nada se mencionó con relación a la asociación sindical.

Además de lo anterior, se destaca, de conformidad con el numeral 3 del plurimencionado artículo 23 convencional el trabajador debía estar asistido por dos representantes de la organización sindical, situación que según el acta de folios 37 a 40 no ocurrió, en tanto el convocante acudió a la misma sin acompañante alguno, lo que se infiere aconteció precisamente por la ausencia de comunicación al sindicato SINTRAELECOL.

La omisión anotada conlleva inexorablemente al desconocimiento al debido proceso que le asistía a la parte actora, por lo que, sin necesidad de ahondar en más consideraciones, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

De tal manera, agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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 la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BLANCA RUBIELA GORDILLO Y HECTOR ALFONSO BELTRÁN PARRA CONTRA COLMENA SEGUROS S.A. (RAD. 26 2017 00750 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 358 a 359 y 360 a 375), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada COLMENA S.A., contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de noviembre de 2019 (Cd. fl. 341, récord 42:00, acta a folio 342), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que los demandantes BLANCA RUBIELA GORDILLO MARTÍN, identificada con la cédula de ciudadanía número 20.587.799, y HÉCTOR ALFONSO BELTRÁN PARRA, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.375.804, son beneficiarios en su calidad del causante y acreditaron la dependencia económica del causante MAIRON GIOVANI BELTRÁN GORDILLO, quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía número 1.074.419.013, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la compañía de SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A., COLMENA SEGUROS S.A., al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes BLANCA RUBIELA GORDILLO MARTÍN y HÉCTOR ALFONSO BELTRÁN PARRA, en un 50% de la prestación para cada uno, en su calidad de padres del causante MAIRON GIOVANI BELTRÁN GORDILLO, a partir del 31 de marzo de 2017, y en cuantía equivalente a 1 SMLMV, calculándose como retroactivo pensional desde dicha fecha y hasta noviembre de 2019, en la suma de $26.732.991, autorizándose a la demandada a*

> *realizar los respectivos descuentos en salud, equivalentes a la suma de $3.341.624, arrojando un retroactivo neto a favor de los demandantes en la suma de $23.391.367, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada a que indexe las mesadas pensionales conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO**: **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en **COSTAS** a la parte demandada fijándose como agencias en derecho, la suma de $2.000.000.**”.***

Inconforme con la sentencia, el apoderado de la parte demandada promovió recurso de apelación indicando, según la investigación adelantada por la firma contratada por esa entidad, se estableció que los demandantes son independientes económicamente pues cuentan con los medios para garantizarse su subsistencia, lo que alude probado con su calidad de propietarios de seis inmuebles ubicados en el municipio de Gacheta, y por no ser beneficiarios en el sistema general de seguridad social en salud del causante.

Refiere, de no existir la prueba testimonial, esa sociedad no tendría elemntos del apoyo o ayuda que le brindaba Mairon Giovanni Beltrán a sus padres, declaraciones que a su parecer dejan un manto de duda por cuanto el causante devengaba solo un salario mínimo, remuneración con la que debía sufragar sus gastos en la ciudad de Bogotá, y en esa medida, si le daba a sus padres doscientos o trescientos mil pesos pues no tendría él recursos para su congrua subsistencia[1] (Cd. fl. 341, récord 44:08, acta a folio 342)

---

[1] “*Señora Juez, en calidad de apoderado judicial de la demandada Colmena Seguros S.A., comedidamente manifiesto al despacho que interpongo recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir para que el Honorable Tribunal, revoque las condenas que se acaban de imponer, y en su lugar, absuelva a mi representada de todas y cada una de dichas condenas.*

Sustento el recurso, la apelación que se interpone con los siguientes argumentos:

Según la investigación adelantada por la empresa contratada por mi representada que se llama COINSETEC Ltda., se pudo establecer que los Señores Héctor Alfonso Beltrán Parra y Blanca Rubiela Gordillo Marín, padres del Señor Mairon Giovani Beltrán Gordillo, son económicamente independientes, puesto que tienen condiciones, recursos y capital suficiente para acceder a los medios materiales que garanticen su subsistencia, prueba de ello, es su calidad de propietarios de 6 inmuebles que están ubicados en el municipio de Gacheta y además que dichos padres no se encontraban afiliados como beneficiarios del causante en la EPS Sanitas, en la que el Señor Mairon Giovani Beltrán Gordillo, era cotizante.

Por lo demás, pues si no existieren pruebas a parte de las testimoniales que manifestaron acá, mi representada no ostenta prueba del apoyo o ayuda que le brindaba el Señor Mairon Giovani Beltrán Gordillo, ayuda que tal como se enuncio en los alegatos de conclusión dejan cierto manto de dudas toda vez que el Señor Mairon Giovani, tenía una remuneración equivalente al SML y con esta remuneración tenía que sufragar sus gastos personales, por el hecho de vivir en Bogotá, gastos que se suscribían obviamente los de cualquier persona que viva en esta ciudad, que sería arrendamiento, servicios, alimentación y transporte, con

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes BLANCA RUBIELA GORDILLO MARTÍN y HECTOR ALFONSO BELTRÁN PARRA las pretensiones relacionadas a folio 3, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 6, aspirando de manera principal se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo MAIRON GIOVANNI BELTRAN GORDILLO (QEPD) a partir del 31 de marzo de 2017, junto con la indexación y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia favorable** a sus aspiraciones por cuanto se condenó a la compañía de seguros de vida COLMENA S.A. a pagar a los actores la pensión de sobrevivientes, en cuantía de un SMLMV, distribuido en un 50% a cada uno, calculando el valor del retroactivo en cuantía de $26.732.991, el cual debía cancelarse debidamente indexado, lo anterior, tras considerar que con el material probatorio recaudado se encontraba probada la dependencia económica de los convocantes respecto de su hijo fallecido.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante señor MAIRON GIOVANI BELTRÁN GORDILLO, acaeció el 31 de marzo de 2017 conforme al registro civil de defunción visible a folio 20, que los señores BLANCA RUBIELA GORDILLO MARTÍN y HECTOR ALFONSO BELTRÁN PARRA ostentaban la calidad de progenitores del causante (ver registro de nacimiento del fallecido fl. 19) y que el afiliado dejó causado el derecho a la prestación de sobrevivientes en tanto su deceso ocurrió con ocasión de un accidente de tránsito determinado como de origen laboral (folio 24). Tampoco se discute la afiliación del *de cujus* a la ARL demandada (folio 126)

---

lo cual, y si le daba a sus padres la suma manifestada en las declaraciones que era aproximadamente entre 200 y 300 mil pesos, pues no tendría el, para su congrua subsistencia, asunto que deja entrever la debilidad de las declaraciones recibidas dentro de este proceso.

Por todo lo anterior, comedidamente reitero mi solicitud inicial que se revoque la condena interpuesta a mi representada y se absuelva de la misma en sentencia que profiera el Tribunal, absolviendo a mi representada. Muchas gracias Señora Juez."

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el causante el 31 de marzo de 2017 (fl. 20), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, el cual en su artículo 13 establece: *"A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este"*

En este orden, sea lo primero precisar, la sentencia C-111 de 2006, declaró inexequible la expresión *"de forma total y absoluta*", aspecto sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia proferida dentro del radicado No. 31873, del 23 de enero de 2008[2], en la cual se consideró textualmente que "*…la*

---

[2] *"En este sentido vale anotar que la conclusión final del juzgador de segundo grado fue la atinente a que la ayuda suministrada por el señor José Rincón Zuluaga a su progenitora era determinante y por ello se cumplía el presupuesto de la dependencia económica, según la sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2003, pues expuso que* ***la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes****.*
Tales apreciaciones se ajustan a la jurisprudencia relacionada con el concepto de la dependencia económica, que no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacia sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, insuficientes para procurarse lo necesario para llevar una vida digna; de manera que ***la dependencia económica no pugna con la existencia de otros auxilios económicos o de otra naturaleza que reciban los padres por parte de otras personas, que les permitan mejorar sus condiciones de vida, siempre que, como ya se anotó, no los convierta en autosuficientes económicamente****. Sobre el Tema la Corte reitero el criterio reseñado en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25069, en la que se dijo, lo siguiente:*

"Quedó dicho que según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los padres son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando dependían económicamente de él.
"La falta de una definición legal de la dependencia económica y la declaratoria de nulidad de la norma reglamentaria que pretendió hacerlo con antelación a la Ley 797 de 2003, determinó la necesidad de fijar su alcance por vía jurisprudencial. En esa labor interpretativa es evidente que mientras la sentencia de casación del 26 de septiembre de 2000 consideró que la dependencia debía ser total, ***la del 19 de marzo de 2004 atenuó el rigor de ese concepto y le indicó al juez laboral que podía aceptar como dependencia económica aquellos casos en que el trabajador fallecido hubiere contribuido con otros a la subsistencia de sus padres****.*

"La actual orientación doctrinal de la Sala opta por el segundo de los criterios y por ello se impone acoger aquí lo expuesto entre otras, ***en la sentencia del 30 de agosto de 2005, radicación 25919, en la que al reiterar el discernimiento expuesto en la sentencia del 8 de abril de 2003, radicación 19772****, que es diferente al que adoptó el Tribunal, se explicó lo que a continuación se transcribe:*
Le atribuye el recurrente al Tribunal la interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al sentido que le concede a la dependencia económica como condición que deben reunir los padres, como miembros de grupo familiar del afiliado fallecido, para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

*Para el Ad quem no se cumple el requisito de dependencia económica cuando el padre depende de dos hijos, aseveración que supone que ésta sea exclusiva, en clara oposición a lo que ha enseñado reiteradamente la Sala en el sentido de que "****la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial; es decir, la exigencia legal no supone que la dependencia económica sea absoluta porque bien puede ocurrir que los padres se procuren algunos ingresos adicionales para reunir los requeridos para una digna subsistencia" (sentencia de 8 de abril de 2003, rad.19772)****.*

"Según la exégesis de la Sala ***la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial y***

*dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, **siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes**". (Resalta la Sala).*

De conformidad con lo anterior habrá de determinarse si el causante prestaba apoyo o colaboración económica a sus progenitores y si estos carecían de ingresos propios que los hicieran económicamente autosuficientes, a efecto de resolver la controversia traída a los estrados.

Al respecto, se recibieron los testimonios de HILDA GRACIELA QUIMBAY VERGARA[3], JEFFERSON ADRÍAN MARTÍN MARTÍN[4] y LUIS CARLOS BELTRÁN PARRA[5], los dos primeros, amigos de toda la vida de la familia y el último, hermano del demandante y tío del causante, quienes fueron consistentes en señalar que desde los 14 años MAIRON ha trabajado para ayudar a sus padres, inicialmente, en una fama de propiedad de la primera testigo –HILDA GRACIELA QUIMBAY- los fines de semana, donde devengaba quince mil pesos ($15.000) por día laborado, y luego, en la ciudad de Bogotá en una empresa de carnes frías para la cual se encontraba trabajando cuando falleció. Así mismo, señalaron, les consta que el causante compraba mercado y alimentos para sus progenitores y que les daba dinero para asumir gastos de servicios públicos y otros, lo que les consta porque MAIRON les comentaba.

Puntualmente HILDA GRACIELA QUIMBAY, indicó que MAIRON GIOVANI trabajó con ella entre 2013 y 2016, cuando era menor de edad, pues era quien le ayudaba los sábados, domingos y festivos; que sabía que el causante ayudaba a sus padres no solo porque él le contaba sino porque con lo que ella le pagaba el compraba carnes y víveres para llevar a su casa y le consta que ayudaba con el

---

***complementaria a la de otros ingresos precarios, que por si no basten para proveerse de lo necesario para llevar una vida digna; la dependencia económica del beneficiario, según ha sido concebida por la Corte, no riñe con emolumentos, ayudas o provechos para la subsistencia siempre y cuando éstos no los convierta en autosuficientes económicamente**, situación que hace desaparecer la subordinación que predica la norma legal.*

"Planteada la controversia jurídica en los anteriores términos, para la Sala es claro que le asiste razón al recurrente por cuanto las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que se denuncian como quebrantadas en modo alguno consagran que la dependencia económica de los padres frente a los hijos, que da lugar a la pensión de sobrevivientes, debe ser absoluta y total". (Resaltos de la Sala).

[3] Cd. folio 31, cuaderno despacho comisorio, récord 05:12, audio 1.
[4] Cd. folio 31, cuaderno despacho comisorio, récord 37:48 (audios 1 y 2).
[5] Cd. folio 31, cuaderno despacho comisorio, récord 17:12 (audios 2 y 3)

servicio de la luz. Se refirió las condiciones de la vivienda rural en la que viven los actores, señalando es una casa pequeña de dos habitaciones donde no hay ninguna actividad productiva y solo tienen una vaca. Comentó, aunque MAIRON vivía en Bogotá, viajaba cada 20 días o cada festivo a Guacheta a visitar a sus papás y entregarles la ayuda, lo que le consta porque MAIRON pasaba a saludarla y le contaba que había dejado mercado o plata en efectivo, aproximadamente $300.000., lo que le decía porque entre ellos había mucha confianza. Indica, esa ayuda se presentó hasta el fallecimiento de MAIRON. Ilustró, después de la muerte del causante los demandantes han pasado por una situación económica muy difícil, están muy endeudados según lo que estos le han comentado, adicionalmente porque HECTOR ALFONSO desde hace aproximadamente 4 años se ha visto muy afectado de salud y no ha podido trabajar. Dijo desconocer otros predios de propiedad de los demandantes, solo conoce donde ellos viven. Refirió, el causante en Bogotá vivía con un tío llamado Jimmy. Mencionó, los actores tienen dos hijos más, DIEGO ALEJANDRO y ARLEY, el primero vive con los actores, pero tuvo un accidente y no quedó muy bien después de eso, el segundo estuvo prestando el servicio militar y actualmente vive en Bogotá con su compañera.

Por su parte, JEFFERSON ADRIAN, los demandantes viven en un lote donde tienen una casa y un becerro, que estos no tienen mucho ingreso por cuanto el demandante no puede trabajar y antes recibía dinero por jornales y RUBIELA se dedica principalmente a la casa. Mencionó, le consta que el causante se fue a trabajar a Bogotá en una empresa de cárnicos y embutidos, desconoce cuánto ganaba. Mencionó, sabe que parte del salario lo destinaba para ayudar a sus padres, lo que le consta porque era muy cercano con el causante, también porque MAIRON cada que iba al pueblo pasaba a pagar las cuentas de sus padres, de lo que estos fiaban en un negocio que era de propiedad del progenitor del declarante, que eran aproximadamente de 80, 90 o 100 mil pesos por productos como panela, arroz, pasta, mantequilla, entre otros, lo que aseguró siempre fue así, desde que MAIRON trabajaba, esto le consta porque en ocasiones fue quien hizo la cuenta y recibía el pago. Al indagársele sobre las condiciones de vida de los convocantes del juicio precisó que la casa es muy sencilla, tiene dos habitaciones, son personas de campo, no hay muchos electrodomésticos solo tienen un televisor “viejo”. Indicó además, la pareja tiene otros dos hijos, DIEGO ALEJANDRO que vive con ellos pero mantiene “muy alcanzado” y ARLEY quien

viajó a Bogotá a buscar trabajo luego de prestar servicio y trabajar por jornal, dijo que este último vivía con su esposa. Desconoce si los demandantes tienen otras propiedades, sabe solo de donde viven. Aludió, luego de la muerte de MAIRON, los convocantes se han visto en una situación económica difícil, no solo por la pérdida de su hijo sino por las condiciones de salud de HECTOR ALFONSO, enfatizando, MAIRON siempre fue el que más ayudó a sus progenitores y que actualmente viven prácticamente de la familia y de rebuscar trabajos.

A su turno, LUIS CARLOS BELTRÁN PARRA, hermano de HECTOR ALFONSO, mencionó que MAIRON trabajaba para auxiliar a sus padres; que el mercado lo realizaban en un establecimiento de su propiedad, llevaba de cada cosa un poquito; que le consta que MAIRON ayudaba con 250 o 300 mil pesos, porque en ocasiones este le dejaba el dinero con él, es decir, sirvió de intermediario. Relató, aunque antes de su fallecimiento MAIRON vivía en Bogotá viajaba cada 15 días o cada mes a sus padres y a dejarles el dinero. Comentó hay unos predios en casa San Miguel, pero no alcanzan a ser media fanegada, allá tienen la casa y una res. Desconoce otras fincas y la forma como se están solventando pues HECTOR ha estado muy enfermo. Indicó, la pareja no tiene lujos, la casa es humilde, además, que BLANCA ha trabajado en casas de familia y HECTOR trabajaba por jornal. Relató, aunque tienen dos hijos más, HECTOR ARBEY y DIEGO ALEJANDRO, estos solo ayudan económicamente a sus padres cuando pueden. Expuso, luego de la muerte de MAIRON quedaron como “huérfanos” porque él era el que más los ayudaba y en este momento, por la enfermedad de HECTOR ALFONSO están viviendo en una pieza en el pueblo, para facilitar el traslado del demandante a sus citas y tratamientos.

A más de los testimonios reseñados, al cartapacio se incorporaron las declaraciones extrajuicio rendidas por HILDA GRACIELA QUIMBAY (folio 53), JEFFERSON ADRIAN MARTÍN (folio 54), ROSA YAMILE ESPITIA BEJARANO (folio 55), LUIS CARLOS BELTRÁN PARRA (folio 56), JOSÉ GUSTAVO MARTÍN ACOSTA (folio 57), ante la Notaría Única del Círculo de Gacheta, en los que manifiestan que MAIRON GIOVANI BELTRÁN GORDILLO, ayudaba a sus padres con $300.000 mensuales y que los demandantes dependían económicamente de este, en las cuales no se detallan las razones de tiempo, modo y lugar por las que les consta dicha circunstancia, siendo idénticos los términos de las declaraciones.

Adicionalmente, se allegó certificado de libertad y tradición de los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria N° 160-4525 (folio 73), 160-4526 (folio 59 y 74), 160-4527 (folio 60 y 75), 160-33279 (folio 61) de propiedad de los demandantes, junto con las escrituras públicas N° 668 del 18 de diciembre de 1999 (folio 62 a 65) y 276 del 27 de mayo de 2008 (folio 69 a 71) en la que consta la compra de esos tres predios ubicados la vereda Villa – Municipio de Gacheta, adquiridos por $2.000.000 y $4.500.000, respectivamente.

De otro lado, reposa copia del informe de investigación de beneficiarios MAIRON GIOVANI BELTRÁN GORDILLO, realizado por COINSETEC LTDA, dirigido a COLMENA SEGUROS (folio 156 a 160), del que se destacan los siguientes apartes:

> "*Se estableció que el causante MAIRON GIOVANI BELTRÁN GORDILLO, era soltero, no tenía compañera permanente ni hijos. El causante vivió con sus padres HECTOR ALFONSO BELTRÁN PARRA y BLANCA RUBIELA GORDILLO MARTÍN en la vereda villa cuarto san Miguel de Gacheta Cundinamarca, hasta cuando cumplió los 18 años. En septiembre de 2016 se trasladó a Bogotá para tomar el trabajo en la empresa SALSAMENTARIA HAMBUERGUER LTDA* (sic)
>
> *(…)*
>
> *Los padres del causante manifestaron que dependían económicamente de su hijo fallecido, quién desde que empezó a trabajar, aportaba algún dinero para ayudar con los gastos de la familia; no hay soporte de la ayuda que el causante le brindaba a sus padres.*
>
> *Para la fecha del accidente, el causante se encontraba viviendo en Bogotá en compañía de un hermano con el que trabajaba y los dos pagaban arriendo; no hay evidencia que en ese tiempo que estuvo el causante trabajando en Bogotá, haya enviado algún dinero a sus padres.*
>
> *(…)*
>
> *El lugar donde viven los padres del causante, es relativamente cerca del casco urbano del municipio de Gachala* (sic) *Cundinamarca, donde son bien conocidos, por lo cual entrevistamos a varios pobladores quienes nos manifestaron haber conocido en vida al causante, de quien dicen era soltero, no le conocieron compañera permanente ni hijos y que lo conocieron viviendo todo el tiempo con sus padres hasta cuando se trasladó a Bogotá por motivos de trabajo y que saben que MAIRON GIOVANI les colaboraba a sus padres con algún dinero para ayudar con los gastos de la familia.*
>
> *(…)*

> *Los padres del causante no tienen empleo formal, se dedican a las labores del campo, la señora BLANCA RUBIELA en las labores del hogar y el señor HECTOR ALFONSO en labores agrícolas.*
>
> *Los padres del causante no están afiliados al sistema de seguridad social en el sistema contributivo, están afiliados en salud al sistema subsidiado –Sisben por el municipio de Gacheta Cundinamarca. (…)*
>
> *8.4.- Los padres del causante, parecen en el índice de propietarios de la superintendencia de notariado y registro –instrumentos públicos, como propietarios de seis bienes predios rurales, no están registrados en cámara de comercio como propietarios o socios de establecimientos comerciales y no tienen vehículos.*
>
> *8.5.- Con bes* (sic) *en lo anterior, consideramos que no habría dependencia económica de los padres con el causante; porque en el periodo que estuvo laborando lo hizo en Bogotá donde devengaba el salario mínimo, y con eso tenía que subsistir; no hay evidencia que haya enviado dinero a sus padres y por otro lado los padres poseen bienes, en total seis predios rurales, lo que les da solvencia económica"*

Así pues, las declaraciones recién reseñadas y la prueba documental analizada, en consideración de la Sala cuentan con plena credibilidad como quiera que, en lo que atañe a los testimonios, estos devienen de personas que percibieron los hechos sobre los cuales declararon, de manera directa y personal, quienes se mostraron conocedores de circunstancias personales del mismo y fueron certeros en sus afirmaciones, dando cuenta de la colaboración económica que brindaba MAIRON GIOVANI BELTRÁN GORDILLO (QEPD) a sus progenitores que si bien entregaba $300.000 aproximadamente, con la suma aportada es claro que se suplían los gastos que pudiesen generarse como alimentación y pago de servicios públicos, declaraciones que revalidan lo afirmado por los demandantes en su escrito introductor, advirtiendo la declaración de LUIS CARLOS BELTRÁN se valoró con mayor rigurosidad en razón de su parentesco con uno de los demandantes, precisando sus dichos no se muestran parcializados ni con el ánimo de favorecer a los convocantes, por el contrario concuerdan con las restantes versiones.

Nótese que si bien se aportó por la demandada el INFORME DE INVESTIGACIÓN efectuado a través de la empresa COINSETEC LTDA (fls. 156 a 160), en donde se anotó la independencia económica de los actores fundada en la titularidad de seis predios, lo cierto es que estos coinciden con el lugar en donde residen según se anotó en el mismo informe y constituyen lotes pequeños, que limitan entre sí, ubicados en la zona rural, los cuales, según lo informado por los deponentes, no son objeto de explotación económica. En todo caso, no debe olvidarse que esa

sola circunstancia, como se determinará más adelante, no es óbice para establecer la dependencia económica de los actores frente al causante.

Ahora bien, debe precisar la Sala que los aportes adicionales que pudiera recibir la pareja por parte de sus otros hijos, no los hacen autosuficiente económicamente, pues según los testimonios ya reseñados la ayuda que recibían por parte de estos era esporádica, razón por la cual pese a que no se demostró en juicio cifras puntuales de la ayuda recibida, ni de los gastos totales de sostenimiento de la pareja de demandantes, si quedó claro que su hijo MAIRON GIOVANI (Q.E.P.D) era quien en mayor parte asumía todos los gastos, aun cuando se encontraba viviendo en el momento anterior a su deceso en la ciudad de Bogotá, por ende después de su muerte evidentemente se desmejoró la condición socio económica de los accionantes quienes además, según el mismo informe incorporado por la demandada no tienen un empleo formal ni son cotizantes al sistema de salud (folios 156 a 160), iterando al interior del proceso no se acreditó la suma que por ingresos reciben los actores de los demás miembros de su familia, para con ello lograr determinar que en efecto no dependían económicamente del causante.

A éste respecto, es menester traer a colación pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se consignan los lineamientos a seguir a la hora de examinar el requisito de dependencia económica exigido para acceder a la pensión de sobrevivientes, plasmado en la Sentencia SL1458-2015 proferida dentro de la Radicación No. 45085, del 11 de febrero de 2015, señalando en lo que aquí interesa:

> *"Valga recordar lo que ha adoctrinado esta Sala, al expresar que la dependencia económica, exigida por la ley, debe confluir en los hijos del pensionado o afiliado, al momento del fallecimiento de éste, pues es precisamente el riesgo de orfandad lo que cubre la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, como en este caso, respecto de aquellos dependientes del fallecido que carecen de medios para su propio sustento, por encontrarse imposibilitados para trabajar, por salud o estudios (sentencia CSJ SL, 1º nov. 2011, rad. 44601).*
>
> *(...)*
>
> *Aunado a lo anterior, se ha de precisar que la Sala tiene establecido el criterio según el cual, la existencia de una prestación periódica en cabeza del beneficiario per se no implica que desaparezca la dependencia económica y que se excluya la posibilidad de acceder a otra, si no se demuestra que la que ya disfruta lo convierte en autosuficiente económicamente (sentencia de 24 de mayo de 2011, rad. N° 37595).*
>
> *Esa posición doctrinaria la comparte la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006, al fijar algunas pautas para determinar la dependencia económica así:*

> ***1.*** *Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.*
>
> ***2.*** *El salario mínimo no es determinante de la independencia económica*
>
> ***3.*** *No constituye independencia económica recibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993.*
>
> ***4.*** ***La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional.***
>
> ***5.*** ***Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes*****.**
>
> ***6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica****. (Resalta la Sala)*
>
> *Significa lo dicho, que el juicio que hizo el fallador de segundo grado, según el cual: (i) los ingresos que recibía el demandante no impedían predicar la dependencia en tanto ésta no debía ser total y absoluta; (ii) que estaba subordinado para su subsistencia a la ayuda que recibía de su madre, y, (iii) que debido a ello se daba el requisito de la dependencia económica, lo que permitía dispensar el derecho pensional a la luz de la L. 100/1993, art. 47, modificado por la L. 797/2003, art. 13, no puede estimarse desacertado, ni la aplicación indebida de la norma que denuncia el recurrente".*

Adicional a lo anterior, tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, que la dependencia económica debe determinarse de acuerdo a las circunstancias presentadas en cada caso en particular, como así lo señaló en sentencia SL8406 del 1º de julio de 2015, en la que textualmente se consideró:

> *"…si bien la dependencia económica de los padres con respecto de sus hijos no tiene que ser total y absoluta, si debe ser un verdadero sustento económico importante para resolver las necesidades de la familia que, de no tenerlo afecte la vida digna que se procura (sentencia CSJ SL4811 – 2014).*
>
> *Lo advertido, por cuanto la dependencia económica es una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, en tanto que si los ingresos que perciben los progenitores de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto que exige la norma para poder acceder a la prestación económica objeto de debate. De ahí que sí resulte necesario establecer, no solo en qué consistía y si no a cuánto ascendía la ayuda o el aporte que hacía el causante en vida, para en perspectiva de esa situación poder determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida.*
>
> *Así las cosas, no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para ostentar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad*

> *prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas".*

Así las cosas, el dinero que aportaba el señor MAIRON GIOVANI BELTRÁN GORDILLO a sus progenitores, no correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres, sino por el contrario, era determinante para su sostenimiento, dada la cantidad aportada y su periodicidad, en tanto con este se suplían los gastos, todo lo cual permite predicar la dependencia económica que ostentaba los accionantes respecto del causante.

En los anteriores términos, al configurarse el requisito de dependencia económica de los accionantes respecto del causante, extraído de la prueba testimonial recaudada y la documental aportada, valorada bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelada, en consecuencia deberá confirmarse la sentencia de primer grado.

Agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, habiéndose arribado las mismas conclusiones del a quo lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUSTAVO DUARTE ESTEBAN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD 23 2019 00353 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada (folio 117), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de surtir el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de febrero de 2020 (Cd. fl. 112, record 12:08 acta a folio 111), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra por parte del Señor GUSTAVO DUARTE ESTEBAN, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** al demandante.*
>
> ***TERCERO:** se **ORDENA** la consulta en el evento de no ser apelada la presente sentencia a favor del demandante dado que las resultas del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones. "*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora recurrió la decisión únicamente en lo que tiene que ver con la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta que los aportes no fueron realizados de acuerdo con lo

devengado, precisando el empleador tenía la obligación de trasladar o de hacer los aportes a la Seguridad Social frente a la totalidad de los ingresos que devengara el trabajador, señalando el empleador no hizo lo propio, no cumplió con esa obligación de hacer los aportes con el 100% de lo que le pagaba al trabajador y de esa manera asegura se está viendo afectado no solamente el trabajador sino el Sistema de Seguridad Social, en lo que tiene que ver con salud y pensiones.

Razón por la cual expresa, Colpensiones ésta llamada a cobrar esa diferencia que tiene el empleador al no haber hecho los aportes con el 100% de lo que devengaba el demandante, reiterando sí es importante la diferencia toda vez que modificaría el valor de la mesada pensional del señor Gustavo Duarte[1] (Cd folio 112, audio 3, récord: 13:13).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante GUSTAVO DUARTE ESTEBAN, las pretensiones elevadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 3 y 4, solicitando principalmente se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo, es decir, a partir del 25 de enero del 2015, se reliquide el valor de la mesada pensional para que se tenga

[1] "Manifiesto que quiero interponer el recurso de apelación contra la decisión que acaba de tomar el despacho, toda vez que, si bien es cierto, como lo acaba de manifestar en el sentido que al parecer los aportes no fueron realizados de acuerdo con lo devengado, no es menos cierto que, el empleador tiene la obligación de trasladar o de hacer los aportes a la Seguridad Social frente a la totalidad de los ingresos que devengue el trabajador y aquí lo que acabamos de observar o lo que el despacho acaba de encontrar probado que el empleador no hizo lo propio, no cumplió con esa obligación de hacer los aportes con el 100% de lo que le pagaba al trabajador y de esa manera pues se está viendo afectado no solamente el trabajador sino el Sistema de Seguridad Social, en lo que tiene que ver con salud y pensiones.

De manera que en este sentido, estaría llamado Colpensiones a cobrar esa diferencia que tiene el empleador al no haber hecho los aportes tal como lo he indicado respecto del 100% que devengaba dicho trabajador, además que si es importante la diferencia toda vez que modifica lo que sería el valor de la mesada pensional del Señor Gustavo Duarte.

En esos términos dejo presentado el recurso de apelación, para que el Honorable Tribunal revise y modifique la sentencia en tal sentido. Muchas gracias."

en cuenta todo el tiempo laborado y con los valores devengados, a pagar la diferencia entre el valor de la mesada reconocida a través de la Resolución GNR 43142 y la reliquidada, junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de la primera mesada pensional, costas procesales y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones** pues se absolvió de todas las pretensiones incoadas, tras considerarse en primer lugar que el demandante no es beneficiario del régimen de transición pues al 1° de abril de 1994 no tenía 40 años de edad y tampoco los 15 años de servicio, tan solo 14 años, 2 meses y 29 días, precisando que solo en gracia de la discusión si bien contaba con más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, lo cierto es que no alcanzó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 (aplicable si fuera beneficiario del régimen de transición) antes del 31 de diciembre de 2014, pues los 60 años de edad fueron cumplidos el 25 de enero del año 2015 y en cuento a los valores que debieron tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión adujo el Juez *a quo,* no existir prueba de que el ex empleador del accionante haya cotizado con los salarios que fueron certificados en la documental aportada al expediente, por lo cual Colpensiones liquidó la prestación pensional conforme a lo reportado, mesada que se encuentra ajustada a derecho.

De tal manera, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en el punto concreto objeto de censura, esto es, frente al valor de las cotizaciones efectuadas por el ex empleador del demandante, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum apellatum*), precisándose tal situación de contera descarta el estudio de las circunstancias o hechos por los cuales no se accedió al reconocimiento pensional en virtud del régimen de transición expuesto en los hechos Nos. 4 a 6 (fl. 3) y en el acápite de FUNDAMENTOS DE DERECHO (ver folio 5).

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia la existencia de un vínculo contractual entre el demandante y la sociedad

PARQUEADEROS YA LTDA., empresa que conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones a folios 78 a 89 inició la afiliación y las cotizaciones del actor el 1° de enero de 1997 y hasta el 31 de enero del 2017.

En este orden de ideas se advierte, en la demanda el accionante no especificó los periodos respecto de los cuales procura la reliquidación de la cotización de aportes a pensión; sin embargo, la lectura detallada del escrito introductor permite inferir que su inconformidad versa particularmente sobre el ingreso base de cotización sobre el que se hizo el aporte por parte de PARQUEADEROS YA LTDA según se señala en los hechos 7 y 8 del libelo (fl. 4), para los periodos certificados a folios 31 a 38 así:

- Folio 38 Del 15 de mayo del 2004 al 5 de junio del 2006 = Salario promedio mensual de $ 680.000.
- Folio 31, Del 17 de julio del 2006 al 8 de mayo del 2007 = Salario promedio mensual del $700.000.
- Folio 32, Del 16 de nov8iembre del 2010 al 10 de noviembre del 2011 = Salario promedio mensual de $900.000.
- Folio 33, Del 17 de marzo al 3 de julio del 2014 = Salario promedio mensual $975.500.
- Folio 34, Del 16 de abril al 31 de julio del 2015 = Salario promedio mensual $1.000.000.
- Folios 35 y 37, Del 16 de mayo del 2016 al 23 de noviembre del 2016 = Salario promedio mensual $1.100.000.
- Folio 36, Del 16 de mayo de 2016 al 15 de mayo del 2017 = Salario mínimo legal vigente de $737.717.

No obstante advierte esta Corporación, en primer lugar no se llamó al litigio a la mencionada sociedad quien certificó tales salarios, aunado a ello se evidencia de las citadas certificaciones el actor tuvo diferentes vinculaciones con algunos periodos de interrupción y por ejemplo para el año 2016 (mayo a diciembre) se certifican dos salarios uno de $1.100.000 y otro de $737.717 (ver fls 35 y 36) y en todo caso en las citadas documentales se menciona es un salario promedio, sin registrarse mes a mes lo realmente devengado por el accionante, para poder contrastar si el IBC reportado a la accionada, por lo menos para tales años y

meses certificados, es inferior como lo aduce el accionante y, en todo caso solo en gracia de la discusión de encontrarse probado que se efectuaron cotizaciones con un salario menor, tal como lo señaló el Juez de primer grado COLPENSIONES no es la responsable del reconocimiento y pago de las diferencias entre lo que realmente pudo devengar el actor y lo reportado, pues la función en estos casos de la Administradora Colombiana de Pensiones es liquidar la prestación pensional de conformidad con el Ingreso Base de Cotización reportado mes a mes por el empleador del accionante, tal como se hizo en la Resolución GNR 43142 del 8 de febrero del 2017 (fls. 18 a 22).

Precisándose al demandante si lo que buscaba a través de este ordinario era el pago de la diferencia de cotizaciones con el verdadero salario, debió llamarse a la Litis a la sociedad PARQUEADEROS YA LTDA, pues ésta como empleadora del demandante es quien debe responder por el pago de tales cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, por ende si después del trámite procesal se comprobaba que en efecto el actor tuvo salarios más altos que los reportados, quien debía ser condenado era el empleador y no COLPENSIONES al pago de esas diferencias de cotizaciones como se aduce en la apelación, pues una vez el empleador pague tales diferencias (*solo en caso de que en este litigio se hubiera vinculado y se hubiera discutido tal punto*) COLPENSIONES sí podría proceder a la reliquidación pretendida, no obstante como ya se señaló tal discusión no se surtió dentro de este proceso y en ese orden no resulta procedente condenar a la accionada a una reliquidación con base en unos salarios que no fueron reportados al sistema.

De esta manera y sin más consideraciones, agotada como se encuentra la competencia de la Sala por el estudio del recurso de apelación del accionante, se impone la confirmación de la sentencia apelada, por las motivaciones expuestas precedentemente.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

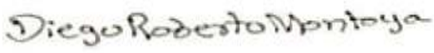
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones que preceden.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

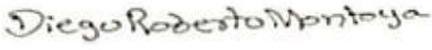


RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YULLY XIOMARA BARONA CÉSPEDES CONTRA MVG CONSTRUCTORES S.A. (RAD. 23 2019 00131 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 133 a 136 y 137 a 138), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de febrero de 2020 (Cd fl. 130, audio 2, record 22:00, acta a folio 129), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas MVG CONSTRUCTORES BOGOTÁ de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandada YULLY XIOMARA BARONA CÉSPEDES conforme a lo considerado.*
>
> ***SEGUNDO: COSTAS** a cargo de la parte demandante.*
>
> ***TERCERO**: Si no es apelada la presente sentencia, se ordena surtir a favor de la demandante el **GRADO JUSRIDICCIONAL DE CONSULTA** para que el superior revise esta sentencia dado que es totalmente adversa a las pretensiones de la demandante."*

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda al pago de los salarios desde el 27 de octubre hasta cuando finalizó la obra.

En tal sentido, señala, dentro del acervo probatorio no se encuentra demostrado que la actora haya cometido los actos, pues se le endilga que JUAN DAVID renunció en razón a los malos tratos recibidos pero en su dimisión queda claro que fue por motivos personales. Adicionalmente, dice, según las declaraciones cuando se presentó la discusión con este, no había personas escuchando.

Por otra parte, considera acreditada la vulneración del artículo 29 de la Constitución, particularmente su derecho de defensa, ya que la citaron para una reunión con el representante legal de la empresa pero se trataba realmente de una diligencia de descargos que nunca le comunicaron.

De otro lado, advierte la mala fe de la empresa al incorporar un reglamento interno de trabajo no vigente para la época de los hechos (2016) pues data de 15 de marzo de 2019.

Estima, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe haber una inmediatez, esto es, el contrato debe darse por terminado inmediatamente después de ocurridos los hechos que motivaron el despido, de lo contrario se entiende exculpada la conducta por parte del empleador y no podrá alegarla judicialmente; además, resalta, la terminación sin justa causa debe ser explícita, concreta e intempestiva, lo que no ocurrió en este caso porque los hechos ocurrieron en agosto y los descargos fueron en octubre, entendiendo con ello están exculpados por el patrono[1] (Cd fl. 130, audio 2 récord 24:48, acta a folio 129).

[1] "*Me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que acaba de proferir señor juez, teniendo en cuenta que dentro del acervo probatorio no se encuentra demostrado que efectivamente la demandante haya cometido los actos, toda vez que se le endilga que el señor JUAN DAVID renunció por los malos tratos cuando él renuncia dice muy claro, renuncio por motivos personales, que se encuentra dentro del expediente.*

Ahora bien, en las mismas declaraciones aparece que cuando discutieron la demandante y el señor JUAN DAVID no habían personas que escucharan tal discusión, por lo cual no existe prueba fehaciente dentro del expediente. Es violatorio al artículo 29 de la constitución toda vez que se le violó el derecho a la defensa a pesar de ser una profesional también, pero fue violado en su integridad el derecho de defensa toda vez que a ella la citaron para una reunión con el representante legal de la empresa y cuando llegó allí se trataba de una diligencia de descargos, cuando en ningún momento se lo comunicaron.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la subsanación de la demanda a folios 40 y 41, **los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 42 y 43**, solicitando se declare que la terminación del contrato de obra o labor contratada suscrito con la demandada, fue sin justa causa, además, que el referido contrato fue modificado en su alcance mediante otrosí N° 2 de 31 de agosto de 2016, hasta la terminación de mampostería de la obra Altos de Jacard, que su salario mensual para el año 2016 era de $4.280.000. En consecuencia, se condene a la sociedad MVG CONSTRUCTORES a pagar a su favor, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir desde el 27 de octubre de 2016 hasta la fecha en que se pruebe la terminación de la labor de mampostería del edificio Jacard, para la cual había sido contratada, así como los aportes a seguridad social de ese mismo interregno, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia desfavorable** a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, tras considerar, los motivos esgrimidos en la carta de terminación del contrato de trabajo, referente a malos tratos, se encontraban acreditados con las pruebas recaudadas en el expediente, incluso, conforme lo aseverado por la demandante al absolver su interrogatorio, lo cual se enmarcaba dentro de la causal contenida en el numeral 2, literal a del artículo 62 del C.S.T, anotando, no

---

Nótese la mala fe de la empresa demandada que se le pidió que aportara el reglamento interno de trabajo y el que aportó fue un reglamento interno no vigente para la época de los hechos porque este reglamento es el 15 de marzo del 2019 y los hechos sucedieron en el 2016.

Ahora bien, la corte ha dicho en varias jurisprudencias que debe haber una inmediatez por parte del empleador, dice que el empleador debe darle por terminado inmediatamente después de ocurridos los hechos que motivaron o la decisión que tuvo conocimiento de los mismos, de lo contrario se entera que ha sido exculpado y no podrá alegarlo judicialmente, también dice que dentro de la terminación del contrato por justa causa por el empleador debe ser explicita, concreta intempestivamente y en este caso fue lo contrario, los hechos que se le endilgan ocurrieron en agosto y los descargos sucedieron en octubre, posteriormente le dan por terminado el contrato, lo que se entiende que sin aceptar que haya hecho estos actos, se encontrarían exculpados por el patrón de acuerdo con corte suprema de justicia sala laboral.

En estos términos sustento el recurso y solicito al honorable tribunal revoque la sentencia y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda como son que se le paguen los salarios desde el 27 de octubre hasta la fecha en que terminó la obra, como lo dice en una hoja que aporta la parte demandada, que terminaron en febrero de 2017. Gracias su señoría"

se incurrió en violación alguna del debido proceso de la actora por cuanto el despido no se equipara a una sanción disciplinaria.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes a partir del 17 de junio de 2015, por cuanto la misma se aceptó por la encartada desde la contestación de la demanda (respuesta al hecho primero, folio 78); de igual forma, tampoco se discute que el vínculo laboral, finalizó por decisión unilateral del empleador el 26 de octubre de 2016, circunstancias que además de no ser objeto de apelación, se constatan con la copia del contrato y sus otrosíes visibles a folios 17 a 19, 20 y 21, la liquidación del contrato (folio 25), la certificación laboral expedida por la sociedad convocada a juicio el 28 de octubre de 2016 (folio 54) y la misiva del despido obrante a folios 22 a 24 y 109 a 110.

En esa dirección, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., "*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (…)*" por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes, en los casos en los cuales se han incumplido las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que "*La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos*", advirtiendo, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa.[2]

[2] Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz *"(…) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono." la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término*

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, deberá examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia, y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 26 de octubre de 2016 (fls. 22 a 24 y 109 a 110), de la que se tiene certeza fue entregada en esa fecha por la demandada a la accionante, dado que así lo expuso ella misma en los hechos del libelo introductor (hecho 7, folio 42), misiva en la que se señaló como causas del despido las siguientes (folios 22 a 24):

> *"(…)*
>
> *Nos dirigimos a usted, para comunicarle que la sociedad MVG Constructores S.A. ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa. Esta terminación será efectiva a partir de la finalización de la jornada laboral del día de hoy 26 de octubre de 2016.*
>
> *La razón de esta decisión se sustenta en el Decreto 2351/65, artículo 7, literal a) numeral 6, en concordancia con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, la disposición de obligaciones y prohibiciones del Reglamento Interno de Trabajo, así como la diligencia de descargos practicada el 26 de octubre de 2016, con la que se verificaron las faltas relacionadas con los malos tratos hacia sus compañeros de trabajo, lo cuales* (sic) *han incitado a algunos a presentar su carta de renuncia.*
>
> *Luego de haber sido valoradas sus respuestas, no se encuentra justificación alguna sobre las constantes quejas presentadas por sus compañeros de trabajo e inclusive de algunos contratistas, como consecuencia de los malos tratos recibidos por parte suya como Residente de Obra en el proyecto Altos de Jacard. En varias oportunidades le ha sido llamada a la atención tanto en forma verbal como por escrito, respecto de la obligación que rige para todos los empleados de la Compañía en cuanto a la forma de dirigirse entre los compañeros de trabajo, pues esto es un elemento fundamental para conservar un buen ambiente laboral, el cual debe primar ante todas las cosas en nuestra organización*
>
> *Durante el transcurso de los últimos meses, algunos trabajadores han renunciado a la Compañía manifestando su descontento en la forma como usted los trataba, situación que de ninguna manera puede ser pasada por alto, pues pudo constatarse con la diligencia de descargos que con un maestro de obra, un almacenista, una residente SISO, se han presentado constantes controversias y en algunos casos alzando la voz hasta los gritos e insultos, por lo que se demuestra su constante incumplimiento a las obligaciones y prohibiciones que tiene como trabajador de MVG Constructores S.A.*

---

del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejo de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley…"

Por otra parte, el 30 de agosto de 2016 le fue entregado un memorando por parte de la Gerencia de la Compañía, solicitándole que revaluara su forma de dirigirse a sus compañeros de trabajo y/o contratistas, pues es inaceptable cualquier palabra soez que fuera usada, adquiriendo usted el compromiso de cambio, no obstante con posterioridad a la firma de dicho documento han continuado presentándose quejas de parte de algunos funcionarios y/o contratistas, por lo que resulta siendo inmodificable la decisión para la Compañía que con este documento se toma, pues luego de haber hecho las investigaciones correspondientes puede colegirse el claro incumplimiento a las disposiciones legales, reglamentarias y contractuales.

En este orden de ideas, resulta siendo intolerable para MVG Constructores S.A. que haya ocurrido este hecho, más aun cuando le había sido recordado anteriormente la necesidad de cumplir las órdenes y labores cotidianas, por lo que la razón de esta decisión se sustenta en: (i) el grave e injustificado incumplimiento a órdenes e instrucciones particulares, claras y concretas impartidas por su empleador y sus representantes, para el desempeño del cargo y las funciones inherentes al mismo; (ii) diligencia de descargos practicada el 26 de octubre de 2016 (iii) la causal contenida en el numeral 6 del literal a) del artículo 62 del C.S.T. subrogado por el decreto ley 2351 de 1965 artículo 7, en concordancia con el numeral 1 del artículo 5 del C.S.T.

(...)"

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, en la diligencia de descargos rendida por YULLY XIOMARA BARONA el 26 de octubre de 2016 (folios 105 vto. a 108), se indicó lo siguiente:

"(…)

***6.** ¿Ha tenido alguna vez problemas o confrontaciones con compañeros de trabajo?*
***R:** Si*

(...)
***8.** ¿Ha tenido alguna vez problemas o confrontaciones con los contratistas?*
***R**: Con los contratistas, tuve un inconveniente con Jesús Sanabria pero se le informó a la gerencia en su momento.*

(...)

***10.** ¿Sabe usted que algunos compañeros de trabajo han renunciado a la Compañía por los malos tratos recibidos de parte suya?*
***R:** No fueron malos tratos, fue una discusión que tuve con Juan David, un solo día, una sola vez.*

***11.** Le ha sido comunicado a la Gerencia del Proyecto algunos malos tratos recibidos de parte suya hacia los contratistas ¿Qué tiene para decir al respecto?*
***R:** Que es mentira, la única vez que tuve un problema con un contratista, fue informado a la Gerencia del Proyecto y a toda a la dirección en un Comité de Obra diciéndoles qué pasaba con el contratista.*

12. *¿Le ha sido llamada la atención en algún momento por la forma de expresarse hacia sus compañeros de trabajo?*
R: *El doctor Bernardo un día me llamó la atención, que fue por el problema con Juan David.*

13. *¿Puede relatarnos brevemente qué sucedió en la última reunión del COPASST?*
R: *Se le solicitó por parte de la obra a la gente del COPASST que nos explicaran los procesos que tenían como administración para hacer muchas cosas en Sistema de Gestión de Calidad y Sistema de Gestión de Riesgos y también se les solicitó el alcance del contrato de personal de SISO para saber cuáles eran realmente sus funciones y también se les solicitó que hiciéramos una sola compañía y nos dijeran que procesos llevaban en Villanova para nosotros implementarlos en la obra. Se le solicitó que el SISO estuviera en obra, estuviera capacitado para realizar su trabajo, entonces ellas empezaron a decir que los problemas que se habían tenido con los SISO era por mal manejo de la obra, entonces se les hizo ver que los 2 SISO que habían llevado no estaban capacitados.*

14. *Martha Carmona manifestó que el día de la reunión del COPASST, usted le dijo a ella "No le preste atención, que eran unas viejas locas" ¿Qué tiene que decir al respecto?*
R: *Que es no es cierto que le deberían preguntar a la arquitecta.*

15. *¿Puede relatarnos brevemente qué sucedió con el almacenista de la obra?*
R: *Tuvimos una discusión por falta de comunicación de él porque necesitábamos un equipo que no estaba en la obra o estaba dañado, ya no me acuerdo y él no nos había comunicado al respecto.*
Si, las cosas se subieron de tono, nos hablamos muy fuerte y discutimos.

16. *¿Puede relatarnos brevemente qué pasó con el maestro Julio?*
R: *Un jueves le enviaron la carta diciendo que no pasaba el periodo de prueba, el señor se puso muy bravo e intentó pegarme, tuve que llamar a la policía y me auxilio el personal de obra.*

17. *¿Usted qué le dijo o le respondió al maestro Julio?*
R: *Yo no le dije nada, la carta se la entregó un ayudante. Yo estaba en la puerta de la obra con el celador y con unos trabajadores cuando llegó el señor gritando y tratando de pegarme, rompió la carta y me tiró los papeles por la cara, me gritó muchas groserías y me dijo que me iba a matar. Yo subí de una vez a la oficina, llamé a Ingrid, puse el teléfono en altavoz y llamé a la policía, y ellos fueron los que lo retiraron de la obra.*

18. *¿Se acuerda del ayudante que renunció y que nos dijo que era por problemas con usted?*

R: *Yo nunca he tenido problemas con los ayudantes y menos de administración.*

19. *El ayudante al que nos referimos en la pregunta anterior se llama Yesid Lozano ¿Lo recuerda?*
R: *No sé si se llamaba Yesid, pero cuando estaba Julio había un ayudante que se fue pero yo nunca tuve problemas con él. Ni siquiera trataba con él.*

20. *¿Usted ha tenido algún problema o discusiones con los SISO?*

***R:** Con los de administración no.*

***21**. ¿Quiere decir la respuesta anterior que con algunos otros SISO si ha tenido problemas?*
***R:** Con una muchacha que se llamaba Alejandra. Nunca tuvimos química para trabajar.*

***22**. ¿Qué tipo de problema o discusión tuvo con Alejandra?*
***R:** Que no le gustaba seguir como el conducto regular y siempre se saltaba a Andrés y para mí y le pasaba los problemas directamente a la Directora de Obra. Además se tomaba atribuciones que no le correspondían.*

(…)
***24**. Le fue informado a la Dirección del Proyecto por parte de Ana Lucía, la anterior recepcionista, que usted usaba malos tratos o palabras inadecuadas ¿qué tiene para decir al respecto?*
***R:** Que no es cierto, jamás tuve problemas con ella, siempre le pedía que me comunicara con Carolina. Además no tenía por qué tratar mal a esa muchacha.*

***25.** ¿Usted en algún momento ha utilizado malas palabras hacia sus compañeros de trabajo?*
***R:** El día que discutí con Juan David le dije "maricadas" que fue la palabra que utilicé.*

***26.** ¿Por qué ha reaccionado con malas palabras hacia sus compañeros de trabajo en algunas oportunidades?*
***R:** Nada, solamente fue una vez con Juan David.*

***27.** ¿Usted suscribió un compromiso con la Compañía sobre la forma que debía dirigirse hacia sus compañeros de trabajo y contratistas?*
***R:** Sí, fue un memorando que me entregaron que por el problema con Juan David, pero no veo la verdad porque me hacen hasta ahora esas preguntas de gente que ya no está en la Compañía"*

***28.** ¿Le ha sido llamada la atención verbal o por escrito relacionadas con el trato hacia sus compañeros de trabajo?*
***R:** sí.*

***29.** ¿Considera usted que ha incumplido los compromisos adquiridos en relación al trato con sus compañeros de trabajo y contratistas, después de haber recibido el memorando?*
***R:** Si los he cumplido, el único percance es que **levanté la voz en el COPASST** no dije groserías ni traté mal a nadie.*

***30.** ¿Sabe usted que los malos tratos entre compañeros de trabajo se consideran una falta grave a las obligaciones contractuales y reglamentarias?*
***R:** Si*

***31.** ¿Tiene algo más que agregar?*
***R:** Si. Que me gustaría que hubiese más comunicación entre la Gerencia MVG y la parte de obra que realmente verificaran las cosas antes de tener un mal concepto de la gente y no se quedaran con una sola versión, y que cuando se les ha solicitado*

> *cosas no ha sido para ir en contra del personal de MVG sino para ir en favor de la empresa y que no soy tan grosera y antipática como dice, porque nunca he tenido problemas con los contratistas.*
>
> *Que con el único que he tenido un error, fue con Juan David,* ***le pedí disculpas y le pedí que no renunciara y que con Alejandra solicité que la cambiaran de obra para no tener más inconvenientes con ella."***

Además de lo anterior, en el proceso se recibieron los interrogatorios de las partes[3] y los testimonios de MARTHA EUGENIA GARCIA[4], INGRID SANTOS VILLA[5], DIANA MURILLEJO RAMOS[6] y ANA LUCÍA GALINDO[7], los que se sintetizan así:

El representante legal de la sociedad convocada a juicio BERNARDO MARTINEZ VILLALBA, gerente desde 1980, comentó que la relación con la demandante terminó por problemas, porque trataba mal al personal bajo su mando; que le hizo varios llamados de atención verbales pero no funcionaron. Mencionó, al almacenista lo trató mal y por eso renunció. Relata, la citación a descargos se realizó de forma verbal y con relación a la investigación de las faltas dijo que estas se discutían en los comités. Señaló, aunque las personas que renunciaron aduciendo malos tratos de la actora no dejaron consignadas esas observaciones por escrito, están citados a rendir declaración. JUAN DAVID LOZANO el almacenista, por ejemplo, le dijo personalmente que renunció porque no se aguantaba los malos tratos de la ingeniera, lo que le comentó verbalmente.

Por su parte, la demandante indicó, le pasaron la carta de despido por quejas de compañeros y otros contratistas que por malos ratos, lo que aseguró no ser cierto. Refirió, una vez fue requerida verbalmente y fue el día que se le entregó el memorando, pidiéndole que se calmara. Relató, el memorando se lo entregaron porque había tenido una discusión con el compañero JUAN DAVID, almacenista de la obra, empezaron a discutir por unos equipos, le subieron el tono y después se calmaron; describe, fue una discusión entre compañeros, gritaron los dos, en la que no dijo groserías solo le dijo "*siempre me sale con maricadas"*, lo que ocurrió una sola vez. De otro lado, con relación a la residente SISO, Alejandra,

[3] Cd folio 130, audio 1 récord 10:28 (Representante legal demandada) y 22:07 (demandante), acta folio 124 y vto.
[4] Cd folio 130, audio 1 récord 36:42, acta folio124 y vto.
[5] Cd folio 130, audio 1 récord 44:47, acta folio124 y vto.
[6] Cd folio 130, audio 1 récord 1:04:46, acta folio124 y vto.
[7] Cd folio 130, audio 1 récord 1:14:05, acta folio124 y vto.

dijo que nunca discutieron, solo que no tenían química en el trabajo y como no estaba bajo su dirección se entendía directamente con el contratista. Frente al maestro de obra, cuyo nombre dijo no recordar pero cree era Julio César, comentó, a este decidieron terminarle el contrato pero el día que le entregaron la carta se puso muy bravo, la cortó, se la tiró a la cara e intentó pegarle, hubo una discusión "*no tan fuerte*" porque ella tenía miedo. Mencionó, el 26 de octubre de 2016 la llamó INGRID SANTOS, pero no a rendir descargos, sólo le indicó que el jefe la necesitaba para hablar con ella un tema y cuando ingresa a la reunión le informan que va a rendir descargos. Asegura, las preguntas las respondió de manera libre. Con relación a la renuncia de Juan David, dijo no ser cierto que fue como consecuencia de la discusión, que este renunció porque estaba en la universidad y necesitaba tiempo, que incluso intentaron coaccionarlo para que no renunciara porque había sido un altercado no más. Indicó, si era de carácter fuerte pero eso no significa que tratara mal a sus compañeros y que para ella un trato desobligante es insultar al empleado.

A su turno MARTHA EUGENIA GARCÍA, directora administrativa de MVG CONSTRUCTORES desde 2007, mencionó aunque no presenció directamente las discusiones de la demandante con personal de la empresa, refirió que si supo de los conflictos que esta tenía con muchas personas, entre ellos un maestro de obra, contratistas, el almacenista, con una niña de SISO, porque esas mismas personas se lo refirieron. Además porque debía estar al tanto de estas situaciones en razón de su cargo, debe saber lo que pasa con los contratos. Dijo, sabe que con el Almacenista la demandante tuvo una confrontación con palabras muy fuertes, por lo que le llamaron la atención; sin embargo por este hecho el almacenista renunció. Anotó en los comité de obra hubo contacto con Xiomara para indicarle del comportamiento que debía tener.

INGRID SANTOS VILLA, gerente de proyectos de MVG CONSTRUCTORES desde septiembre de 2013, relató que estuvo presente en el altercado de la demandante con el almacenista, frente a lo que describió: "*eso fue en la mañana, tenía cita con dueño del proyecto y empezamos a escuchar gritos, bulla, groserías, sin fin de problemas del almacén. Eso fue como a 10 metros de donde yo estaba"* y se dio cuenta que era XIOMARA con el almacenista. Precisó, la forma en que ella se expresaba hacia él era muy fuerte, con groserías "*que era un marica, un hijueputa"* no se escuchaba bien pero las groserías fueron muy

claras. Dijo, *"en ese momento estaba Martha Carmona, y le pidió que fuera y la controlara que no era una plaza de mercado. Martha habló con ella diciéndole que dejara la discusión, trató de traerla pero ella no quería pero al fin se fueron a hablar y se calmaron"*. Indicó, el almacenista le comentó directamente que se sentía afectado emocionalmente, muy maltratado y que no se podía aguantar su grosería (de la demandante), por eso renunció. Comentó, siempre tratan de averiguar que pasó y con ella ya se había vivido otro proceso, era reiterativo. Mencionó otro hecho acaecido con un Maestro de nombre Julio, relatando al principio del proyecto XIOMARA la llamó, le dijo que había tenido un percance con el maestro, que no podía salir que "*el tipo*" la estaba esperando afuera, que había sido una discusión fuerte, a lo que la deponente le pidió que se calmara, luego de eso el maestro renunció y se fue. Por otra parte, relata, la recepcionista ANA le comentó que la comunicación con XIOMARA era difícil y procuraba no entenderse con ella; que un contratista también le estuvo comentando que al ingeniera tenía un trato muy fuerte, así como él y no quería problemas con ella. Comentó, el ambiente era pesado por la demandante, ella (la testigo) iba casi todos los días y trataba de controlar el asunto. Indicó, con la actora personalmente tuvo inconvenientes porque ya no la veía como si fuera la jefe, entonces no consideraba sus observaciones (las de la testigo) y una vez le dio "*que tenía que hacer su trabajo*", pero prefirió no discutir con la accionante. Dijo, se dio cuenta como en dos oportunidades que el representante legal le llamó la atención por su conducta.

DIANA MURILLEJO RAMOS, aseguró, trabaja para la demandada como residente ST desde julio, anotando, antes trabajó para esa empresa de julio a septiembre de 2016 y en ese periodo conoció a la demandante. Aludió, en agosto de 2016 la actora tuvo un altercado con el almacenista JUAN DAVID, no recuerda palabras exactas pero recuerda que se alzaron la voz. Narró, tuvo inconvenientes con la demandante, particularmente cuando no dejaba entrar a las personas a la obra por no presentar la seguridad social, en esos casos la demandante llegaba a su oficina, tiraba la puerta y la gritaba, y esa fue la razón por la que duró poquito en la obra, más después de ver como trató a JUAN DAVID.

Finalmente, ANA LUCÍA GALINDO, quien labora para la demandada, indicó trabaja allí desde 2015, pero se salió en agosto de 2016 y regresó en agosto de 2017. Refirió Julio (maestro de obra) un día llegó a primera hora "*ofuscado*", a

desahogarse con ella diciendo que "*prefería renunciar antes que tener que pegarle a esa ingeniera".* Contó, directamente tuvo altercados telefónicos con la actora porque, dentro de sus funciones está el recibo de facturas para lo cual tenía estipulados horarios, puntualmente, la facturación de Altos de Jacard se recibía los jueves, si un proveedor no podía radicar ese día debía pedir autorización al ingeniero de la obra (que era la demandante), por lo que, recuerda una vez un proveedor no pudo radicarla el día jueves llamó a la residente de obra (XIOMARA) para pedir la autorización, y esta la gritó y le dijo "*que quien era ella que no se le olvidara que era la recepcionista que ella no podía mandar en la empresa* (por no recibir la facturación)", discusiones que eran de cada ocho días por rechazar las facturas fuera de horario o aquellas que presentaban incompletas porque les faltaba documentación. Comentó, con la demandante el ambiente laboral era pesado, que incluso cuando les pedía a los contratistas devolverse a la obra para pedir firmas, estos le rogaban que no los hicieran ir hasta allá porque con la ingeniera no se podía hablar.

Preliminarmente, precisa la Sala, la versión de los testigos goza de total credibilidad, por cuanto además de que sus testimonios no fueron objeto de tacha, a los deponentes les consta de manera directa los hechos, pues incluso intervinieron en los mismos o se presentaron de manera directa con estos como es el caso de las declaraciones rendidas por INGRID SANTOS, ANA LUCÍA GALINDO y DIANA MURIJELLO, quienes pusieron de presente las discordancias y discusiones vividas continuamente con la demandante, ilustrando principalmente sobre el altercado con el almacenista JUAN DAVID, lo que guarda correspondencia con las exposiciones hechas por el representante legal de la convocada quien mencionó sobre los diferentes inconvenientes presentados por la demandante con sus compañeros.

Así las cosas, a juicio de esta Corporación, los hechos atribuidos a la demandante como causales de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues es claro que el trato entre la actora y sus compañeros no era el más cordial, se presentaban múltiples enfrentamientos y discusiones en diferentes escenarios, y tuvo altercados salidos de tono con el almacenista de la obra como ella misma lo aceptó, tanto en el interrogatorio como en los descargos realizados por su empleador, utilizando en ocasiones términos desobligantes, groseros y en tono fuerte, enfatizando, las versiones de los testigos dan cuenta del

comportamiento conflictivo, grosero e irrespetuoso de la demandante, quien lanzó improperios contra sus compañeros de trabajo agrediéndolos verbalmente, generando roces e inconvenientes laborales, comportamiento que conforme esas mismas declaraciones fueron continuas y reiterativas. Nótese que la demandante al absolver los descargos hizo referencia a las disputas con el almacenista, con una compañera de SISO y el levantamiento de la voz en una reunión del COPASST, en el que les indico a los allí presentes que no estaban capacitados para realizar su trabajo (según relató en los descargos, folio 107 vto., pregunta 23)

Ahora bien, a la luz de lo previsto en el numeral 2 del literal a) del artículo 62 del C.S.T (subrogado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965), constituye una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del patrono "*todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo",* para cuya configuración basta que el trabajador trate descomedidamente a su empleador o las demás personas referidas en la norma, tal como lo ha sostenido de antaño la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 17 de octubre de 1978,[8] el marzo 22 de 1985,[9] y el 28 de agosto de 1986, última en la que señaló:

> *"El artículo 7 aparte A, numeral 2 del decreto legislativo 2351 de 1965, no le permite al sentenciador graduar la magnitud o la intensidad de los actos de violencia, injuria*

[8] *"la claridad del precepto (artículo 7, aparte A, del decreto Legislativo 2351 de 1965) es evidente. Basta entonces que el asalariado cometa cualquier acto de violencia, injuria en cualquier forma o trate descomedidamente de palabra o de obra a alguna de las personas que la norma enumera o caiga en indisciplina, ésta si grave durante su tiempo de labores para que el patrono pueda legítimamente despedirlo sea cuales fueren la antigüedad, la posición dentro del elenco de la empresa, la eficiencia en el trabajo o cualesquiera otras calidades o cualidades del infractor" (sentencia de 17 de octubre de 1978, expediente 6401).*

[9] *"El precepto transcrito distingue claramente los actos de violencia, injuria y malos tratamientos, de la indisciplina. Es suficiente que el trabajador, en cumplimiento de sus labores, ejecute actos de violencia, injuria o malos tratamientos en contra de las personas que señala la norma, para que el patrono pueda terminar el contrato con justa causa. En cambio, no todo acto de indisciplina autoriza la rescicion del contrato, si no únicamente el que ostente el carácter de grave.*
La distinción no es causal. Es evidente que la violencia, la injuria y los malos tratamientos, por si solos alteran los fundamentos mismos de la organización de la empresa. En tanto que este resultado perjudicial sólo se produce, tratándose de actos de indisciplina, cuando revisten tal entidad que impiden el desarrollo normal de la relación entre empleado y empleador o cuando colocan a este último en la imposibilidad de hacer valer el poder de dirección y de ordenador de su empresa, sin los cuales esa organización no pueda existir. La indisciplina leve no tiene esa incidencia en la empresa y por lo mismo no da lugar a la terminación del contrato.

> *Además, tampoco resulta puramente casual que en los actos de violencia, injuria o malos tratamientos ocurridos fuera del servicio, la ley (ord. 3° ibídem), exija que ellos se den con el carácter de graves, pues no puede equipararse lo que ocurra dentro de las labores, con lo que acontezca fuera de ellas"*

o malos tratamientos en que incurra el empleado durante sus labores, ya contra el patrono, sus familiares, o representantes o contra los compañeros, para esclarecer si en realidad o no justifican el despido del culpable. En efecto, según la dicha norma, basta que se compruebe que el despedido cometió uno cualquiera de tales actos reprochables para que el fallador, al decidir la Litis, tenga que calificar como justa o licita la cancelación del contrato de trabajo que, apoyado en ese móvil, decidió el patrono."

Sobre esta específica causal ha indicado además esa Alta Corporación, deben distinguirse la simple indisciplina con los malos tratamientos, últimos que son los que realmente dan lugar al despido. Así, en sentencia 30911 del 2 de marzo de 2009, la Corte sostuvo que:

"Esta Sala de la Corte, en reiteradas ocasiones, se ha pronunciado sobre los hechos que configuran la simple indisciplina del trabajador, que, en principio, no es motivo para terminar el contrato con justa causa y su diferencia con las injurias o malos tratamientos, que sí lo son, como lo asentó en la sentencia del 22 de marzo de 1985, en donde dijo lo que a continuación se transcribe:

"El concepto trascrito distingue claramente los actos de violencia, injuria y malos tratamientos, de la indisciplina. ***Es suficiente que el trabajador, en el cumplimiento de sus labores, ejecute actos de violencia, injuria o malos tratamientos en contra de las personas que señala la norma, para que el patrono pueda terminar el contrato con justa causa.*** *En cambio, no todo acto de indisciplina autoriza la rescisión del contrato, sino únicamente el que ostente el carácter de grave.*

"La distinción no es causal. ***Es evidente que la violencia, la injuria y los malos tratamientos, por sí solos alteran los fundamentos mismos de la organización de la empresa****; en tanto que este resultado perjudicial sólo se produce, tratándose de actos de indisciplina, cuando revisten tal entidad que impiden el desarrollo normal de la relación entre empleado y empleador o cuando colocan a este último en la imposibilidad de hacer valer el poder de dirección y de ordenador de su empresa, sin los cuales esa organización no puede existir. La indisciplina leve no tiene esa incidencia en la empresa y por lo mismo no da lugar a la terminación del contrato." (Régimen Laboral Colombiano, No. 1111, páginas 345 y 346. Legis Editores S.A.)*

(...)

Importa por ello traer a colación el criterio expuesto por la Sala en la sentencia del 21 de abril de 2004, radicación 20721, en la que en un caso de contornos similares al presente, esto dijo:

*"****Es que no puede confundirse, como al parecer lo hace el recurrente, la firmeza y el sentido de la dignidad con la grosería y el insulto****. Responder vigorosamente y con carácter al comentario de un superior jerárquico laboral, no puede equipararse a falta de respeto o mal tratamiento. La facultad subordinante del empleador o de sus representantes no puede llegar al extremo de pretender la obsecuencia del trabajador de suerte que éste deba guardar silencio o mostrarse pusilánime frente a cualquier requerimiento de su jefe, mucho más cuando el reclamo se presenta con*

> *cierto matiz irónico y adicionalmente se hace no dirigiéndose al propio empleado en forma franca y en privado sino de manera indirecta, a manera de comentario hecho a otra persona para que el afectado se sienta aludido."* (Negrilla y subrayas de la Sala)

Adicionalmente, a voces del órgano de cierre de esta jurisdicción, cuando se trata de la invocación de esta causal, no se requiere del ingrediente de gravedad para que configure justa causa de despido, cosa que si exige la ley en el evento de que el maltrato ocurra fuera del servicio por parte del empleado[10].

En ese orden de ideas, para esta Sala de decisión que la conducta desplegada por la trabajadora, hoy demandante, constituyeron en realidad malos tratamientos hacia sus compañeros de trabajo, e incluso frente a sus superiores, de allí que indudablemente se configuró la aludida causal prevista en el numeral segundo, literal a) del artículo 62 del C.S.T.

Aquí es importante precisar, para el caso no interesa que los hechos atribuidos al trabajador como justa causa de despido se enmarquen en una causal diferente a la alegada por el empleador en la carta de terminación pues lo que interesa es que el trabajador tenga certeza de los motivos de la terminación unilateral de su contrato[11].

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el demandante se dio con justa causa, y en ese orden, no procede el pago de la pretendida indemnización.

Con relación a la inmediatez, se advierte, el único hecho atribuido a la demandante no fue la confrontación que tuvo con el almacenista, acaecido en agosto de 2016 y que conllevó a que se le efectuara un llamado de atención escrito (folio 105), sino que también se sustentó en el altercado, por ejemplo, acecido en una reunión del COPASST, la cual, aunque no se precisó la fecha de su ocurrencia, en la diligencia de descargos la demandante aceptó que fue con posterioridad al enfrentamiento con JUAN DAVID, al dar respuesta a la pregunta 29 (folio 108) por lo que se entiende que entre este y el despido transcurrió un tiempo razonable. En todo caso, de antaño ha sostenido la Corte Suprema de

[10] Sentencia con radicación 14705 del 27 de noviembre de 2000.
[11] Sobre el punto puede consultarse la sentencia SL525-2020.

Justicia, cuando se trata de la reiteración de una conducta renuente del trabajador, aunque debe existir una relación de causalidad entre el despido y la fecha de la comisión de la falta, ello no obsta para que se le endilguen a este motivos lejanos para poner fin al vínculo, existiendo una principal cercana. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"Si bien es cierto que debe existir una relación de causalidad entre el instante del despido y la fecha en que el trabajador incurrió en la comisión de la falta en que se basó el patrono para tomar tal determinación, no lo es menos que éste puede aducir otros motivos considerados como justas causas legales para dar por terminado el contrato de trabajo, así como en el reglamento de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el contrato de trabajo, sin que pueda decirse válidamente que lo distante de algunas de estas faltas, existiendo una principal cercana, tornen esa decisión en arbitraria pues al contrario es acertada esa relación cuando se pretende demostrar la mayor gravedad de esta última en razón a la conducta reiterada del trabajador y su renuncia a corregirla, siendo cosa bien distinta que la determinación de dar fin a la relación de trabajo por parte del patrono se funde únicamente en motivos lejanos en el tiempo o no considerados como graves. Igualmente nada impide al patrono tomar la resolución de terminar la relación laboral amparándose en el mismo motivo por el cual anteriormente sancionó o llamó al orden al trabajador cuando quiera que éste persista en la misma actitud constitutiva de justa causa para dar término al contrato de trabajo."*[12]

Ahora, para responder a los reparos de la recurrente relativos a la violación del derecho al debido proceso, basta con señalar, no debe perderse de vista, tal como lo afirmó el *a quo,* el despido no es una sanción que solamente pueda ser impuesta, una vez agotado un procedimiento disciplinario con observancia del debido proceso, dentro del cual se destaca la oportunidad de escuchar al disciplinado en descargos. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con radicación 29207 del 5 de junio del 2007[13],

---

[12] CSJ rad. 4024, 10 de diciembre de 1990.

[13] *"Por último es de anotar, que en varias oportunidades ha señalado la Sala que* ***el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y que el agotamiento imperativo de un trámite previo sólo se exige legalmente con arreglo al artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo para la imposición de sanciones disciplinarias, no estando previsto legalmente tal procedimiento cuando se trata de una decisión de despido de un trabajador privado*** *por las causales consagradas en los numerales 5° y 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cual podrá reclamarse cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento o cualquier otro estatuto interno. En casos de despido lo único que consagra la ley, es la obligación de cumplir el preaviso para ciertas justas causas.*

En sentencia del 25 de julio de 2002, rad. N° 17976, señaló la Corte al respecto:

"(....) Valga agregar que el artículo 115 del CST, prevé el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias al trabajador, al cual debe ceñirse estrictamente el empleador cuando a ese fin apunta, descartando su aplicación cuando se trata del despido "que no es una sanción disciplinaria-, pues si la falta da lugar a la terminación del contrato de trabajo, la ley laboral no prevé ningún mecanismo o trámite previo a tal determinación, excepto en los casos en que procede el preaviso, según la clase de falta cometida (Art.7º Dcto.2351/65), dejando a salvo, obviamente, de este concepto lo que al respecto se hubiera pactado en el

criterio reiterado en la SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y más recientemente en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017[14].

En tal sentido, la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del contrato de trabajo, sin que para éste último se exija legalmente un trámite previo a menos que extralegalmente así se convenga, el que, en todo caso, pese a no ser necesario en el sub judice, encuentra la Sala que dicho procedimiento fue surtido a favor de la actora, pues nótese, se llevó a cabo diligencia de descargos en la que tuvo la oportunidad de rendir su versión sobre los hechos endilgados (folios 105 vto. a 108).

De tal manera, agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por el juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

---

contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, etc...” En el mismo sentido radicaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

[14] “*Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:*

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

> *Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, sí el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.*
>
> *De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.*

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.°86-89).”

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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 Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEIDY PAOLA RIVERA FRANCO CONTRA D & G CONSULTORES S.A. (RAD. 23 2019 00111 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de agosto de 2019 (Cd. fol. 247, audio 3, record: 21:24, acta a folio 246), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre* ***D & G CONSULTORES S.A.****, y la señora* ***LEIDY PAOLA RIVERA FRANCO****, se verifico un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 28 (sic) de agosto de 2018 al 24 de octubre de 2018, el cual terminó por voluntad del empleador por encontrarse en periodo de prueba.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a la sociedad* ***D & G CONSULTORES S.A.****, de todas las pretensiones incoadas por la demandante LEIDY PAOLA RIVERA FRANCO, conforme a lo considerado.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en* ***COSTAS*** *a la demandante.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR*** *la consulta a favor de la demandante, de no ser apelada la presente sentencia.****"***

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo, de conformidad con las pruebas decretadas de oficio por el

despacho, se puede observar la demandante sí asistió a su trabajo los días 21 y 24 de agosto de 2018 e inició actividades en esos días, precisando si bien en el contrato se indicó que la consecuencia para iniciar el mismo era la firma del contrato y el inicio de actividades no se logró comprobar una falta o una insuficiencia en las funciones que desempeñaba la actora para que el empleador tan solo dedujera terminar su contrato por el periodo de prueba[1]. (Cd. fol. 247, audio 3, record: 22:24)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora LEIDY PAOLA RIVERA FRANCO en éste ordinario, las pretensiones de folio 39, l**as que encontraron sustento en los hechos visibles a folios 37 y 38** solicitando se declare existió un contrato de trabajo el cual terminó por causal imputable al empleador, se tenga como salario para liquidar las sumas adeudadas el valor de $3.300.000 y en consecuencia se le cancelen los salarios de los días 21, 22 y 23 de agosto de 2018 y la suma de $33.000.000 por concepto de los salarios correspondientes al tiempo que faltó para cumplirse el plazo pactado en el contrato (10 meses), derechos *ultra y extra petita* y costas procesales. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto, se absolvió de todas las pretensiones incoadas tras considerar en primer lugar que el extremo inicial del

[1] *"Muchas gracias señor Juez. Pues observando y teniendo en cuenta el fallo, me permito interponer el recurso, habida cuenta que en el contrato, perdón, en las pruebas decretadas de oficio por el despacho, se logró pues observar que, la demandante sí asistió dentro de los días 21 y 24 de agosto del 2018 e inicio actividades en esos días porque por supuesto si no hubiera sido remitida por su jefe inmediato o por el empleador en este caso, no debía haber asistido a dichas eventualidades, más aun allá, cuando se le habían exigido digamos que asistiera a varios sitios a realizar el trabajo encomendado.*

También teniendo en cuenta, que dentro del testimonio absuelto por la señora Hilda en la que indico que la inducción se había dado un 25 de agosto, cuando ella misma en su testimonio pues adujo, que los días sábados si bien tenían que tener disposición para asistir no era de obligatorio cumplimiento, entonces causa extrañeza eso, así como también causo demasiada extrañeza que se hiciera la firma de esas actas de visitas en auditorias y que una de sus compañeras de pronto que hubiera estado a cargo de dichas visitas pues no hubiera persuadido al empleador para que le indicara a la demandante que no debía haber continuado con esas visitas durante los días 21 y 24 de agosto.

Ahora si bien, se manifestó en el contrato y de acuerdo al fallo del Juez se tiene que como consecuencia para iniciar el contrato o las labores, se debe dar dentro del 21, perdón, debe haber una firma de contrato y un inicio de actividades como tal, pues no se logra digamos que, no se logra comprobar una falta o una insuficiencia en la funciones que desempeñaba mi poderdante, para que el empleador tan solo dedujera terminar su contrato por periodo de prueba. Entonces, pues en ese sentido le solicito al despacho conceda el recurso de apelación."

contrato de trabajo lo fue el 25 de agosto del 2018 ya que en el contrato se pactó que éste estaba sujeto al inicio de actividades y estas solo se dieron hasta el 25 de agosto, en atención a que la demandante no aportó pruebas indicativas de otra fecha, advirtiendo las actas de auditoria aportadas por la actora fueron desconocidas por las testigos razón por la cual no hay lugar al pago de salarios del 21 al 24 de agosto del 2018, respecto del salario indicó era de $2.700.000 y no el de $3.300.000 solicitado, pues el primer valor fue el pactado en el contrato de trabajo y en relación con la indemnización por despido sin justa causa, adujo el despido se dio por estar la demandante en periodo de prueba dentro de los 2 meses establecidos en el contrato de trabajo, por lo que el empleador hizo uso de la facultad legal que tenía para ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 76 y 80 del C.S.T., absolviendo igualmente de esta pretensión.

Previo a efectuar el estudio correspondiente, advierte la Sala, no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes el cual tuvo vigencia hasta el 24 de octubre del 2018, como tampoco el cargo para el cual fue contratada la actora ni el salario de $2.700.000, aspectos que además de ser señalados por el *a quo* sin que fueran objeto de apelación, fueron aceptados por la propia encartada desde la contestación de la demanda y se encuentran acreditados con la documental visible a folios 14 a 19 y 26.

De tal manera, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, esto es, el extremo inicial de la relación y la indemnización por despido sin justa causa, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum), precisándose tal situación de contera descarta el estudio de las circunstancias o hechos por los cuales se terminó del vínculo laboral.

Establecido lo anterior, en aras de resolver la primera pretensión de la actora, relacionada con el pago de los salarios de los días 21, 22 y 23 de agosto (ver fl. 39), procede la Sala a determinar cuál fue el extremo inicial de la relación contractual que rigió a las partes aquí en contienda y en ese orden de ideas, encontramos en primer lugar el CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A

TÉRMINO FIJO celebrado por un periodo de doce (12) meses y aportado a folios 14 a 19, el cual fue suscrito el día 21 de agosto del 2018 como se puede leer a folio 19 del expediente, precisando la Sala si bien en la CLÁUSULA SEXTA del referido acuerdo se señala (fl. 16) "*El presente contrato tendrá un término de doce (12) meses, contados a partir de la firma del mismo e inicio de las actividades …",* esto es que su perfección se condicionó a la firma del contrato y al inicio de actividades, advierte la Sala contrario a lo considerado por el Juez de primer grado, las dos condiciones concurrieron el mismo día, esto es, el 21 de agosto de 2018, ya que si bien la demandada alega en su contestación que el inicio de actividades lo fue el 25 de agosto de esa anualidad, pagando la nómina (fl. 58) y liquidando las prestaciones sociales desde esta fecha (fl. 88), empero acorde a las pruebas de oficio que fueron decretadas de oficio por el Juez *a quo* (Cd. fl. 247, audio 2, record: 40:44) se aprecian, tres ACTAS de Auditoria en las cuales participó la demandante los días 21 y 24 de agosto del 2018 como se puede ver a folios 235 a 241, las cuales se encuentran firmadas por diversas representantes de la demandada D&G CONSULTORES S.A. (ver fls. 236, 238 y 241) y con las que se demuestra que en esos días la actora desarrolló las funciones establecidas en su contrato de trabajo, advirtiéndose frente a estas documentales la parte demandada no expresó su inconformidad ni tampoco las desconoció ni las tachó de falsas en el momento en que fueron decretadas como prueba, ni cuando se corrió traslado de las mismas (Cd. fl. 247, audio 2, records: 41:19 a 42:58).

Téngase en cuenta si bien tanto la representante legal en el interrogatorio que absolvió (Cd. fl. 247, audio 2, record: 7:12) como las testigos HILDA GOMEZ[2], SALENA CANTILLO PINZON[3] y NASLY JOHANA QUIROGA[4], manifestaron al unísono que el día que la actora inició labores fue el 25 de agosto del 2018 cuando se le realizo la inducción de su cargo, lo cierto es que tales manifestaciones tan solo encuentran soporte en sus propios dichos sin que exista prueba de la mencionada inducción, además las deponentes Hilda Gómez y Salena Cantillo expresaron frente a las actas de auditoria atrás citadas, que en efecto esas corresponden a los formatos utilizados por la pasiva y al proyecto que se encontraba desarrollando la demandante, no obstante sin dar mayores argumentos desconocen si se realizaron en las fechas allí indicadas.

[2] Cd. fl. 247, audio 2, record: 29:57
[3] Cd. fl. 247, audio 2, record: 48:32
[4] Cd. fl. 247, audio 2, record: 1:01:17

Razones por la cuales esta Sala de decisión, tendrá como **extremo inicial** de la relación laboral el **21 de agosto del 2018**, misma fecha en que se suscribió el contrato (fl. 19) y se probó la actora dio inicio a sus actividades con el "*Acta de Avance Parcial Diaria N°001*" en la cual se plasma la visita de Auditoria en la "*Sede Tipo A Servisalud QCL 116"* ese mismo día con una duración de 8:15 am a 6:40 pm (ver fl. 235).

Por lo anterior, se condenará al pago de los salarios aquí solicitados expresamente, esto es, el de los días **21, 22 y 23 de Agosto del 2018** (fl. 39 pretensión No. 3 literal a), que ascienden a la suma de **$270.000**, tomando al efecto el salario diario de $90.000 ($2.700.000 / 30 días).

Ahora, en relación con la **Indemnización por despido** solicitada, es menester analizar en primer lugar si en verdad el despido se produjo, y más aún, si este obedeció a una justa causa, para lo cual, es preciso recordar que, el trabajador corre con la carga de demostrar el hecho del despido y una vez acreditado ello, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido, no pudiendo detenerse el fallador en el examen de conductas que no se adujeron como causal de despido, pues memórese que solo resulta válido para justificar el despido los motivos que en su momento se comunicaron al trabajador, como razón para terminar el vínculo laboral, no los que posteriormente se aleguen.

En ese orden, ha de precisarse, que la relación laboral existente entre las partes, finalizó por decisión unilateral del empleador, tal y como se acredita con la misiva obrante a folio 26 de fecha 24 de octubre de 2018, mediante la cual la encartada aduce la terminación del vínculo por estar la demandante en periodo de prueba, expresando de forma literal lo siguiente:

> *"Por medio de la presente me permito informarle que la Empresa que represento ha decidido dar por terminado unilateralmente por estar en periodo de prueba al contrato de trabajo por labor suscrito con usted, vigente hasta la fecha.*

> *La causa de terminación de su contrato es la contemplada en el Artículo 76 y Numeral 1 del Artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo (…)"*

Conforme la comunicación en cita, debe la Sala precisar si bien en el contrato que unió a las partes se pactó en su CLÁUSULA SÉPTIMA (fl. 16) el PERIODO DE PRUEBA por el término de dos meses, periodo en el cual el empleador podía hacer uso de la facultad establecida en el artículo 80 del C.S.T., sin motivación alguna conforme así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4103 del 5 de septiembre del 2018 al señalar que "*la motivación de la decisión con base en el desempeño y aptitudes del trabajador*" es un "*requisito no previsto por el legislador para dar por terminado el contrato laboral en período de prueba*"[5], resulta que en este caso teniendo en cuenta que el contrato inició el 21 de agosto del 2018 los dos meses del periodo de prueba vencían el 21 de octubre del 2018, dándose por terminado el contrato laboral alegando el periodo de prueba solo hasta el 24 de octubre de tal anualidad (fl. 26), es decir, sobrepasando los 2 meses que se pactaron para ello, de modo que la causal de terminación del contrato de la actora no devino de la norma

---

[5] *"Esta Sala de la Corte ha sostenido que las partes, inmersas en la relación laboral, están facultadas para pactar, por una vez, un lapso en el cual las mismas puedan cerciorarse de las ventajas o inconvenientes que pueda acarrear el vínculo y, una vez perfeccionado dicho acuerdo con las formalidades dispuestas en la ley, y sin evidencia de vicios del consentimiento, es posible la finalización sin previo aviso y sin invocar motivación particular. En providencia CSJ SL, 3 sep. 1980, rad. 7419, se expresó:*

> *Enseña el artículo 76 del Código Sustantivo del Trabajo que el período de prueba es la fase inicial del contrato de trabajo y que tiene por objeto que tanto el patrono como el empleado puedan cerciorarse de las recíprocas ventajas o inconvenientes que traiga para ellos el vínculo laboral que han contraído. El artículo 77 exige que este período se pacte por escrito. Y el artículo 3º del Decreto Legislativo 617 de 1954, que modificó el 80 del Código, estatuye que durante el período de prueba el contrato puede darse por terminado en cualquier momento sin aviso previo y, obviamente, sin necesidad de invocar motivo concreto para hacerlo.*
>
> *Ello significa que si en un contrato de trabajo se estipula de modo regular el período de prueba y si no se alega y demuestra que el consentimiento de alguna de las partes, respaldado con su firma en el contrato, está viciado por error, fuerza o dolo, dicho pacto debe tener todas sus consecuencias jurídicas, sin que le sea dable al intérprete de aquellas normas descalificarlo con argumentos o reflexiones que no surjan de su prístino texto, porque al hacerlo viene a quebrantar los preceptos por errónea exégesis. Ejercer el derecho de dar por terminado el contrato de trabajo que surge del pacto de período de prueba no implica entonces despido injusto del empleado.*
>
> *Quebranta pues la sentencia impugnada los artículos 76 y 80 del Código Sustantivo y, además, aplica en forma indebida el artículo 8º del Decreto Legislativo 2351 de 1965, como lo asevera el recurrente.*

De acuerdo con la providencia en cita, las únicas condiciones para dar por terminado el contrato laboral, invocando el período de prueba, es su pacto por escrito, que no exceda la duración máxima legal y que la manifestación de voluntad no esté mediada de error fuerza o dolo. En ese orden, el fallador imprimió una hermenéutica equivocada a las normas que rigen el período de prueba, al señalar que el empleador estaba obligado a motivar la decisión fundado en el desempeño y aptitudes del trabajador en período de prueba. Dicho yerro lo llevó a interpretar erróneamente el artículo 64 del CST, en cuanto tasó unos perjuicios como consecuencia de una conducta que, como se dijo, estaba amparada por el ordenamiento sustantivo."

invocada para ello (art. 80 C.S.T.) ni tampoco se acompasan con las causales establecidas en el artículo 62 del C.S.T.

Por manera que, al encontrarse que en efecto el despido de la demandante por parte de D & G CONSULTORES S.A. fue sin justa causa, se procederá a efectuar su respectiva liquidación, atendiendo lo dispuesto en el artículo 64 del C.S.T el cual expresa:

> *"En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:*
>
> *En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; (...)"*

Así las cosas atendiendo a que el contrato de la actora finalizaba el 21 de agosto del 2019, por cuanto fue pactado a término fijo de 12 meses y su inicio lo fue el 21 de agosto del 2018, dándose por terminado el 24 de octubre del 2018, le faltaban 298 días para culminar tal plazo pactado, por ende le corresponde una indemnización de **$26.890.000[6].**

De esta manera, agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, de conformidad con las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado y en su lugar se accederá a las pretensiones de la demandante, conforme a las consideraciones expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

[6] Del 24 de octubre del 2018 al 21 de agosto del 2019 = 298 días para culminar plazo pactado. Salario $2.700.000 dividido 30 días = $90.000 diarios x 298 días = $26.890.000.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primer grado para en su lugar:

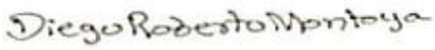
PRIMERO: DECLARAR que entre la señora LEIDY PAOLA RIVERA FRANCO y D & G CONSULTORES S.A., existió un contrato de trabajo a término fijo, cuyo extremo inicial fue el 21 de agosto del 2018 y el final el 24 de octubre del 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad D & G CONSULTORES S.A. a pagar a la accionante las siguientes sumas de dinero:

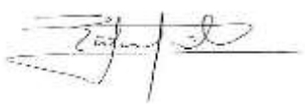
a. $270.000 por SALARIOS adeudados del 21 al 23 de agosto del 2018.
b. $26.890.000 por INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

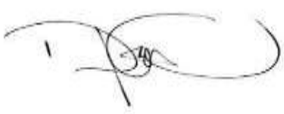
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUMERSINDO MEDINA BOTINA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- (RAD. 23 2019 00064 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES, pues el demandante guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación formulado por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de noviembre de 2019 (Cd fl. 73, record 24:50, acta a folio 70 y vto.) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por el señor GUMERCINDO MEDINA BOTIA, conforme a lo considerado.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción, propuesta por la demandada COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** a la parte demandante.*
>
> ***CUARTO:** de no ser apelada la presente sentencia, se **ORDENA** que se remita al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial – Sala de decisión Laboral, para que se surta el Grado Jurisdiccional de consulta, en favor del demandante, dado que las pretensiones de la demanda, la sentencia mejor, es totalmente adversa a las pretensiones de la demanda."*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación argumentando, como la mesada pensional es una obligación de tracto sucesivo, la prescripción no puede aplicarse de manera restrictiva como lo hace el despacho, por cuanto la prestación se está causando mes a mes, por lo que, para efectos de determinar la aplicación de este fenómeno jurídico, debe tenerse en cuenta la Resolución 131369 del 29 de abril de 2014, por el cual se resolvió el recurso de reposición, así como la petición radicada el 12 de diciembre de 2014 con la cual, dice, se interrumpió la prescripción del retroactivo pensional y sus incrementos posteriores, debiendo pagarse la pensión desde el 2011 reajustada conforme el artículo 14 de la Ley 100 de 1993[1] (Cd fl. 73, record 24:50, acta a folio 70 y vto.)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante GUMERSINDO MEDINA BOTIA, las pretensiones relacionadas a folio 4 a 5, **las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 4 y 5;** solicitando, se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, que le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, que adquirió el estatus de pensionado el 13 de enero de 2011 por tener en dicha calenda 60 años y 1058.17 semanas cotizadas, que la efectividad y efectos fiscales de la mesada

[1] *"Muchas gracias señor Juez. Teniendo en cuenta la sentencia que profirió el despacho, interpongo el recurso de apelación, contra la misma. Me permito sustentarla dentro de los siguientes términos:*

Debo precisar, que para efectos de la mesada como es una obligación de tracto sucesivo, la prescripción que alega el despacho no puede aplicarse de manera restrictiva en el sentido de que esto se está causando mes por mes, teniendo en cuenta este argumento también, es necesario determinar que para efectos de la resolución 131369 del 29 de abril de 2014, en el cual se resolvió el recurso de reposición y que posteriormente mediante petición radicada el día 12 de diciembre del 2014, se interrumpe la prescripción como quiera que se le dan nuevos elementos de juicio para el reconocimiento y pago del retroactivo pensional así como el incremento.

Debo precisar también que en el sentido de que la demanda también se dirigía a que el debido reconocimiento de la mesada desde el 2013 como lo alega la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debió surtirse desde el 2011, motivo por el cual, no puede aplicarse la prescripción como quiera que es un derecho de tracto sucesivo, y por ende, le asiste el derecho al reconocimiento del retroactivo pensional, así como los incrementos de todos y cada uno de los incrementos establecidos en el artículo 14 de los Ley 100 de 1993, como quiera que la mesada inicialmente reconocida por Colpensiones, desde el año 2013 debió reconocerse desde el año 2011, o como quiera que nadie puede alegar su propia culpa en beneficio propio como está determinando la Administradora Colombiana de Pensiones. Por todo lo anteriormente, solicito respetuosamente se sirva remitir el proceso al Honorable Tribunal superior de Bogotá – Sala Laboral, para que en efecto se analicen los argumentos expuesto en la presente apelación y se proceda a revocar la sentencia de primera instancia."

pensional reconocida por valor de $747.309 es a partir del 13 de enero de 2011 conforme lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que tiene derecho a los reajustes anuales de la pensión que devenga conforme el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a partir del 13 de enero de 2011. Pide además, se condene a COLPENSIONES a pagar 14 mesadas, la indexación de las diferencias de mesadas pensionales desde el 13 de enero de 2011 y hasta que se verifique el pago, a cancelar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar el *a quo*, aunque el demandante tenía derecho al pago de las mesadas retroactivas entre el 13 de enero de 2011 y el 30 de mayo de 2013 dada la desafiliación tácita del sistema, y al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 22 de marzo de 2011, había operado el fenómeno prescriptivo en tanto se interrumpió la prescripción, por única vez, con la interposición del recurso de reposición contra la resolución que reconoció la pensión de vejez, el 22 de abril de 2014, siendo incoada la demanda luego de superado el término trienal.

Así las cosas, se tiene plenamente acreditada la calidad de pensionado que ostenta el demandante, de acuerdo a la resolución GNR 105900 del 22 de mayo de 2013 visible a folios 11 a 13, en la que se otorgó el reconocimiento del derecho a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicado por considerar que el accionante es beneficiario del régimen de transición, otorgando la prestación a partir del 1 de junio de 2013 en cuantía inicial de $747.309 (fl. 12).

En esa dirección, puede advertirse, el accionante cumplió la edad de 60 años, exigida para acceder al derecho pensional por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el 13 de enero de 2011 (fl. 10), así como según el reporte de semanas cotizadas en pensiones obrante a folios 59 a 62 aportado por la enjuiciada, el demandante realizó su última cotización al sistema como trabajador dependiente para el periodo de **octubre de 2009** (fl. 62), fecha en la que acreditaba 1.058,14 semanas de cotizaciones al régimen de prima media (fl. 59)

De tal manera, en consideración a que la situación pensional del demandante fue definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 (fl. 11 a 13), aspecto no debatido en el trámite procesal, resulta aplicable en autos su artículo 13, el cual hace parte de la normatividad que rige el Régimen de Prima Media con Prestación

Definida, disponiéndose en el precepto citado: *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma",* mientras que en el artículo 35 indica *"Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión".*

En este puntual aspecto, se tiene que el accionante extendió sus cotizaciones como ya se mencionó solo hasta **octubre de 2009** (fls. 62), considerando la pasiva que al no obrar novedad de retiro del sistema por parte del demandante, la prestación pensional debía ser reconocida a partir de la inclusión o corte de nómina (folios 21 a 24).

En este puntual aspecto es de advertir, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605[2], que deben

[2] *"No hay controversia, en este estadio procesal, acerca de que, en virtud de la petición elevada por EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA, el 8 de marzo de 2005, mediante Resolución No. 002940 de 27 de mayo de 2005, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez, a partir del mes de junio del mismo año, en cuantía de $1.554.044.oo. También, son pacíficos los supuestos fácticos referentes a que el demandante nació el 17 de agosto de 1942, por lo cual, ese mismo día del año 2002, cumplió 60 años, cuando ya había cotizado más de 1000 semanas para el riesgo de vejez.*

Igualmente, se da por descontado que, a pesar de que para la fecha últimamente mencionada, el actor ya reunía las exigencias contempladas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, no se produjo el retiro del sistema del demandante, en los términos que lo requieren los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, "para que pueda entrar a disfrutar de la misma", o si se quiere, la pensión de vejez sólo es pagadera "previo retiro del asegurado o del régimen".

La labor hermenéutica del fallador de segunda instancia, concluyó en el sentido de estimar irrelevante la exigencia del reglamento del Seguro Social mencionada, además de considerar que las consecuencias derivadas de la inobservancia de la obligación que imponen tales normas, no son las que la entidad accionada pretende que se deduzcan, sino evitar que el aspirante a pensionado perciba simultáneamente, salario y pensión, así como también, que no es adecuado cargar al trabajador con los efectos de la incuria del empleador, que no reportó la respectiva novedad.

En realidad, a juicio de la Sala, la desafiliación que debe informarse a la administradora de pensiones es de la mayor trascendencia, como los preceptos reglamentarios referidos paladinamente enseñan, para efectos de que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es decir para que pueda recibir el pago del importe de la prestación, lo que no quiere decir que, si se omitió dar aviso al tiempo del cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento, o mejor, de su causación, pierda el derecho a obtener el disfrute de las mesadas exigibles entre ese momento, y aquél en que se informe del retiro, ó se pida el reconocimiento de la pensión, porque así no está expresamente disciplinado por el conjunto normativo que gobierna el tema que se dilucida. En últimas, la desafiliación no depende del aviso que se dé, sino de las circunstancias que rodeen cada caso en particular, como en el presente, en que el actor dejó de trabajar y cumplió el requisito de la edad.

El sentido en que una norma pueda producir un efecto más benéfico al trabajador, debe prevalecer sobre aquél que le resulte desfavorable, en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y 53 de la Constitución Política. Por ello, interpretar el canon legal en la dirección propuesta por la censura, no

examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado. Tal posición fue reiterada en sentencia SL – 5603 del 6 de abril de 2016, proferida dentro de la Radicación No.47236[3].

---

es el más acertado para la Sala, por lo cual, la intelección que más atiende el principio aludido, conservando la añeja distinción entre la causación y el disfrute de una pensión, es que si la norma no sanciona la omisión comentada, con la pérdida de las mesadas no es dable que el intérprete infiera tal consecuencia.

La intelección que mejor se aviene a los supuestos fácticos demostrados, es que la institución de seguridad social no está obligada a pagar al trabajador el valor de las mesadas, hasta tanto no se le informe sobre la desvinculación del sistema, o hasta cuando solicite que se le conceda la prestación, que es el momento en que la entidad verificará el cumplimiento de los requisitos y adquirirá certeza de que el afiliado no está interesado en seguir cotizando, empero, le reconocerá y pagará, retroactivamente, las mesadas causadas desde la fecha en que completó las exigencias para acceder al derecho.

Entender lo contrario, significaría, ni más ni menos, adicionar un nuevo requisito a los establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, iría en contravía de cualquier línea hermenéutica que se quiera emprender, menos en este caso en que EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA registraba para el 30 de junio de 2001, cuando dejó de cotizar, 1343 semanas cotizadas, de suerte que ya no abrigaba la expectativa de alcanzar una tasa de reemplazo superior al 90 % del salario mensual de base, en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por lo cual, además, dejó de cotizar al Sistema desde aquella fecha, lo que supone que dejó de tener ingresos como trabajador dependiente.

*Soluciones diferentes se han tomado en otros casos, cuando el afiliado, no obstante cumplir los requisitos, sigue cotizando, pues no se le puede impedir que amplíe cuantitativamente su pensión, como efecto de una mayor densidad de cotizaciones, siempre y cuando esos aportes adicionales no contribuyan a desmejorar el monto final de la prestación pensional, como se definió en sentencia de 7 de septiembre de 2004, radicación 22630**, o** en los eventos en que la permanencia del trabajador en el sistema, obedeció a error de la entidad de seguridad social (34514; septiembre 1/09).*

En cambio, en este proceso, dado el supuesto fáctico no controvertido de que la última cotización se efectuó por el ciclo 06-01, no aflora dubitación respecto de que la pensión debe reconocerse desde la fecha en que alcanzó la edad legalmente exigida, por manera que, de otra parte, se atiende el mandato contenido en la parte final del mencionado artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto que, para liquidar la pensión, se debe colacionar hasta la última semana cotizada".

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

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

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de

Así pues, como quedó visto, de acuerdo al detalle de semanas de cotización (fl. 59 a 62), se evidencia que pese a no registrarse la novedad de retiro por parte del accionante como trabajador dependiente, la última cotización pagada lo fue en octubre de 2009, fecha para la cual el señor GUMERSINDO MEDINA BOTÍA ya cumplía el requisito de densidad de semanas de cotización exigido para acceder al derecho cumpliendo la edad de 60 años, de manera posterior, esto es, el 13 de enero de 2011 (fl. 10), por lo que es claro que la prestación pensional debió reconocerse a partir del día siguiente al que cumplió la edad, pues para dicha calenda ya cumplía con los requisitos exigidos para acceder al reconocimiento del derecho pensional, esto es desde el **14 de enero de 2011** y no desde el 1 de junio de 2013 como quedó en la resolución de reconocimiento (folio 12), como quiera que al haber dejado de efectuar cotizaciones desde el mes de octubre de 2009, solicitando el reconocimiento del derecho por primera vez el 22 de marzo de 2011, según se lee de la Resolución GNR 105900 de 2013 (fl. 11), a juicio de la Sala, puede colegirse su voluntad de retiro del sistema.

---

dispensar justicia. Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798). *Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a* ***los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.*** *(Negrilla y subrayado fuera de texto)".*

Con antelación a definir el valor del retroactivo correspondiente, se pronunciará la Sala respecto de la excepción de prescripción formulada oportunamente por COLPENSIONES (folio 50)[4]. Así las cosas, se tiene que el reconocimiento del derecho pensional se otorgó mediante Resolución GNR 105900 del 22 de mayo de 2013 (fol. 11 a 13), presentando la primera reclamación -para obtener el pago del retroactivo pensional causado entre enero de 2011 y julio de 2013- el 12 de julio de 2013, mediante escrito de recurso de reposición contra el acto administrativo en el que se reconoció la prestación (folio 76)[5] quedando en consecuencia suspendida la prescripción desde dicha data hasta el 22 de abril de 2014 (fol. 78 a 80)[6], calenda esta en la que se resolvió de manera definitiva la reclamación presentada por el actor, sin que se efectuara reclamación judicial en el trienio siguiente.

Ahora bien, el demandante presentó una nueva reclamación el 12 de diciembre de 2014 (folios 14 a 20), solicitando el pago del retroactivo causado entre el 13 de enero de 2011 y el 31 de mayo de 2013, con la cual interrumpió la prescripción de las mesadas causadas en los 3 años anteriores a la misma (desde el 12 de diciembre de 2011), fenómeno prescriptivo que estuvo suspendido hasta el 22 de enero de 2016 cuando se desató de manera definitiva la petición del actor mediante Resolución VPB 3132 de 2016 (folios 22 a 33)[7], siendo incoada la demanda el 21 de enero de 2019, es decir sin que se hubiera superado el término trienal.

En ese orden de ideas, atendiendo el anterior recuento, es claro que frente a la primera reclamación -12 de julio de 2013 (f. 76)- operó el fenómeno prescriptivo dada la falta de reclamación judicial oportuna, no así frente a la segunda -12 de diciembre de 2014 (f. 14)-, respecto de la cual se interrumpió la prescripción de las mesadas causadas a partir del 12 de diciembre de 2011, encontrándose prescritas las anteriores, esto es, entre el 13 de enero y el 11 de diciembre de 2011, por lo que la excepción se declarará parcialmente probada, lo que impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

---

[4] Se tuvo por contestada la demanda por auto del 23 octubre de 2019 (folio 65).
[5] Documento extraído del expediente administrativo del demandante incorporado por COLPENSIONES en CD folio 45, impreso para mayor claridad. La fecha de recepción de este documento puede leerse en la Resolución GNR 131369 de 22 de abril de 2014 (folios 78 a 80).
[6] Documento extraído del expediente administrativo del demandante incorporado por COLPENSIONES en CD folio 45, impreso para mayor claridad.
[7] La petición de retroactivo fue resuelta mediante Resolución GNR 119065 del 27 de abril de 2015 (folio 21 a 27), notificada el 15 de mayo siguiente (folio 21 vto.), decisión contra la cual el actor interpuso recurso de apelación (folios 25 a 27), el cual fue desatado en el acto administrativo VPB 3132 del 22 de enero de 2016 (folios 28 a 33).

Lo anterior en aplicación del criterio expuesto en sentencia SL794[8] radicación No. 41281 del 13 de noviembre del 2013, mediante la cual se precisó que para

[8] "*Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente.*

Sobre el punto se pronunció la Sala, entre otras, en la sentencia del 31de mayo de 2007, radicación 26506, en donde dijo:

"(…).

"El ad quem, en lo que concierne al fenómeno de la prescripción, adujo que "el fenómeno de la prescripción se interrumpió el 1 de marzo de 1996, día en que se presentó escrito de agotamiento de la vía gubernativa. Entre el 1 de marzo de 1996 y el 21 de mayo de 1999, día en que se presentó la demanda transcurrieron más de 3 años. Luego las mesadas pensionales descontadas de las pensiones de jubilación causadas con anterioridad al 21 de mayo de 1999, no son exigibles judicialmente".

"Con fundamento en lo previsto por el artículo 488 del C.S.T. en concordancia con el 151 del C.P.T.S.S, la exégesis que realizó el Tribunal para declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda, resulta equivocada.

"En efecto, si bien es cierto que el actor interrumpió el término prescriptivo con la reclamación administrativa, que hizo el 1º de marzo de 1996, tal fenómeno se produjo respecto de la diferencia en las mesadas pensionales que se causaron con anterioridad a dicha fecha, por lo que las nuevas obligaciones generadas con posterioridad, también podían ser interrumpidas con la presentación de la demanda, como ocurrió en este caso, sin que pueda pregonarse una doble interrupción.

"La Corte Suprema de Justicia en torno a la figura jurídica de la prescripción, ha precisado que en materia laboral es aplicable el artículo 90 del C.P.C., por cuanto las acciones laborales pueden ser interrumpidas a través de dos mecanismos distintos que no son excluyentes, esto es, el extrajudicial, que se cumple mediante el escrito que se hace al empleador por parte del trabajador del derecho pretendido, conforme al artículo 489 del C.S.T., en concordancia con el 151 del C.P.T.S.S., y el judicial, que se surte con la presentación de la demanda, en los términos y condiciones a que alude el artículo 90 del C.P.C. Así lo explicó en sentencias de 16 de septiembre y 13 de diciembre de 2001, radicaciones 15791 y 16725, respectivamente, al igual que en la de 7 de marzo de 2003, radicación 18515.

"Resulta claro que tratándose de obligaciones de cumplimiento instantáneo, en una fecha única, la prescripción opera igualmente en un solo momento, esto es, en una fecha cierta contada desde que aquella obligación se hizo exigible. Tal es el caso de la cesantía, la prima de servicios o la compensación de las vacaciones.

"Pero frente a derechos que se causan periódicamente como son las mesadas pensionales, dicho fenómeno prescriptivo se contabiliza también periódicamente, es decir, frente a cada mesada, en la medida de su exigibilidad.

"En esas condiciones, frente al primer tipo de obligaciones la prescripción solo se interrumpirá con un escrito, en los términos del artículo 489 del C.P.L y S.S.; distinto del caso de las segundas obligaciones, de tracto sucesivo, toda vez que, respecto de ellas podrán elevarse varias reclamaciones, obviamente frente a cada derecho individualmente considerado, vale decir, cada mesada pensional.

"Corresponde, reiterar que conforme con el artículo 90 del C. de P. C. la interrupción del término prescriptivo opera también con la presentación de la demanda, y por lo tanto, puede aplicarse esa figura jurídica respecto a derechos no reclamados por vía extrajudicial, como en el caso de mesadas pensionales, cuya causación se haya producido en el tiempo transcurrido desde la última reclamación escrita elevada por el beneficiario. La misma consideración cabe frente a cualquier derecho laboral, es

prestaciones que se vayan causando de manera periódica, desde luego se aplica la interrupción de la prescripción por una sola vez para cada una de las distintas mesadas que se vayan generando en el tiempo, afectándose por el fenómeno prescriptivo una vez superado tanto el lapso de suspensión, como el de interrupción en el evento en que oportunamente no se accione una vez vencidos dichos términos (Sentencia C-792 de 2006).

Dilucidada la prescripción, procede la Sala a efectuar la liquidación del retroactivo correspondiente, con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, y una vez realizados los cálculos aritméticos teniendo en cuenta una mesada pensional para el año 2011 de $703.276,76 -la cual se logra de deflactar la mesada reconocida por la administradora pensional en el año 2013 (folio 12)- se obtiene por valor del retroactivo de las mesadas causadas entre el 12 de diciembre de 2011 (atendiendo lo no prescrito) y el 31 de mayo de 2013 (mes anterior al del ingreso a nómina fl. 12) la suma de **$14.371.636,79**[9], advirtiendo, desde ya se autoriza a COLPENSIONES a descontar de tal monto causado a favor del actor, los correspondientes aportes a salud, los cuales son procedentes en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud*"[10].

En este punto es importante precisar, no es posible tomar como valor de la mesada pensional para el año 2011 la calculada por COLPENSIONES para el 2013 (folio 12), como lo aspira el recurrente, toda vez que esta se obtuvo de indexar el ingreso base de liquidación –IBL- hasta esa anualidad -2013-, de allí

---

decir que presentada la demanda y surtido su trámite acorde con los términos del precepto comentado, se interrumpe la prescripción y en caso de reconocimiento se cumple desde tres años atrás a la aludida presentación.
(...)".

9

Tabla Retroactivo Pensional				
Año	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
2011	*3,73%*	*$ 703.276,76*	*0,60*	*$ 421.966,05*
2012	*2,44%*	*$ 729.508,98*	*14,00*	*$ 10.213.125,73*
2013	*1,94%*	*$ 747.309,00*	*5,00*	*$ 3.736.545,00*
TOTAL RETROACTIVO				***$ 14.371.636,79***

[10] Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:
"De *otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de ¡994-, está obligado a ello*

que deba deflactarse para obtener el valor real aplicable para los años anteriores, sin perjuicio de los reajustes que se deben realizar a la mesada pensional anualmente.

En lo que hace a la condena al pago de intereses de mora por las mesadas no reconocidas, que fuere ordenado inicialmente por el juez de primer grado pero descartada en razón a la prescripción, la cual como se expuso no operó, y atendiendo a que el derecho pensional del accionante fue reconocido con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones o las concedidas en virtud del régimen de transición, del cual en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 hacen parte las prestaciones de invalidez, vejez y muerte reguladas por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En ese sentido el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dado que no se evidencia razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía al actor desde el 13 de enero de 2011.

Téngase en cuenta que de la lectura de estas dos normatividades anteriormente citadas (artículos 13 y 35 del Acuerdo 049) luce claro que en ellos no se habla de novedad de retiro, por lo que éste no se puede confundir con el acto de desafiliación, toda vez que esta es definitiva, mientras que la novedad de retiro puede presentarse a lo largo de la vida laboral, cuando el trabajador por ejemplo termina sus vínculos de naturaleza laboral con las empresas para las cuales ha trabajado o cuando al ser afiliado de manera independiente decide retirarse y cesar sus cotizaciones por algún periodo de su vida.

Por ende, para efectos de la pensión, debe tenerse en cuenta lo que la primera de las normas mencionadas (Art. 13) denomina como desafiliación del sistema, la cual puede verificarse de la novedad de retiro, pero también de diferentes actuaciones o circunstancias que se deben analizar en el caso concreto, pues lo importante es determinar la voluntad del afiliado de no continuar sus cotizaciones y de recibir, por el contrario, su prestación vitalicia, por lo que a partir de allí debe entonces reconocerse el derecho tal como aconteció en autos, pues como ya se

mencionó el demandante para el 13 de enero de 2011 ya había adquirido su status pensional, pues contaba con más de las 1000 semanas exigidas y 60 años de edad, efectuando su última cotización para el mes de octubre de 2009 y solicitando su derecho cuando cumplió el requisito que le hacía falta, esto es, la edad, lo cual indudablemente demuestra el retiro efectivo del sistema.

Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral en sentencia 38776 del 1º de febrero de 2011 indicó:

> *"No obstante lo expuesto, no desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional."*

Igualmente, en providencia 49226 del 2 de julio de 2014, reiteró:

> *"De acuerdo a lo anterior, si bien es cierto que no obra en el proceso la respectiva novedad de retiro o de desafiliación del sistema que presentó la entidad empleadora del demandante, de los medios de prueba que ya se han destacado con precedencia, si es posible inferir que ese hecho efectivamente se produjo en el mes de agosto del año 2014, pues las circunstancias que se han destacado, como es el cumplimiento de los requisitos del actor para acceder a la pensión de vejez, la solicitud de la respectiva prestación económica que hizo el asegurado, la correspondencia que le remitió la empresa que fungió como empleadora del trabajador, la dejación del empleo del demandante y el no haber seguido realizando aportes al sistema pensional con posterioridad a dicha calenda, son signos inequívocos de aquel requisito que echó de menos el sentenciador de alzada para negar el reconocimiento del retroactivo pensional solicitado".*

En este mismo sentido se ha pronunciado la máxima Corporación en las sentencia SL 3249 Rad. 53903 del 9 agosto del 2018[11], SL 4104 Rad. 66214 del 15 agosto del 2018[12] y SL 3657 Rad. 51196 del 29 agosto del 2018[13].

---

[11] *Precisado lo anterior, la Sala advierte que la consideración jurídica del ad quem en cuanto a que es posible derivar el retiro del sistema, de algunos actos exteriorizados por el demandante que den cuenta que su verdadera voluntad es acceder al status pensional (retiro tácito), resulta acertada y se ajusta al criterio actual de esta Corporación, en torno a la determinación excepcional de la fecha de disfrute de la pensión a la luz del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.*

En efecto, por regla general, para poder disfrutar de la prestación por vejez, en necesario que se acredite la novedad de retiro del sistema. Sin embargo, este criterio se ha morigerado en algunos casos en los que, por sus particularidades, ha ameritado una solución diferente. Por ejemplo, cuando el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada en tiempo; o también, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema o la intención inequívoca de retirarse del mismo, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, CSJ SL5603-2016 CSJ SL 415-2018).

[12] *En punto al tema de la desafiliación al sistema, para el goce y disfrute de la pensión de vejez, previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala de Casación Laboral, tiene adoctrinado (CSJ SL, 1*

De esta manera y atendiéndose la reiterada jurisprudencia sobre el tema contra la misma encartada donde debe examinarse la situación pensional de cada afiliado, y no resolver de manera objetiva por parte de Colpensiones el momento o la fecha a partir de la cual debe reconocer la pensión, en cuanto si a la solicitud de la pensión ya reunía las semanas y edad para su reconocimiento, ello conduce a estimar que la accionada no se encuentra exonerada en los términos de la sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013 del pago de intereses moratorios, generándose además con ese reiterado comportamiento mayores índices de congestión judicial.

Así las cosas, el reconocimiento y pago tardío de la prestación pensional, incuestionablemente da lugar a la causación de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 12 de diciembre de 2011, dada la prescripción declarada que operó sobre los intereses causados entre el 22

---

feb. 2011, rad. 38776, reiterada en la SL8497-2014), que la circunstancia de no continuar cotizando al sistema, no cancelar los respectivos aportes o solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para acceder a dicha prestación, es una conducta del afiliado que reflejan su intención de cesar su vinculación al sistema en procura de obtener el derecho pensional.

[13] En cuanto a la desafiliación al sistema, se tiene que, aunque no obra en el proceso demostración de desafiliación al sistema, este requerimiento se desprende de la clara intención del accionante de desvincularse de su vida laboral, al haber elevado su petición de reconocimiento pensional al instituto demandado una vez consideró cumplir con las exigencias que ordena la ley.

Frente a esta exigencia de la desafiliación al sistema, la Corte ha enseñado que es deber del juzgador interpretar las circunstancias particulares en cada caso, como lo es en el presente asunto cuando se le informa a través del acto administrativo que le faltan más semanas de cotización. La sentencia CSJ SL5603-2016 adoctrinó lo siguiente al respecto:

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

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

de julio de 2011[14] y el 11 de diciembre de 2011 (fecha anterior a la reclamación administrativa, folio 14)

De esta suerte, los intereses moratorios deben ser impuestos a partir del **12 de diciembre de 2011** y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 12 de diciembre de 2011 y el 30 de mayo de 2014.

Habiéndose accedido a los intereses moratorios, no resulta posible ordenar el pago de la indexación pretendida, dada la incompatibilidad de estos conceptos.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por el recurrente en la alzada, procediendo a la revocatoria de la sentencia apelada, para en su lugar, declarar parcialmente probada la excepción de prescripción y condenar a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante el retroactivo correspondiente a las mesadas causadas y no pagadas entre el 12 de diciembre de 2011 y el 30 de mayo de 2013, junto con los intereses moratorios causados hasta que se realice el pago del mismo.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de COLPENSIONES.

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

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, se dispone:

[14] Data del vencimiento del plazo de cuatro meses previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003 para resolver la petición de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, la cual fue elevada el 22 de marzo de 2011 según se lee de la Resolución GNR 105900 (folio 11). (*Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003 "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, 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")*

PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, respecto de las mesadas causadas y no pagadas al demandante entre el 13 de enero y el 11 de diciembre de 2011.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de GUMERSINDO MEDINA BOTÍA la suma de **$14.371.636,79,** por concepto retroactivo pensional causado entre el 12 de diciembre de 2011 y el 30 de mayo de 2013.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de GUMERSINDO MEDINA BOTÍA los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre la cifra dispuesta en el numeral anterior, a partir del 12 de diciembre de 2011 y hasta que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a hacer las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que reconocido al demandante.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

SEXTO: COSTAS de primera instancia a cargo de COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDILMA OLAVE VELANDIA y ADOLFO GUIZA RAMÍREZ CONTRA YANETH ESMERALDA RAMIREZ HURTADO (RAD. 23 2018 00428 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante contra la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de febrero del 2020 (Cd. fl. 112, audio 4, record: 15:43, acta a folio 111), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones presentadas en su contra por parte del señor DIEGO RENE PEREZ conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación planteada por la parte demandada conforme a lo expuesto por la parte motiva de ésta providencia.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS** en la presente actuación por estar representado por Curador Ad Litem.*
>
> ***CUARTO:** Al ser desfavorable las pretensiones a la parte demandante deberá surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta conforme al artículo 69 del C.P.L. y SS"*

Inconforme con la decisión la apoderada de los demandantes recurre la decisión solicitando se tengan en cuenta las declaraciones de la testigo quien presenció los

hechos objeto de debate, esto es, que los demandantes desempeñaban el cargo de administradores y cuidadores del inmueble ubicado en la carrera 16 # 188-54 desde el año 2013 y hasta el 2018, en donde la deponente hizo uso del parqueadero y se dio cuenta que eran los demandantes quienes cuidaban y administraban el mismo (Cd. fl. audio 4, record: 16:44)[1].

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes, en el presente ordinario las pretensiones relacionadas a folios 34 a 38, las cuales encontraron sustento en los hechos narrados a folios 30 a 34, aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo de mayo del 2013 al 22 de febrero del 2018, en consecuencia se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, sanción por el no pago oportuno de los intereses sobre las cesantías, aportes a salud y pensión y costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus anhelos** por cuanto se absolvió al extremo demandado de todas las pretensiones, tras considerar que los demandantes no probaron la prestación del servicio, señalando que la prueba testimonial no da cuenta de la relación laboral alegada.

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

[1] "Solicito apelación, respecto de la prueba testimonial que se le hizo a la señora ANA SABOLIA ROJAS, solicito se tenga en cuenta el testimonio debido a que la señora fue testigo presencial que los señores ADOLFO GUIZA y la señora EDILMA OLAVE VELANDIA desempeñaban el cargo como administrador y cuidador del inmueble ubicado en la carrera 16 numero 188- 54 desde el año 2013 hasta el año 2018 donde esta señora ANA SABOLIA ROJAS hizo uso del parqueadero y quien hizo presencia de que los señores ADOLFO GUIZA y EDILMA OLAVE cuidaban del parqueadero y quienes se hicieron cargo como administradores de dicho parqueadero. Es todo señor juez."

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre EDILMA OLAVE VELANDIA y ADOLFO GUIZA RAMÍREZ y la señora YANETH ESMERALDA RAMIREZ HURTADO, existió una relación de carácter laboral regida por un contrato de trabajo, aspecto que pasará a dilucidarse, debiendo en todo caso recordarse, lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Así pues, para continuarse con el estudio que se propone ante ésta Corporación, es preciso analizar uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, la prestación personal del servicio; en esa dirección, corresponde en primer lugar definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y la llamada a juicio, correspondiendo por tanto a ésta desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[2].

En ese orden, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio, encontrado como única prueba la declaración de la testigo ANA FABIOLA ROJAS DE RODRIGUEZ[3], quien refirió ser amiga de los demandantes desde el año 2010 porque guardó su vehículo en el parqueadero donde habitaban los demandantes hasta el año 2018, no obstante expresa no conocer quién era el propietario de dicho inmueble, pues únicamente vio allí a los accionantes y sus hijos.

Pues bien, de entrada debe señalarse, a juicio de esta Sala de decisión, dicha testimonial, no acredita la prestación personal del servicio de los demandantes a favor de la personal natural accionada, ya que la versión dada por la deponente en

---

[2] *"El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).*

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

[3] Cd. fl.112, audio 2, record: 2:22

manera alguna compromete a la aquí demandada, pues ni tan siquiera conoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las funciones desarrolladas por los accionantes en el parqueadero donde guardo su carro durante 8 años.

Así las cosas, se tiene que dentro del proceso no se aportó medio probatorio alguno, que permitiera corroborar las afirmaciones expuestas desde el libelo introductor o por lo menos que acreditaran la prestación personal del servicio por parte de los señores EDILMA OLAVE VELANDIA y ADOLFO GUIZA RAMÍREZ a favor de YANETH ESMERALDA RAMIREZ HURTADO.

En ese orden y ante la ausencia de medios de prueba, se genera la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada, precisándose en éste punto no solo basta la afirmación de haberse prestado un servicio para que se le considere amparada a la parte actora del cita presunción, sino que ello debe ser probado de manera suficiente, en tanto las presunciones deben partir de la existencia de un hecho real y cierto.

Del mismo modo, se advierte, el extremo encartado fue integrado al proceso a través de curador *ad litem*, dada la imposibilidad para surtir la notificación personal, auxiliar de la justicia que se limitó a dar respuesta al escrito genitor y no aportó elementos probatorios al presente juicio.

Conforme a lo anterior, y como se ha venido indicando el accionante debía acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en la norma precitada, siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba".*

Razón por la cual, iterando la ausencia de material probatorio a efectos acreditar la prestación personal del servicio en favor de la accionada, necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia de los accionantes frente a la

demandada, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio.

En ese orden, agotada como está la competencia de la Sala, dado que se arriban a las mismas conclusiones halladas por el Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

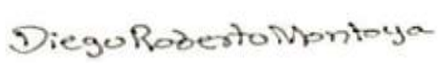
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

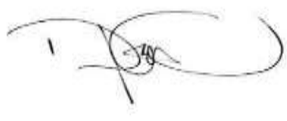
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GERMAN SANCHEZ LOBATON CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 22 2018 00405 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada (fls. 76), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de febrero de 2020 (Cd. fol. 67, record: 17:59, acta a folio 71), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER a*** *la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES*** *de todas las pretensiones incoadas por* ***GERMÁN ENRIQUE SÁNCHEZ LOBATÓN*** *identificado con la cedula de ciudadanía número 195.062 por las razones que indicaron en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y del derecho reclamado.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR EN COSTAS*** *a la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de $50.000.*
>
> ***CUARTO: CONSULTESE*** *con el superior la presente sentencia por haber sido adversa a los intereses de la parte demandante en los términos del artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, en caso de no ser apelada la misma.**"***

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primera instancia, aduciendo que si bien la norma establece que se deben cumplir dos requisitos para generar una expectativa para la pensión bajo el régimen de transición, en el presente caso se debe tener en cuenta que el demandante no solo cumplió esos requisitos para adquirir esa expectativa sino que ya con las semanas acreditadas había adquirido un derecho cierto de pensionarse en cualquiera de los regímenes en el que se encontraba, teniendo en cuenta que lo único que le faltaba era un año para adquirir la edad pues las semanas estaban más que suficientemente acreditadas [1] (Cd. fl. 67, record: 19:26).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor GERMAN ENRIQUE SANCHEZ LOBATON las pretensiones elevadas a folios 22 y 23 del escrito de subsanación, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 23 y 24, pretendiendo principalmente se declare que es beneficiario del régimen de transición por lo que tiene derecho a que se le reconozca su pensión de vejez bajo el régimen contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia se ordene reliquidar la prestación pensional a partir del 19 de diciembre del 2015, se condene a cancelar las sumas que resulten probadas por concepto de incrementos establecidos en el artículo 12 y ss. del Acuerdo 049 de 1990, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, derechos *ultra y extra petita* y las costas incluidos los honorarios profesionales del abogado. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones** por cuanto absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que si

[1] "Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación con el fin que el superior se sirva revisar el expediente bajo los siguientes argumentos: Básicamente solicito del tribunal que se sirva aplicar la norma que establece que el régimen de transición va hasta el 31 de diciembre de 2014, teniendo en cuenta que si bien esta norma establece que se deben cumplir dos requisitos para generar una expectativa que es la pensión bajo el régimen de transición, aquí debemos tener en cuenta que mi cliente no solo cumplió esos requisitos para adquirir esa expectativa sino que ya con las semanas acreditadas había adquirido un derecho cierto de pensionarse en cualquiera de los regímenes en el que se encontraba.

Por eso solicito que este caso especialmente lo revise el tribunal, teniendo en cuenta que lo único que le faltaba era un año pero que las semanas estaban más que suficientemente acreditadas. En esos términos dejo sustentado mi recurso para que el tribunal se sirva analizarlo. "

bien el demandante es beneficiario del régimen de transición no alcanzó el cumplimiento de los requisitos antes del 31 de diciembre de 2014, razón por la cual no es procedente el reconocimiento en los términos solicitados, destacando, el Acto Legislativo estableció que el régimen de transición no podía extenderse más allá de esa fecha.

Así las cosas, atendiendo los argumentos de la alzada, la Sala corrobora que el demandante si es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005[2], tiene **dos límites** temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del actor (fl. 59) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 19 de diciembre de 1955, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 contaba con 38 años de edad; no obstante para la misma data acumuló más de 15 años de servicios cotizados, esto es, 919,43 semanas equivalentes a **17 años, 10 meses y 16 días** conforme se consigna en la HISTORIA LABORAL aportada por Colpensiones a folios 60 a 65. Por tanto, en principio sería beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010, beneficio que mantuvo hasta diciembre del 2014 por contar con más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005

[2] "*Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

(29/07/2005), debiéndose proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario antes del **31 de diciembre de 2014**, limite que como se dijo fue establecido por el acto legislativo 01 de 2005.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el accionante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones a COLPENSIONES, desde el 29 de marzo de 1972, fecha que se consigna en citado el reporte de semanas cotizadas (ver fl. 60), **por lo que el régimen anterior aplicable a la situación pensional del actor lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990**, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de diciembre del 2014.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor SANCHEZ LOBATON alcanzó los 60 años el **19 de diciembre del 2015**, es decir, en fecha posterior a los dos límites establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010 y 31 de diciembre del 2014-, razones por las cuales perdió el beneficio transicional que solo se mantuvo hasta el 2014, data para la cual se debía acreditar tanto la edad como las semanas exigidas para adquirir la pensión bajo el manto de la norma anterior a la Ley 100 de 1993, requisitos que como se vio no acreditó el accionante en tanto la edad requerida fue cumplida hasta el año 2015.

De otra parte, bueno resulta indicar, el demandante no contaba con un derecho adquirido, pues recuérdese solo puede predicarse un derecho adquirido en el evento de encontrar reunidos los requisitos previstos en la norma aplicable, que para el caso de marras es el aludido Acuerdo 049 de 1990, antes del 31 de diciembre de 2014, pues de ser así el derecho pensional, ingresaría al patrimonio del demandante y por ende se consolidaría en su favor un derecho adquirido.

Por otro lado, no sobra agregar, frente a los límites temporales establecidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, estos no vulneran o desconocen los principios del derecho laboral, incluso éstos ya fueron objeto de estudio por la Honorable Corte

Constitucional en la sentencia SU-555 del 24 de julio de 2014[3]. En ese orden basta con recordar que allí se indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 no

[3] *"La Sala Plena de la Corte Constitucional estudió las acciones de tutela instauradas por María Cristina Ochoa Mendigaña y Marceliano Ramírez Yáñez contra el Banco de la República.; Alberto Rivera Arévalo, Mario Infante Bonilla, John Genoy Murillo, Jorge Omar Nieto Mora y Yolanda Moreno Rivera contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. –E.T.B.-y José Fernando Pabón Salcedo contra ECOPETROL S.A, quienes pretendían el reconocimiento de sus pensiones por fuera del marco del sistema general de pensiones y solicitaban la aplicación de cláusulas convencionales, más allá del término establecido en el Acto Legislativo 1 de 2005.*

Como fundamento de lo anterior, los accionantes alegaban la necesidad de la aplicación directa e inmediata de una recomendación proferida por la Organización Internacional del Trabajo –OIT frente al Acto Legislativo 01 de 2005.

Sobre el particular, la Sala Plena de la Corte Constitucional reiteró que sólo las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical, debidamente aprobadas por el Consejo de Administración son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano, y por tanto, la recomendación objeto de estudio es obligatoria. No obstante, ello no quiere decir que las autoridades nacionales no conserven un margen de interpretación y apreciación de las mismas para determinar su compatibilidad con el ordenamiento constitucional y para la adopción de las medidas concretas para hacerlas efectivas. De igual manera, recordó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, Comunicado No. 29. Corte Constitucional. Julio 23 y 24 de 2014 10 las demás recomendaciones expedidas por la OIT son directrices para la aplicación de los derechos laborales.

En consecuencia, en el caso concreto la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que la recomendación era obligatoria, pero en virtud del margen de interpretación fijó su alcance frente a los parágrafos del Acto Legislativo 01 de 2005 relacionados con el tema de las pensiones convencionales.

En primer lugar, señaló que las cláusulas relacionadas con pensiones contenidas en Convenciones Colectivas suscritas con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, podían prorrogarse automáticamente hasta el 31 de julio de 2010, fecha límite impuesta por el artículo 48 de la Constitución.

En segundo lugar, en relación con los derechos convencionales estableció las siguientes subreglas:

a) Se considerarán derechos adquiridos, aquellos surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplían los requisitos para esa misma época.

b) Se considerarán expectativas legítimas: (i) las de aquellos trabajadores que si bien no cumplían los requisitos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, sí lo hacían y se encontraban cobijados por convenciones celebradas antes del 29 de julio de 2005 y con fecha de vencimiento posterior al año 2005, o incluso hasta el 31 de julio de 2010, mientras éstas continuaran vigentes y, (ii) las de aquellos trabajadores que cumplieron los requisitos durante las prórrogas automáticas de las convenciones (vigentes) que se realizaron entre el 29 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010.

c) Finalmente, no se tendrá, ni siquiera como una mera expectativa, aquella situación que surja después de la fecha límite señalada en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 31 de julio de 2010. En efecto, el artículo 48 Superior, en el parágrafo transitorio 3, dispone: "En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

En tercer lugar, frente al contenido de las recomendaciones señaló que la primera recomendación que la OIT dirige al gobierno colombiano consiste en que se mantengan hasta su vencimiento los efectos de las convenciones y pactos colectivos cuyo término haya sido fijado para una fecha posterior al 31 de julio de 2010. Esto es exactamente lo que establece la primera parte del parágrafo transitorio tercero cuando indica que "Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado".

En ese entendido, con relación a las pretensiones de los accionantes la Sala Plena concluyó que el Acto Legislativo 01 de 2005 no desconocía la recomendación de la OIT relacionada con el respeto de los derechos adquiridos y en consecuencia, no se vulneraban los derechos invocados por los actores en sus demandas.

desconoce la recomendación de la OIT relacionada con el respeto de los derechos adquiridos, determinándose que en los casos allí estudiados, los accionantes no contaban con derechos adquiridos ni con expectativas legítimas*,* nótese que para la causación de la pensión se exige no solo el cumplimiento de las semanas de cotización exigidas por la respectiva ley sino también la edad, distinto al entendimiento asignado a las pensiones restringidas, cuyo disfrute o exigibilidad se alcanza con el cumplimiento de la edad, situación que no es la de autos.

Así las cosas, como se ha venido señalando el demandante cumplió los 60 años de edad exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 el 19 de diciembre de 2015 y en esa medida, teniendo en cuenta que los requisitos para adquirir la pensión refieren el cumplimiento de la edad y semanas de cotización para el 31 de diciembre de 2014, resulta claro para esta Sala de decisión, pese a la densidad de semanas de cotización del actor, lo cierto es que no se dio el cumplimiento de los dos requisitos y en consecuencia el demandante no cuenta con un derecho adquirido tal y como lo indicó la juez a quo, reiterando al actor conforme al régimen de transición solo le aplicaba el Acuerdo 049 de 1990 dado que sus cotizaciones lo fueron al sector privado, sin que el demandante sea beneficiario de otro régimen, razón por la cual y como se ha venido señalando dado que la edad la cumplió solo hasta el año 2015 su prestación pensional debía ser estudiada a la luz de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 tal como lo hizo la encartada en la Resolución SUB 8801 del 16 de enero del 2018 (fl. 6).

Agotada la competencia en esta instancia, por el estudio de los motivos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la juez *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de los 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,

---

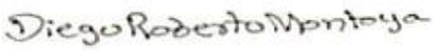
Finalmente, se determinó que en los casos objeto de estudio, los accionantes no contaban con derechos adquiridos ni con expectativas legítimas en la medida que cumplieron con los requisitos exigidos en las convenciones, cuando éstas ya no se encontraban vigentes, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010" .

RESUELVE

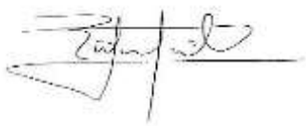
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

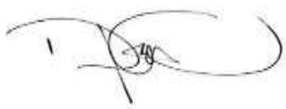
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

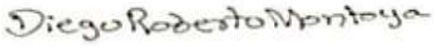


RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARCO TULIO TIMINA PUERTO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES– (RAD. 21 2018 00459 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, representada legamente por CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal, conforme la escritura pública N° 3368 del 2 de septiembre de 2019 (folio 113 a 115), y a la abogada CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, como sustituta, de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poderes incorporados a las diligencias (folios 112 y 113 a 115) según corresponda.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 117 a 120 y 142 a 146), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación presentado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, de la sentencia proferida por

Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 30 de agosto de 2019 (CD fl. 105, record 24:12, acta a folio 106), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer a pagar a MARCO TULIO TIMINA PUERTO, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez en cuantía de $35.897.180,28, conforme lo dispuso en esta parte motiva, suma que deberá ser indexada al momento de su pago.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, inexistencia del derecho de la obligación y buena fe, y probada en los términos referidos la de improcedencia de interese moratorios e indexación.*
>
> ***TERCERO: COSTAS** a cargo de la parte demandada, fijando como agencias en derecho la suma de $1.800.000."*

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la condena impuesta en su contra. Con tal propósito, indica, debe tenerse en cuenta la incompatibilidad que existe entre la indemnización sustitutiva y la pensión sanción que le viene cancelando al actor, el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP.

Igualmente, refiere, las cotizaciones realizadas al régimen de prima media se subsidian en parte por el Estado, de allí que también exista incompatibilidad de las prestaciones según lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Política, dada la prohibición de recibir dos asignaciones que provenga del tesoro público[1] (CD fl. 105, récord 25:08, acta a folio 106)

---

[1] "*Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer el recurso de apelación, ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial, en su Sala Laboral, con el fin de que revoque la condena impuesta aquí a mi representada, teniendo en cuenta, las siguientes consideraciones:*
Solicito a los Honorables Magistrados, tener en cuenta, que esta incompatibilidad que se predica dentro del escrito de contestación de demanda, radica en que actualmente el fondo de prestaciones económicas, cesantías y pensiones FONCEP, se encuentra pagando una pensión sanción al aquí demandante, el señor Marco Tulio Timina Puerto.

En ese orden de ideas, cabe precisar que las cotizaciones realizadas al régimen de prima media, se subsidian en una parte por el Estado, en ese orden de ideas, es en ese sentido, que se predica esta incompatibilidad yendo en consecuencia en contravía de lo señalado en el artículo 128 de nuestra constitución política.
Lo anterior, pues guardaría consonancia también con lo señalado en la sentencia T-427 del año 2011, con Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez, en la cual, se manifiesta: "Al respecto en la sentencia en sentencia C-133 del 93, se estableció que: El término asignación, comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, y en ese entonces, se estableció que el bien jurídico protegido en el artículo 128 y en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, es la moralidad administrativa, considerada propia del ámbito de la función pública, respecto de quienes desempeñan empleos públicos".

Del anterior texto se concluye que la legislación nacional prohíbe que un individuo reciba dos prestaciones sociales, cuando una, es una pensión de vejez, y la otra es una pensión de invalidez, o una indemnización

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante MARCO TULIO TIMINA PUERTO, las pretensiones relacionadas a folio 3, **las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folio 2,** solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el pago de las costas del proceso y lo *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a Colpensiones a pagar a favor del demandante la suma de $35.897.180,28, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada al momento de su pago, declarando no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe y probada la de improcedencia de intereses moratorios, propuestas por la pasiva. Lo anterior, tras considerar satisfechos los presupuestos previstos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Previo a adentrarnos al estudio de la cuestión puesta en conocimiento de la Sala, es importante mencionar, no es objeto de controversia en esta instancia que al demandante le fue reconocida pensión sanción, conforme lo previsto en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 mediante sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá (folios 28 a 34), confirmada por esta Corporación en proveído del 24 de septiembre de 1999 (folios 40 a 51), en consideración al tiempo servido a la empresa distrital de servicios públicos EDIS.

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar los requisitos para la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, para lo

---

sustitutiva de la pensión de vejez, y otra cuando las dos asignaciones provengan del tesoro público en instituciones en las que el Estado sea dueño de la mayoría.

En este orden de ideas, pues solicito a los Honorables Magistrados, tener en cuenta, esta incompatibilidad que se predicó tanto en la contestación de la demanda, como en el recurso de apelación aquí interpuesto. En estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando también adicionalmente a los Honorables Magistrados estudiar en el Grado Jurisdiccional de Consulta, respecto de los puntos que no fueren apelados y que pudieren perjudicar a Colpensiones. Muchas gracias."

cual es menester remitirnos a la normatividad vigente que regula la materia, esto es, al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal dispone:

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

La anterior disposición fue reglamentada por el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, estableciendo en lo que acá interesa, que las Administradores del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (naturaleza que en efecto tiene la entidad enjuiciada), deberán reconocer la indemnización sustitutiva:

> *"Artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, por el cual se modifica el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001: Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:*
>
> *a) **Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;***
>
> *b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;*
>
> *c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;*
>
> *d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994[2], como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994".*

En atención a las preceptivas enunciadas, surgen entonces tres requisitos legales para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez:

[2] Declarada la nulidad (expresión en literal d " con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994") mediante Sentencia del Consejo de Estado radicada N° 11001032500020100027900 de 2017.

A) El cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez (60 años para el caso de los hombres antes del 2014 y 62 con posterioridad).
B) No haber completado, al cumplimiento de esa edad la densidad de cotizaciones suficientes para obtener la pensión de vejez -1300 a partir del 2015[3], y
C) La manifestación de encontrarse en imposibilidad de seguir cotizando.

En ese orden, descendiendo al caso de marras, se tiene que el demandante nació el 29 de febrero de 1956, tal como se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía (folio 8), cumpliendo 62 años el mismo día y mes del 2018, fecha para la cual contaba con 995,14 semanas de cotización, según el reporte expedido por Colpensiones (folios 87 a 92), por lo que a la data que elevó la solicitud de indemnización sustitutiva -13 de marzo de 2018, folio 9-, ya cumplía con los dos primeros requisitos establecidos. Valga puntualizar, de conformidad con el reporte aportado por la pasiva, el actor solo acreditó 999,57 semanas cotizadas en toda su vida laboral.

Ahora, en lo que tiene que ver con la manifestación de la imposibilidad de continuar cotizando, se halla a folio 11 la declaración de tal situación, dirigida a la accionada.

En ese orden de ideas, no cabe duda para esta Sala, que le asiste derecho al actor del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto tal como lo estableció el Juez de primera instancia, sin que sean de recibo los argumentos expuestos en la apelación dirigidos a establecer la incompatibilidad de esta prestación al encontrarse pensionado el convocante por parte del FONCEP, por varias razones a saber:

En primer lugar, porque si bien la pensión restringida de jubilación devengada por el accionante fue causada y reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia del Art. 5 del Acuerdo 029 de 1985 (4 de octubre de 1994 - folio 38), esto es, abriendo paso a la compartibilidad de dicha pensión con la que eventualmente llegase a ser reconocida por el sistema general de pensiones, quedando entonces a cargo del FONCEP solamente el mayor valor si lo hubiere, resulta que verificado

[3] Artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

el "*Resumen de Semanas Cotizadas por Empleador*" de folios 86 a 93 **no se advierten cotizaciones** de la EDIS y/o FONCEP al régimen de prima media con el fin de subrogar el riesgo de vejez.

Aunado a lo anterior, si bien el artículo 6 del Decreto 1730 establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones correspondientes, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión restringida de jubilación que actualmente percibe el demandante se encuentra a cargo única y exclusivamente del FONCEP y los aportes con los cuales se va a reconocer la indemnización sustitutiva provienen de otros empleadores, por lo que no obedecen al mismo tiempo de servicio o a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la pensión sanción, tratándose de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que el promotor del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones, distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que disfruta, no generándose la incompatibilidad alegada.

En esta misma dirección, baste con señalar que tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Policita[4], por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2[5] y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal. Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de marzo de 2011, expediente 37959[6].

---

[4] "*Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas".*

[5]"*los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren".*

[6] *En un principio, tanto antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 como de la Carta de 1991, como con posterioridad, se consideró que los dineros administrados por el ISS para la adjudicación de pensiones ostentaban naturaleza pública, dada la calidad del Instituto, por lo cual, se generaron conflictos al solicitarse pensiones de vejez por quienes eran titulares de pensiones jubilatorias –legales o convencionales- canceladas por entidades estatales, o suspendérseles dichas prestaciones al acceder a la pensión dispensada por el ISS.*

Sin embargo, la jurisprudencia definió el asunto al dejar evidenciado que ya el Estado no aportaba dineros para conformar el fondo de pensiones administrado por el Instituto, por lo que las compatibilidades se abrieron paso. Así, en fallo pronunciado el 12 de septiembre de 2006, rad. 28257, reiterado en el de 23 de abril de 2007, rad. 27435, se dijo:

"Respecto del segundo cargo en donde se acudió al submotivo de violación de la infracción directa, tampoco puede tener prosperidad el ataque, habida cuenta que esta Sala de la Corte en procesos con características correlativas y en los que se ha planteado una acusación similar, estudió y definió el tema, adoctrinando que las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es posible colegir que se sufragan con dineros del tesoro, y en estas condiciones para los eventos donde el empleador sea una entidad oficial, no se configura la prohibición constitucional y legal prevista en los artículos 128 de la Constitución Politica y 19 de la Ley 4ª de 1992, es así que en sentencia del 14 de febrero de 2005 radicado 24062, se dijo:

'(....) Ciertamente, se pagan con recursos del Tesoro, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, esto es, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, o las sociedades de economía mixta donde predomine el capital estatal, en el entendido de que el inciso segundo del artículo 128 de la Constitución Política establece que <Entiéndase por tesoro público el de la nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas>, y por ello cualquier pensión extralegal que exista en esta clase de entidades, como es el caso de aquellas que tengan como fuente una convención colectiva de trabajo, son del orden oficial'.

'Se tiene entonces, que una pensión extralegal otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del Tesoro, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante'.

'Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones:

'El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política'.

'En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador'.

'En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública'.

'Así, entonces, el pago simultáneo a un beneficiario de una pensión convencional por un ente oficial y la de vejez del ISS cuando la ley así lo permite no configura la prohibición consagrada tanto en el artículo 128 de la Constitución Política, como en el artículo 19 de la Ley 4° de 1992'.

'En sentencia del 22 de marzo de 2002 con radicado 17347, dictada en un proceso contra el Banco Cafetero, sobre el tema se puntualizó:

'De todos modos, de darse por superada esa equivocación, el cargo no saldría avante, para lo cual basta transcribir la sentencia de 27 de octubre de 1995, radicada con el No. 7792, que reprodujo en parte la de 27 de enero del mismo año (radicación 7109), reiterada posteriormente por la de 31 de marzo de 1998 (radicación 10047), pues el tema de fondo se centra en la supuesta imposibilidad de que las pensiones en discusión, esto es, la convencional reconocida por el Banco y la de vejez otorgada por el I.S.S. sean concomitantes, al estimarse que ambas provienen y son sufragadas por el tesoro público, lo cual a juicio del recurrente viola no solo de las normas legales que se mencionan, sino además, el artículo 64 de la Constitución Nacional que prohíbe expresamente la convergencia de dos o más asignaciones provenientes del tesoro público'.

'Esto dijo la Corte en las sentencias aludidas:

"El artículo 47 del D.L. 1650 de 1977 calificó al I.S.S. como Establecimiento Público, hoy Empresa Industrial y Comercial del estado, artículo 1º D.L. 2148 de 1992). El ISS fue creado por la Ley 90 de 1946. En el artículo 16 de la citada Ley se adoptó un sistema de financiación tripartita trabajadores, empleadores y Estado. Dicha forma de financiación se varió con el Decreto Ley 433 de 1971, en cuanto a los aportes del Estado, por un '…aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación…' (literal e ibídem).

"Posteriormente se dictó el decreto Ley 1650 de 1977, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 12 de ese mismo año, estableciéndose en el artículo 22 lo siguiente: "De los aportes de patronos y trabajadores, en los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el sesenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento".

"La cotización para el seguro de accidente de trabajo y de enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador".

"Puede verse con facilidad que el aporte del estado desapareció de la seguridad social (hasta antes de la Ley 100 de 1993, expedida en desarrollo del artículo 48 del la Constitución Política)".

"También el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido; en efecto, en decisión del 24 de marzo de 1983 anotó: '…lo anterior exonera a la sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de seguros Sociales, que aunque últimamente configurado como establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció".

"Y en sentencias del 27 de febrero y 6 junio de 2003, con radicación 19508 y 20271, ésta última rememorada por la réplica, y que fueron reiteradas en decisión del 23 de septiembre de 2004 radicado 23430, se precisó:

"'A pesar de que los cargos primero y segundo se formulan por vías distintas, la Corte procede a su estudio de manera conjunta en atención a que ambos buscan demostrar la incompatibilidad para recibir más de una asignación del tesoro público, y tienen una respuesta común: que las reservas pensionales de las que proviene el pago de la pensión de vejez objeto de la controversia, no hacen parte del tesoro público, como pasa a indicarse.

"'Los recursos para el pago de las prestaciones que se originan en el Sistema General de Pensiones son de carácter parafiscal como lo ha enseñado la doctrina.

"'Uno de los elementos esenciales de la parafiscalidad es el de que esta clase de recursos constituyen un patrimonio de afectación, esto es, que los bienes que lo integran han de destinarse a la finalidad que la ley les señala en el momento de su creación; así, los fondos constituidos con las cotizaciones o los aportes que efectúan por mandato de la ley, el Estado o los particulares, a cualquiera de los regímenes de pensiones, han de consagrarse exclusivamente a pagar las prestaciones del servicio de la seguridad social en pensiones.

"'La Constitución Política de 1991 incorporó al mundo normativo la institución de la parafiscalidad, creada por la doctrina a partir de figuras legales como las contribuciones destinadas a cubrir los riesgos en salud y pensiones; la ley que regula el sistema de seguridad social plasmó en su texto los elementos esenciales con las que esta doctrina ha diferenciado los recursos parafiscales; así, la Ley 100 de 1993, en su articulo 283 consagra la exclusividad del beneficio en pensiones; los artículos 25, 52 y 90 le otorgan el carácter de administradoras a las entidades a las que se le confía la gestión de los recursos, en su orden, del Fondo de Solidaridad Pensional, del régimen de prima media con prestación definida, del de ahorro individual con solidaridad, de manera que, de los patrimonios de afectación no puede predicarse propiedad –solo antitécnicamente- por cuanto nadie puede ejercer el poder de libre disposición sobre ellos".

"'De esta manera, el fondo económico del que proviene el pago de las pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes aunque esté radicado en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales, no es ni ha sido propiedad suya, sino que éste ha sido sólo administrador de aquellos".

"'La Constitución Nacional señala las entidades que contribuyen a conformar el Tesoro Público: la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas, dentro de las que está comprendido el Instituto de Seguros Sociales, por su carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, e integran el tesoro con los bienes y valores que sean propios de cada una de ellas; como las reservas pensionales con las que el Instituto

Aclarado lo anterior, en lo que toca al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001[7], el cual preceptúa que para determinar el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100, para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

I = SBC x SC x PPC

Dónde:

SBC: *Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del Dane.*

SC: *Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*

PPC*: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*[8]

Con base en ello, efectuados los cálculos de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta como fecha de exigibilidad el 2 de mayo de 2018 –día siguiente a la última cotización y

---

cubre el valor de la pensión de vejez, no son de su propiedad, sino que son sólo administradas por él, no hacen parte del Tesoro Público".

"'Así, entonces, el Tribunal Ad quem no infringió la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Nacional.'"

"Pues bien, al no tener el carácter de pública la pensión legal que reconoce el Instituto de Seguros Sociales a un trabajador oficial, trayendo como consecuencia que no se configura la prohibición constitucional y legal que pone de presente la censura, y siendo hechos indiscutidos tanto el origen de las pensiones de jubilación que otorgó la ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. a los demandantes con antelación al 17 de octubre de 1985, valga decir, de naturaleza convencional, como que el ISS a su vez les concedió a éstos la pensión de vejez, y que la demandada decidió cancelar únicamente la diferencia entre las dos pensiones para comenzar a compartirla, se concluye que dichas pensiones se deben mantener como autónomas, con mayor razón cuando en verdad tienen la vocación de ser compatibles." (Resaltes de la Sala).

Lo cual se consolida al disponer la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, que modificó al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que:

"m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran".

[7] *Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016:*
Reconocimiento de la indemnización sustitutiva*. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.*
(...)
Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

[8] ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

novedad de retiro (folio 93) - se obtiene un valor a cancelar por concepto de indemnización sustitutiva de **$26,734,123.00[9],** cifra que por resultar inferior a la dispuesta por la juez de primer grado, habrá de ser modificada en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada.

En lo atinente a la indexación deprecada, a la cual accedió la Juzgadora inicial, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1974	*159*	*0.279*	*138.854*	*497.983*	*$ 930.00*	*$ 463,124.00*	*$ 2,454,557.00*
1975	*31*	*0.352*	*138.854*	*394.129*	*$ 930.00*	*$ 366,540.00*	*$ 378,758.00*
1978	*133*	*0.672*	*138.854*	*206.741*	*$ 3,300.00*	*$ 682,245.00*	*$ 3,024,620.00*
1979	*207*	*0.795*	*138.854*	*174.578*	*$ 3,300.00*	*$ 576,108.00*	*$ 3,975,145.00*
1995	*90*	*26.147*	*138.854*	*5.311*	*$ 240,000.00*	*$ 1,274,527.00*	*$ 3,823,581.00*
1996	*58*	*31.237*	*138.854*	*4.445*	*$ 227,228.12*	*$ 1,010,066.00*	*$ 1,952,794.00*
1997	*103*	*37.997*	*138.854*	*3.654*	*$ 384,283.41*	*$ 1,404,321.00*	*$ 4,821,502.00*
1998	*158*	*44.716*	*138.854*	*3.105*	*$ 371,408.92*	*$ 1,153,317.00*	*$ 6,074,136.00*
2000	*210*	*57.002*	*138.854*	*2.436*	*$ 371,000.00*	*$ 903,732.00*	*$ 6,326,124.00*
2001	*330*	*61.989*	*138.854*	*2.240*	*$ 413,181.82*	*$ 925,518.00*	*$ 10,180,698.00*
2002	*167*	*66.729*	*138.854*	*2.081*	*$ 509,887.72*	*$ 1,061,008.00*	*$ 5,906,278.00*
2003	*225*	*71.395*	*138.854*	*1.945*	*$ 507,933.33*	*$ 987,862.00*	*$ 7,408,965.00*
2004	*360*	*76.029*	*138.854*	*1.826*	*$ 500,000.00*	*$ 913,163.00*	*$ 10,957,956.00*
2005	*360*	*80.209*	*138.854*	*1.731*	*$ 534,000.00*	*$ 924,437.00*	*$ 11,093,244.00*
2006	*360*	*84.103*	*138.854*	*1.651*	*$ 586,000.00*	*$ 967,487.00*	*$ 11,609,844.00*
2007	*360*	*87.869*	*138.854*	*1.580*	*$ 634,000.00*	*$ 1,001,872.00*	*$ 12,022,464.00*
2008	*360*	*92.872*	*138.854*	*1.495*	*$ 676,000.00*	*$ 1,010,692.00*	*$ 12,128,304.00*
2009	*360*	*100.000*	*138.854*	*1.389*	*$ 780,000.00*	*$ 1,083,061.00*	*$ 12,996,732.00*
2010	*360*	*102.002*	*138.854*	*1.361*	*$ 825,000.00*	*$ 1,123,064.00*	*$ 13,476,768.00*
2011	*360*	*105.237*	*138.854*	*1.319*	*$ 867,000.00*	*$ 1,143,960.00*	*$ 13,727,520.00*
2012	*360*	*109.157*	*138.854*	*1.272*	*$ 922,416.67*	*$ 1,173,363.00*	*$ 14,080,356.00*
2013	*360*	*111.816*	*138.854*	*1.242*	*$ 954,000.00*	*$ 1,184,687.00*	*$ 14,216,244.00*
2014	*360*	*113.983*	*138.854*	*1.218*	*$ 996,000.00*	*$ 1,213,331.00*	*$ 14,559,972.00*
2015	*360*	*118.152*	*138.854*	*1.175*	*$ 1,024,000.00*	*$ 1,203,424.00*	*$ 14,441,088.00*
2016	*360*	*126.149*	*138.854*	*1.101*	*$ 1,062,333.33*	*$ 1,169,321.00*	*$ 14,031,852.00*
2017	*360*	*133.400*	*138.854*	*1.041*	*$ 1,108,443.75*	*$ 1,153,764.00*	*$ 13,845,168.00*
2018	*91*	*138.854*	*138.854*	*1.000*	*$ 1,531,841.54*	*$ 1,531,842.00*	*$ 4,646,587.00*
Total días	***7002***	***Total devengado actualizado a***				***2018***	***$ 244,161,257.00***
Semanas Cotizadas S.C.	*1000.29*	*Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.*					*$ 244,091.52*
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					*10.949%*
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				***2018***	***$ 26,734,123.00***

9

capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, no erró el Juez de primera instancia al reconocer el pago indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la indemnización sustitutiva reclamada a favor del demandante y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, por lo que procede la indexación de la indemnización hasta la fecha en que efectivamente sea cancelada al demandante.

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (folio 75)[10], es menester precisar que el mismo no está llamado a la prosperidad, en cuanto ha sostenido recientemente la Corte Suprema de Justicia que el derecho a la indemnización sustitutiva, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Sobre el particular puede consultarse la sentencia SL4559 de 2019[11], reiterada en SL 5544 de 2019.

---

[10] La demanda se tuvo por contestada por esta entidad por auto del 19 de julio de 2019 (folio 96).

[11] "*Sobre el particular, esta Sala en sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, avaló la aplicación de la prescripción trienal contenida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Estatuto Laboral, frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión.*

No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así, se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto le otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.

De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.

Ahora, el régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad, consagró una figura distinta, denominada devolución de saldos que opera cuando los afiliados no alcanzan a cotizar las semanas mínimas para la pensión de vejez, invalidez o para causar la de sobrevivientes, para en su lugar, disponer la entrega de la

Pues bien, agotada la competencia de instancia, por el estudio de los aspectos materia de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta, procede a la modificación del numeral primero de la sentencia apelada y consultada, en los términos antedichos, y la confirmación de lo demás.

---

totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros más el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar.

En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo –indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.

En el primer caso –la pensión- porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva- porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez."

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento de tal garantía se haga de forma íntegra o completa.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan habilita a sus titulares a requerir, en cualquier momento, a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente debe tener un Estado social de derecho (CSJSL8544-2016).

En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.
Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.

COSTAS de la apelación a cargo de COLPENSIONES. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primer grado ÚNICAMENTE en lo que corresponde al valor de la indemnización la cual asciende a **$26.734.123,00,** para el 2 de mayo de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁNg

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN CARLOS MORANTES HERNÁNDEZ Y PEDRO JOSÉ ROZO ÁLVAREZ CONTRA CONCRETOS ARGOS S.A. (RAD. 21 2018 00065 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada CONCRETOS ARGOS S.A., lapso durante el cual los demandantes guardaron silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 27 de agosto de 2019 (Cd a folio 273, record 22:05 y acta a folio 274), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de cobro de lo no debido, propuesta por la pasiva.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** a los demandantes, liquídense como agencias en derecho la suma de $200.000, a cargo de cada uno de los demandantes y en favor de la parte demandada.*

> ***CUARTO: CONSÚLTESE*** *esta decisión con el superior, por ser adversa a los intereses de los demandantes."*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo que, en su criterio, nunca estuvo en discusión la causación del salario variable, o la forma en la que el mismo era cancelado, pues eso no quedó planteado en el escrito demandatorio. En su sentir, el centro de la litis era verificar si era justificada la razón para disminuir el salario de los trabajadores demandantes, ya que, considera, el empleador se aprovechó de su propia culpa en tanto la reubicación que condujo a la supresión del factor variable que devengaban los actores, no fue producto de una decisión de estos, sino que se relacionó con la falta de cuidado de la demandada que produjo, en ambos casos, un accidente laboral. En ese orden, dice, no hay una razón válida para que el empleador se abstenga de pagar la variable.

Además, alega, se contraviene "*el principio de non bis in idem",* porque con el accidente no solo se produjo una afectación de su salud, sino que, además, se redujo en un 40% el salario de los trabajadores, esto es, se les causó doble perjuicio por una misma causa.

De otro lado, infiere, no se tuvo en cuenta la prevalencia de la realidad sobre las formas ni el principio de *"la condición más beneficiosa",* esto en el entendido que los trabajadores venían prestando un servicio que no pudo continuarse precisamente por el accidente, lo cual conllevó, insiste, a la imposibilidad de causar el salario variable por razones no atribuibles a los demandantes sino a su empleador, y consecuentemente, también comportó cambios desfavorables en las condiciones de vida de los convocantes del juicio.

Por último, agrega, no puede entenderse que existe una actitud responsable del empleador respecto del cuidado de la salud de los trabajadores después de que se produjo el accidente, pues las medidas deben adoptarse con anterioridad a la ocurrencia del siniestro[1] (Cd a folio 273, récord 22:28 y acta a folio 274).

---

[1] "*Gracias señora Juez. Por medio de esta intervención interpongo el curso de apelación teniendo en cuenta que no comparto la decisión proferida por su señoría, frente a lo siguiente:*

Uno, creo que nunca se estuvo en discusión el debate sobre la causación o el derecho de la variable o cuando se pagaba la variable, creo que en eso no hubo discusión, ni en el escrito de demanda lo plantea, ni testimonialmente, se planteó esa discusión. El centro del debate gira frente a si es injustificada o no, o hay

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes JUAN CARLOS MORANTES HERNÁNDEZ Y PEDRO JOSE ROZO ÁLVAREZ en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folio 5, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 4 y 5, encaminadas a que se declare que la

---

razones del empleador para hacer donde están nuestros argumentos y que consideramos no fueron tenidos en cuenta, por su señoría, por varios elementos:

El primero, en nuestra opinión, si hay un provecho de la propia culpa, teniendo en cuenta que no es decisión digamos libre o espontanea de los trabajadores no volver a bombear o no causar la variable sino que es la no causación de la variable es por una razón que tiene que ver con la falta de cuidado del empleador para con sus trabajadores, es decir, ya en los alegatos de conclusión el Dr., Oscar, digamos manifestó que con el señor Pedro había habido una conciliación por el tema de la culpa patronal, lo que significa entonces, que hay una culpa por parte del empleador, cierto, para causarle un daño al trabajador, y que como consecuencia de ese hecho, el trabajador no puede volver a prestar el servicio ni a causar la variable, lo que significa entonces que no hay una justificación para que el empleador se abstenga de pagar esta variable, sino que claramente, digamos que hay un provecho del mismo, digamos porque ya no le paga esa variable a los trabajadores, o podríamos decir eventualmente que el empleador se la ahorra.

Creo que también hay, digamos el fallo contraria un principio del derecho denominado nom bis in ídem, en el entendido de que, además de que los trabajadores se les causa un accidente, se les causa una afectación en un bien jurídico como su salud, pues además de eso se afecta digamos el 40% de lo que los trabajadores venían recibiendo, lo que significa entonces, que se causa un doble perjuicio a los trabajadores por un mismo hecho por una misma causa, y creo que también digamos ese elemento es contrario a derecho.

También hay otro elemento importante que me parece que no se tuvo en cuenta, que además es un principio constitucional denominado el principio de la realidad sobre las formas, en la realidad los trabajadores venían digamos prestando su servicio, claro cuando el empleador lo necesitara, pero los trabajadores estaban disponibles para ello, lo que ocurrió después de sus accidente de trabajo fue justamente que los trabajadores, perdieron la oportunidad, digamos de estar disponibles para que el empleador los tuviera en cuenta, para causar esta variable insisto que no fue imputable a los trabajadores, y al no ser imputable a los trabajadores, insisto que no hay una justificación para que el empleador se abstenga de ello.

Lo que significa entonces, que lo anterior, también contraria el mismo principio constitucional 53, cuando establecemos el principio de la condición más beneficiosa, es decir, los trabajadores venían en una condición que cambia por una circunstancias ajenas a la voluntad de los trabajadores pero imputables al patrono, y esa condición hace que asuman una expectativa de vida o una condición de vida desfavorable lo que significa entonces que debía aplicarse también el principio de la condición más beneficiosa, en ese sentido, creo que no se ha tenido en cuenta, que el hecho que hace cambiar sustancialmente la vida de los trabajadores, es imputable al empleador, creo que o por lo menos no comparto cuando la sentencia manifiesta que independientemente de que ellos no pudieran realizar las labores para las que ellos estaban contratados pues la desmejora se ha justificado con la sentencia cuando se dice entonces, que es un acto responsable del empleador cuidar la salud de los trabajadores, no coincido, porque no es un acto responsable del empleador cuidar la salud de los trabajadores, después de que los ha accidentado, la responsabilidad del empleador es cuidar la salud del trabajador, cuando el trabajador se encuentra digamos apto para la prestación del servicio para la cual fue contratado, no después de que lo ha accidentado, es decir, ahí no pueden digamos, el Estado entender que hay una actitud responsable del empleador de cuidar la salud del trabajador después de que lo ha accidentado, entones señora Juez, por lo anterior le solicito respetuosamente me conceda el recurso de apelación. Muchas gracias."

demandada desmejoró sus condiciones laborales al disminuir sustancialmente el salario variable reconocido en el contrato de trabajo sin justificación alguna. En consecuencia, se condene a la encartada a cancelar a su favor el salario variable dejado de reconocer, el pago retroactivo de los dineros no cancelados por este concepto y se reliquiden las prestaciones sociales con el salario realmente devengando, esto es incluyendo el salario variable. **Obteniendo sentencia de primer grado** adversa a sus aspiraciones por cuanto se declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y se absolvió a la demandada de todas las pretensiones. Ello tras considerar que no existió una desmejora salarial en la medida en que la encartada se vio impedida a pagar la parte variable dada la ausencia de prestación el servicio de operación de máquinas ocasionada, entre otras, por la imposibilidad de ejecutar la labor por parte de los actores dadas las restricciones médicas. En ese sentido, concluyó, no se trató de una decisión arbitraria de la empleadora, pues no hay un cargo compatible con el estado de salud de los actores en los que pudieran devengar el componente variable.

Por último, indicó que no está en discusión la culpa o no de la empleadora en la disminución de la salud de los demandantes para decir que se está valiendo de su propia culpa.

Previo a resolver las inconformidades planteadas, es menester precisar, no es objeto de debate en esta instancia que entre los demandantes y la demandada existe una relación laboral vigente, en el caso de PEDRO JOSÉ ROZO ALVAREZ, desde el 16 de febrero de 2007, y de JUAN CARLOS MORANTES HERNÁNDEZ desde el 4 de enero de 1993, hechos que además de haber sido aceptados por la pasiva desde la contestación de la demanda, se verifican de la documental visible a folios 25, 14, 111, 112, 65 y 81 a 82, correspondientes a las certificaciones laborales expedidas por la empresa ARGOS S.A. y a la copia de los contratos de trabajo suscritos entre las partes, respectivamente.

En este punto también debe anotarse, no es motivo de discusión que los actores dejaron de percibir horas extras y recargos por trabajo suplementario, así como el componente variable de su salario, en razón a la reubicación de la que fueron sujetos, en virtud de las restricciones ordenadas a cada uno por medicina laboral que les impedían ejecutar trabajo en alturas y conducir vehículos, actividades que

resultaban indispensables para el ejercicio del cargo para el que están contratados (Operador de Autobomba), lo cual conllevó a una disminución de sus ingresos. Tampoco se cuestiona, que para la causación de dicha variable se requiere, además de desempeñar cualquiera de los siguientes cargos: "*Conductor Mixer*", "*Operador de Bomba y Operador de Autobomba*" y "*Ayudante de Bomba*", la efectiva prestación del servicio de bombeo y transporte de concreto -según la convención colectiva de trabajo (se paga por metro cúbico bombeado)-, actividades que en virtud de las recomendaciones dadas por los médicos laborales a los demandantes, no pueden ser ejecutadas por estos, pues fueron conclusiones a las que arribó la juez de primer grado no discutidas en la apelación. En todo caso, se advierte, tales circunstancias devienen de la prueba documental incorporada al expediente, entre estas, la comunicación a los accionantes del cumplimiento de las restricciones por parte de las empresa ARGOS, con los que se realiza la reasignación de funciones a los accionantes (folios 69 a 71, 72 a 74, 95, 98), el seguimiento periódico realizado a los trabajadores (folios 75 a 76, 77 a 78, 99 a 100, 103 a 105), las recomendaciones médicas otorgadas con la restricción de trabajo en alturas y conducción (folios 101 a 102), la copia del reporte de pagos acumulados por empleado (folios 15 a 24 y 30 a 37), la convención colectiva de trabajo en cuyo artículo 7 se establecen los salarios variables (folio 160 y vto.), así como de los testimonios vertidos por JOSÉ BERNARDO BECERRA[2], FELIPE ANTONIO MÉNDEZ[3], ALIX ANDREA GARZÓN ROMERO[4], compañeros de trabajo de los convocantes y operarios de mixer, quienes fueron contestes en afirmar que los demandantes tienen restricciones para conducción y trabajos el altura, los que son requeridos para el cargo, y que la variable no se cancela cuando no hay producción, así como tampoco en periodos de licencia o incapacidad, vacaciones, permisos, entre otros. Además del testimonio de MYRIAM LOPEZ ARIZA[5], profesional de salud ocupacional, quien aseguró que los demandantes no pueden ser reubicados en ningún otro cargo, dadas las recomendaciones dadas, que no sean tareas administrativas, en razón al perfil profesional de los demandantes.

[2] Cd folio 270, récord 1:15:19, acta folio 271.
[3] Cd folio 270, récord 1:19:06, acta folio 271.
[4] Cd folio 270, récord 1:42:49, acta folio 271.
[5] Cd folio 270, récord 1:29:17, acta folio 271

Adicional a lo anterior, valga decir, la pasiva aceptó desde la contestación de la demanda[6] que los demandantes sufrieron, respectivamente, un accidente de trabajo, por lo que el acaecimiento de esos hechos quedó excluido del debate probatorio.

Hechas tales aclaraciones, y atendiendo los argumentos de la alzada, la discusión que se plantea se centra únicamente en determinar la validez de la justificación de dicha disminución salarial, evaluando la culpa del empleador en la ocurrencia de dicha circunstancia, pues a juicio del recurrente, el que los demandantes no puedan realizar las actividades que dan lugar a la causación y pago de la porción variable del salario, no es una situación atribuible a estos, pues no fue su decisión dejar de ejecutarlas para pasar a realizar actividades administrativas en las cuales no hay lugar al pago del salario variable, y más bien, debe concluirse que la demandada se vale de su propia culpa al sustraerse de dicho pago, pues esta no adoptó las medidas tendientes a evitar la ocurrencia de los accidentes de trabajo que menguaron el estado de salud de los trabajadores y que dieron origen a las restricciones en la ejecución de su labor como operadores de autobomba.

Pues bien, para solventar tal cuestionamiento, debe partir la Sala por advertir que el recurso en realidad pretende sentar un debate sobre le cual no versó el litigio o el debate probatorio, pues nótese que ninguno de los hechos de la demanda hace referencia alguna a la culpa del empleador en la ocurrencia de los accidentes laborales o en la disminución del salario de los aquí demandantes, incluso, los fundamentos de derecho del libelo introductorio se enmarcan en el *ius variandi* o la facultad que tiene el empleador de alterar unilateralmente las condiciones del contrato de trabajo, que no es lo que aquí acontece, pues quedó claro que la reubicación de los trabajadores se dio en cumplimiento de las obligaciones que le incumben a la pasiva en calidad de empleador, de ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes[7]. Ello impediría abordar el examen de tal cuestión, por ir en contravía del principio de congruencia.

---

[6] Desde la contestación de la demanda al dar respuesta a los hechos 7 y 12 (folios 55 y 56)

[7] Al respecto, el Decreto 2351 de 1965, modificatorio del Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 16 determina:

*"**Artículo 16. Reinstalación en el empleo.** 1. Al terminar el período de incapacidad temporal, los patronos están obligados: a) A reinstalar a los trabajadores en los cargos que desempeñaban si recuperan su capacidad de trabajo. La existencia de una incapacidad parcial no será obstáculo para la reinstalación, si*

No obstante, como frente a este aspecto se refirió brevemente la juez de primera instancia al final de sus consideraciones, la Sala se adentrará al estudio de esta cuestión, para lo cual resulta imperioso hacer algunas anotaciones frente a la responsabilidad del empleador en materia de riesgos laborales.

Así, resulta oportuno señalar, todo trabajo por elemental y sencillo que sea o parezca comporta un riesgo, es decir, es claro que el solo hecho de ejecutar una actividad laboral lleva implícito un peligro, pero sobre esta materia la legislación ha creado únicamente dos tipos de reparación, una, denominada **reparación tarifada de riesgos,** relativa al reconocimiento de los beneficios o prestaciones económicas previstas en la ley, según el caso, a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales; y otra, la **reparación plena de perjuicios** atinente a la indemnización total y ordinaria de éstos por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro, y que corresponde asumir directamente al empleador en los términos del artículo 216 del C.S. del T.,

La primera -reparación tarifada de riesgos-, corresponde a la responsabilidad objetiva, cuya existencia se funda en el criterio de "*el riesgo creado*", a partir del

---

los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo; b) A proporcionarle a los trabajadores incapacitados parcialmente un trabajo compatible con sus aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios. c) El Incumplimiento de estas disposiciones se considerará como un despido injustificado". (Subrayado fuera de texto original) Las disposiciones enunciadas, son concordantes con lo establecido en los artículos 16 y 17 del Decreto 2177 de 1989, que a la letra señalan: "Artículo 16. Todos los patronos públicos o privados están obligados a reincorporar a los trabajadores inválidos, en los cargos que desempeñaban antes de producirse la invalidez si recupera su capacidad de trabajo, en términos del Código Sustantivo del Trabajo. La existencia de una incapacidad permanente parcial no será obstáculo para la reincorporación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñándolo.

***Artículo 17.** A los trabajadores de los sectores públicos y privado que, según concepto de la seguridad competente de salud ocupacional o quien haga las veces en la respectiva entidad de seguridad o previsión social o medicina del trabajo, en caso de no existir afiliación a dichas instituciones, se encuentren en estado de invalidez física, sensorial o mental, para desempeñar las funciones propias del empleo de que sean titulares del empleo y la incapacidad no origine e/ reconocimiento de pensión de invalidez, se les deberán asignar funciones acordes con el tipo de limitación o trasladarlos a cargos que tengan la misma remuneración, siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad."*

Así mismo los artículos 4 y 8 de la Ley 776 de 2002, prescriben:

*"**ARTÍCULO 4o. REINCORPORACIÓN AL TRABAJO.** Al terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría."*

*"**ARTÍCULO 80. REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR**. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios."*

cual ante la creación de un riesgo por parte de una persona que le causa un perjuicio a otra, se origina una obligación de reparar en cabeza de aquel que causa el daño; la responsabilidad existe porque el siniestro se presenta bajo la subordinación del empleador sin que se refiera la comparación de la culpa en la ocurrencia de tal hecho. Para cubrir dicha contingencia, se impone al patrono el deber de trasladar el riesgo a entidades especializadas en su administración, mediando una cotización a cargo exclusivamente de este, con la particularidad que los trabajadores que se vean afectados por una contingencia de origen profesional, tendrán derecho al reconocimiento de unos beneficios previamente dispuestos en la legislación, en proporción al daño específico que se haya causado, pero sin atender el perjuicio puramente individual de la víctima o su familia. Así mismo, es irrelevante la intervención de la culpa del trabajador accidentado, como también la culpa del empleador. En este tipo de responsabilidad basta que el siniestro se produzca, para que el sistema quede obligado a la reparación.

Con relación a la segunda -responsabilidad subjetiva-, lo que importa es la conducta del causante del daño y si la misma es determinante a efectos de imputar la responsabilidad, por lo que, en estos eventos, se requiere el análisis de la acción y omisión y el grado de culpa en que incurrió para determinar la responsabilidad y no solamente la verificación de la causación de una consecuencia jurídica[8].

Este sistema dual de responsabilidad asegura, por una parte, que el Sistema General de Riesgos Laborales cubra los riesgos que por su propia naturaleza

---

[8] Conviene recordar el criterio que, sobre la responsabilidad de la ARL, la Sala de Casación Laboral ha fijado en jurisprudencia repetida, entre otras, en la Sentencia CSJ SL, 14 ago. 2012, rad. 39446, reiterada en Sentencia CSJ SL16792-2015, 06 may. 2015, rad. 45750, CSJ SL10186-2017 donde señaló:

«(…) en materia de riesgos profesionales, surgen dos clases de responsabilidad claramente diferenciadas; una de tipo objetivo, derivada de la relación laboral, que obliga a las administradoras de riesgos profesionales a atender y reconocer a favor del trabajador, las prestaciones económicas y asistenciales previstas por el Sistema de Riesgos Profesionales en tales eventos, prestaciones que se generan al momento en que acaece el riesgo profesional amparado, para cuya causación resulta indiferente la conducta adoptada por el empleador, pues se trata de una modalidad de responsabilidad objetiva prevista por el legislador con la finalidad de proteger al trabajador de los riesgos propios a los que se ve expuesto al realizar la actividad laboral. Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] ésta sí derivada de la "culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional", que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia. (…)"

genera el trabajo; y, de otro lado, que los daños ocasionados al trabajador por conducta culposa y dolosa de su empleador le sean resarcidos total y plenamente, atendiéndose el régimen general de las obligaciones[9].

En síntesis, los perjuicios que puedan llegar a causarse al trabajador en virtud de una enfermedad o accidente de carácter laboral, se resarcen a través del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas y asistenciales que prevé el sistema de riesgos laborales o de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, pero para esta última, además de la ocurrencia del siniestro, deberá acreditarse con suficiencia la culpa del empleador.

Descendiendo al caso de autos, para responder a los reparos planteados en el recurso de apelación, a juicio de la Sala, aunque hubo una disminución salarial de los demandantes en tanto dejaron de percibir el componente variable de su salario, manteniéndose el ingreso fijo con los reajustes de Ley, tal circunstancia obedeció a razones objetivas y atendibles y no a un capricho de la sociedad demandada, pues como se dejó sentado al inicio, la misma se produjo en razón a la reasignación de las actividades y la modificación del horario, que encuentran sustento en las recomendaciones médico-laborales dadas a los demandantes (folios 69 a 71, 95, 98) y las restricciones de estos para ejecutar trabajo en alturas y conducción de vehículos, a partir de las cuales la pasiva se vio obligada a reubicar a los trabajadores a cargos compatibles con sus aptitudes y capacidades, lo cual a su vez conllevó a que dejaran de percibir la porción del salario variable pues este, como lo adujeron los deponentes y lo aceptaron los actores al absolver el interrogatorio de parte[10], se paga únicamente cuando se presta efectivamente el servicio de bombeo y transporte de concreto.

Ahora bien, aunque pudiera decirse que tal disminución salarial comporta un perjuicio económico, catalogable como lucro cesante, lo cierto es que su reparación solo es posible a través de la verificación de la culpa suficientemente comprobada del empleador en los accidentes de trabajo acaecidos a los accionantes, situación que no quedó demostrada en el caso de autos, en tanto ni un solo medio de prueba se aportó en tal sentido, incluso, en el asunto se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los

[9] Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2012.
[10] Cd folio 270, récord 45:35 y 56:38, acta folio 271.

accidentes de trabajo a los que se refieren los actores en la demanda, destacando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus aseveraciones es la parte actora, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba"*.

En este punto resulta pertinente anotar, para el resarcimiento de este tipo de perjuicios no basta con la demostración de la ocurrencia del accidente de trabajo, en tanto como se indicó anteriormente, es claro que la actividad laboral en sí misma comporta un riesgo que se encuentra cubierto o asegurado por el Sistema de Riesgos Laborales -responsabilidad objetiva-, y bajo ese entendido, el hecho que la reubicación de los trabajadores se haya dado como consecuencia de la merma de sus capacidades laborales por la afectación de su salud que tuvo origen en los accidentes de trabajo acaecidos a cada uno de los accionantes, no implica *per sé,* que el empleador deba continuar generando el pago de un salario cuyas condiciones de causación, conocidas por los actores, no se configuran, máxime cuando se demostró que en realidad no existe una desmejora de las condiciones laborales de los trabajadores originada en la reasignación de funciones en tanto continuaron devengando el salario establecido para el cargo contratado.

Así las cosas, iterando que en el caso de marras no se evidencia una desmejora salarial injustificada a los demandantes, se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

Agotada como está la competencia de la Sala por el estudio de los argumentos de apelación y habiéndose arribado las mismas conclusiones de la juez a quo lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA 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 la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo precedentemente expuesto.

SEGUNDA: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

COSTAS: Tásense conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyendo la suma de $700.000 por concepto de agencias en derecho.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDNA GISSELE REY AGUDELO CONTRA SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN (RAD. 20 2017 00036 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que se hubieran presentado los alegatos de instancia por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de septiembre de 2019 (Cd. fl. 170, record: 32:32, acta a folio 171), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre la demandante EDNA GISSELE REY AGUDELO y la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP existió un contrato de trabajo a término indefinido.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada SALUDCOOP EPS ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, incoadas por EDNA GISSELE REY AGUDELO.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en COSTAS a la demandante, tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMLMV.*
>
> ***CUARTO**: De no ser apelada la presente decisión, REMÍTASE para que sea revisada a través del Grado Jurisdiccional de Consulta por el Tribunal Superior de Bogotá, como quiera que la misma fue completamente adversa a los intereses de la trabajadora demandante."*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, indicando, en razón a la vinculación laboral declarada con la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP, se configura la relación de trabajo con la EPS demandada, recordando la obligación que tiene la EPS SALUDCOOP como sociedad matriz respecto de su subordinada Corporación IPS SALUDCOOP, de conformidad con lo señalado en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, así como el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, el oficio 220077845 del 18 de junio de 2015 expedido por la Supersociedades y la Resolución 25 de 2016 por medio de la cual se levanta la intervención forzosa administrativa para administrar y se ordena la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar la Corporación IPS Saludcoop[1] (Cd. fl. 170, récord 34:28, acta a folio 171).

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante EDNA GISSELE REY AGUDELO las pretensiones visibles a folios 5 a 7, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 5, encaminadas de manera principal a que se declare la existencia de un vínculo laboral entre ésta y SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD - ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN entre el 24 de octubre de 2013 y el 30 de noviembre de 2015. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor recargos festivos, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de navidad correspondientes al año 2015, así como la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable**, por cuanto, se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar el juez de primera instancia que el contrato de trabajó existió con CORPORACIÓN IPS

[1] "*En ese caso su señoría, me permito fundamentar el recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir, de conformidad con lo que se había señalado en el libelo de la demanda, en la relación laboral que tuvo la Dra., Edna Giselle Rey Agudelo, con la Corporación IPS SaludCoop, en virtud de la prestación personal del servicio que tuvo ella durante los años finalización 2013, 2014 y hasta el mes de noviembre del año 2015, el cual, se acaba decretar por parte del despacho en el numeral 1, donde efectivamente se configura el vínculo laboral con la EPS, y así mismo, el recurso de apelación se fundamenta en la vinculación, en la responsabilidad y la obligación que tiene la sociedad matriz EPS SaludCoop, respecto de su subordinada Corporación IPS SaludCoop, de conformidad con lo señalado en la Ley 1116 de 2006, en su artículo 61; en el artículo 148 de la Ley 222 del año 95, en el oficio número 220077845 del 18 de junio de 2015 expedido por la Supersociedades, y de acuerdo a la resolución número 25 de 2016 de la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual, se levanta la intervención forzosa administrativa para administrar y se ordena la toma y posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar la Corporación IPS SaludCoop. Muchas gracias.*"

SALUDCOOP entidad que fue liquidada y su personería jurídica cancelada, es decir se declaró la terminación de su existencia jurídica, puntualizando que esta es una sociedad completamente diferente a la EPS SALUDCOOP, que fue la demandada. De otro lado indicó, ni aún en uso de las facultades ultra y extra petita podía pronunciarse frente a una eventual condena contra la EPS convocada a juicio en virtud de la subsidiariedad, solidaridad, unidad de empresa, sucesión procesal o cualquier otra figura respecto a la IPS SALUDCOOP toda vez que tales asuntos no fueron discutidos dentro del plenario y, en todo caso, tampoco se incorporaron elementos de convicción de los que se pudiera analizar tales situaciones.

Pues bien, aunque el recurso de apelación no resulta ser un modelo a seguir, entiende la Sala que la recurrente reprocha la negativa del juez *a quo* de acceder a las condenas del libelo introductor, pues en su criterio, debió declararse la responsabilidad subsidiaria de la EPS SALUDCOOP E.P.S frente a la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP, ante la liquidación de esta última sociedad.

Al punto, sea lo primero indicar, tal reparo se refiere a una circunstancia que no fue objeto de debate probatorio y frente al cual la demandada no pudo ejercer su derecho de defensa y contradicción, tal como incluso lo expuso el juzgador de primer grado, argumento que no podrá ser examinado por esta Corporación, no sólo porque con ello se sorprendería a la entidad accionada, vulnerando sus derechos a la defensa y debido proceso, sino además porque ello iría en contravía del principio de congruencia según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido propuestas si así lo exige la ley, y que no podrá condenarse al extremo demandado por un objeto distinto al pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta, que es precisamente lo sugerido por la apoderada de la actora en su recurso, al intentar variar los supuestos que sirvieron como fundamento a sus pretensiones.

Se indica lo anterior, por cuanto una lectura acuciosa del escrito demandatorio, permite establecer, sin lugar a equívocos, que los hechos y las pretensiones estuvieron encaminadas únicamente a que se declarara la existencia de una relación de trabajo directamente con la demandada –EPS SALUDCOOP-, entre el 24 de octubre de 2013 y el 30 de noviembre de 2015, con quien asegura celebró

contrato escrito (hecho 2, folio 3), sin hacer mención alguna a lo largo de la demanda sobre su vinculación con la COORPORACIÓN IPS SALUDCOOP –declarada por el *a quo,* no discutida en esta instancia-, y menos aún, sin esgrimir argumentos tendientes a que se estableciera que entre estas sociedades existió una situación de control o grupo empresarial de la que pudiera evocarse una responsabilidad subsidiaria.

Y es que tal circunstancia tampoco deviene de las exposiciones realizadas por la actora en las razones y fundamentos de derecho (folios 8 a 15), las cuales se encaminaron solamente a ilustrar la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, la necesidad de la actora de acreditar la prestación personal del servicio, la aplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T y la carga de la demandada de desacreditar la subordinación, así como la procedencia de la sanción rogada ante la ausencia de buena fe en la actuación de la pasiva, empero, ningún análisis se efectuó respecto de tal asunto –responsabilidad subsidiaria- del que pudiera la Sala determinar, en un ejercicio hermenéutico del escrito demandatorio, que era el querer de la demandante que se discurriera dicho tema en este proceso.

Ahora, aunque la pasiva (EPS) al contestar la demanda, en las razones fáctico jurídicas hizo alusión a la responsabilidad de la matriz respecto de las obligaciones adquiridas por una subordinada (folio 67 y vto.) las disquisiciones allí realizadas fueron entorno a la figura de la solidaridad y no a la responsabilidad subsidiaria.

En tal sentido, como se dijo al inicio, no puede ahora la Sala adentrarse al estudio de un asunto que no hizo parte de la discusión planteada por la convocante del juicio, en tanto debe guardarse fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en la instancia, sin que pueda entonces, entrarse a controvertir, reestudiar o modificar aquellas circunstancias que no fueron discutidas por los interesados, máxime cuando la responsabilidad subsidiaria de la demandada respecto de la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP tampoco hizo parte de la fijación del litigio, advirtiendo, la ley cuida especialmente que se construya y se perfile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso, para cuyo fin, el legislador se ha valido de instrumentos procesales, dentro de los que se encuentra

la fijación del litigio, que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del punto objeto de apelación, como quiera que se arriba a la misma conclusión absolutoria hallada por el fallador de primer grado, lo que sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $900.000, valor que deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SEBASTIAN RICO MEDINA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- (RAD. 16 2018 00351 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARIA ELENA FIERRO GARCIA, como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias (fl. 66).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada (fl. 65), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad demandada de la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de noviembre del 2019 (Cd a fl. 58, record 1:07:35, acta a fls. 59 y 60), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a pagar al demandante, señor SEBASTIAN RICO MEDINA, identificado con C.C. N° 1.106.740.716, las mesadas de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de la afiliada MEDINA RINCON MYRIAM, a partir del 20 de marzo del 2017 y hasta el 30 de junio del 2018, y de allí en adelante máximo hasta el 30 de junio del 2019, siempre y cuando para este último periodo desde el 30 de junio del 2018 se acredite el cumplimiento de los requisitos del literal C) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, es decir, que corresponderá al 100% de la pensión el valor de cada mesada pensional aquí condenada a pagar.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, a pagar al demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados sobre las mesadas pensionales que se generaron desde el 20 de marzo de 2017 y hasta que se efectúe el pago total de las mismas, teniendo en cuenta que los intereses se causan desde el 26 de junio del 2017 en relación con las mesadas que se causaron hasta el 30 de mayo de esa anualidad y a partir de la mesada de junio del 2017 los intereses se causan con la fecha de causación de cada una de esas mesadas, de allí en adelante hasta las mesadas que se indicaron en favor de la parte actora en el numeral 1° que antecede.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de las demás solicitudes que no fueron acogidas, básicamente en lo que se refiere a la indexación.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la parte demandada.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, practíquese por secretaria incluyendo el monto de uno y medio salarios mínimos legales mensuales vigentes como valor de las agencias en derecho"*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del extremo demandante, las pretensiones que relacionó a folios 3 y 4, las cuales encuentran sustento en los hechos consignados a folios 4 a 6, aspirando principalmente se condena a la demandada a pagar el 100% que le corresponde de la pensión de sobrevivientes a partir del 20 de marzo del 2017, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso incluyendo las agencias en derecho, **obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** pues se ordenó el pago de las mesadas pensionales a partir del 20 de marzo del 2017 causadas por el fallecimiento de la señora Myriam Medina Rico hasta el 30 de

junio del 2018 y las que se causen en adelante máximo hasta el 30 de junio del 2019 siempre que el demandante acredite el requisito de estudios, así mismo se reconocieron los intereses moratorios a partir del 26 de junio del 2017 sobre las anteriores mesadas y se declararon no probadas las excepciones propuestas, tras considerarse que el demandante tenía un derecho adquirido desde el 2008 cuando le fue reconocida la prestación pensional y si bien se encontraba retirado de nómina por no probar los estudios, esta condición la cumplió para el año 2017 por lo que era procedente acceder al pago de las mesadas pensionales desde el momento en que el actor acreditó el requisito de ser estudiante.

De tal manera, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si SEBASTIAN RICO MEDINA, es beneficiario del 100% de la pensión de sobrevivientes, desde la fecha que se solicita en el presente tramite -20 de marzo del 2017-.

Así las cosas, no es motivo de controversia en ésta instancia, la calidad de beneficiario que ostenta el demandante respecto de la pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento de quien fuera su progenitora MIRYAM MEDINA RICO, tal y como puede verificarse en la Resolución No. 008165 del 28 de agosto del 2008 (fls.17 y 18), donde se constata, que el reconocimiento se hizo a favor del actor en calidad de hijo del causante, como también de su hermano JEISON RICO MEDINA y de su padre OCTAVIO RICO, a partir del 2 de febrero del 2008 correspondiendo la primera mesada reconocida al accionante en la suma de $115.375 (fl. 18).

Igualmente se tiene que conforme se señala por COLPENSIONES en el acto administrativo SUB 14819 del 3 de agosto del 2017 "*las prestaciones a nombre de RICO MEDINA SEBASTIAN y RICO MEDINA JEISON DANIEL en calidad de hijos mayores de la causante, se encuentran retiradas por no acreditar estudios. Por otro lado se evidencia que la prestación a nombre del señor RICO OCTAVIO en calidad de cónyuge o compañero permanente, también se encuentra retirada por fallecimiento ocurrido el 20 de marzo del 2017"* (ver fl. 21)

En este orden de ideas, resulta entonces que la prestación pensional a favor del promotor del litigio se encuentra en estado de RETIRADA por la no acreditación de estudios, advirtiéndose el reconocimiento de la pensión que se dio en el 2008

con la Resolución No. 008165 (fls. 17 y 18) lo cobijaba hasta los 18 años sin ningún tipo de condicionamiento y a partir del cumplimiento de tal edad era su deber acreditar la condición de estudiante caso en el cual la pensión se continuaría reconociendo hasta los 25 años de edad.

Sobre el cumplimiento de éste requisito se pueden consultar la Ley 100 de 1993 art.-47 literal C y el Decreto 1889 de 1994 artículo 15, derogado por el artículo 2 de la Ley 1574 de 2012, "*Por la cual se regula la condición de estudiante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes"* donde se estableció:

> *"**DE LA CONDICIÓN DE ESTUDIANTE**. Para efectos del reconocimiento de la pensión de sobreviviente en los hijos del causante que tengan la calidad de estudiantes enmarcados en el artículo anterior, se deberán acreditar los siguientes requisitos:*
>
> *Certificación expedida por el establecimiento de educación formal de preescolar, básica, media o superior, autorizado por el Ministerio de Educación Nacional para el caso de las instituciones de educación superior y por las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas para el caso de los establecimientos de educación preescolar, básica y media, donde se cursen los respectivos estudios, en la cual conste que el estudiante cumplió con la dedicación a las actividades académicas curriculares con una intensidad académica no inferior a veinte (20) horas semanales.*
>
> *Para el caso de los estudiantes de la educación para el trabajo y el desarrollo humano, la calidad de estudiante se demostrará con la certificación que expida la respectiva institución de educación para el trabajo y el desarrollo humano, en donde debe indicarse la denominación del programa, la duración en la cual conste que el estudiante cumplió con la dedicación a las actividades académicas curriculares con una intensidad académica que no puede ser inferior a 160 horas, del respectivo periodo académico, el número y la fecha del registro del programa. Estas certificaciones de asistencia se deberán acreditar a la entidad correspondiente semestralmente."*

Al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso, advierte la Sala SEBASTIAN RICO MEDINA nació el 30 de junio de 1994 (ver registro civil de nacimiento de folio 14 y cedula de ciudadanía de folio 32), por ende los 18 años fueron alcanzados el 30 de junio del **2012** y los 25 años el mismo día y mes del año **2019**, sin embargo se tiene que del 1° de julio del 2012 (día siguiente al cumplimiento de los 18 años de edad) a diciembre del 2016, el mismo no acreditó ni ante la entidad reconocedora del derecho ni dentro del presente litigio su condición de estudiante conforme lo dispone el artículo 2 de la Ley 1574 del 2012, razón por la cual perdió el derecho a recibir mesadas pensionales de ese periodo, precisándose esta condición de estudiante tan solo se acreditó a partir del año

2017 con la certificación de la UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA visible a folio 22 expedida el 20 de abril del año 2017 y en la que se indica que el actor se encontraba matriculado para el primer periodo académico del 2017 (fl. 22), esto es, de enero a junio de tal año, razón por la cual a partir del año 2017 tenía derecho el accionante a que se le cancelaran sus mesadas pensionales como beneficiario de la pensión de sobreviviente reconocida desde el 2008, por ende en esta caso procedía la reactivación en la nómina de pensionados pues como ya se vio el accionante logró acreditar su condición de estudiante.

Advirtiéndose si bien COLPENSIONES negó el reconocimiento de las mesadas pensionales en acto administrativo SUB 148219 del 3 de agosto del 2017 (fls. 20 y 21) aduciendo que el actor había cedido su derecho pensional a su padre OCTAVIO RICO conforme se indicó en una declaración extra juicio aportada a folio 15, entendiendo la accionada que con tal manifestación que renunciaba a su derecho pensional, debe indicar esta Sala de decisión que la pensión de sobrevivientes constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental de carácter legal que el Estado está en la obligación de garantizar tanto en su pago oportuno como en su reajuste periódico y por ende es irrenunciable en virtud del artículo 48 de la Constitución Política, por lo que no podía afirmar la accionada con dicha declaración que el demandante se encontraba renunciando a su derecho, pues en ultimas si éste no acreditaba su condición de estudiante con posterioridad al cumplimiento de los 18 años por regla general lo que se presenta es el acrecimiento de la mesada a los demás beneficiarios de la prestación, conforme lo señalado en el Decreto 1889 de 1994[1] artículo 8, parágrafo 1°, no entendiéndose

[1] **ARTICULO 8o. DISTRIBUCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES**. <Artículo compilado en el artículo 2.2.8.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:

1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.

A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.

(…)

PARAGRAFO 1o. Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

con esto que se hubiese extinguido el derecho al actor, pues el demandante antes del cumplimiento de los 25 años de edad podía acreditar su condición de estudiante en aras de que se reactivara su pago de mesadas, tal como ocurrió en el caso bajo estudio, precisando esta Corporación el requisito de dependencia económica que pudo tener respecto del causante, no es objeto de debate ante ésta instancia, aunado a que si fue incluido por COLPENSIONES en su nómina de pensionados desde el año 2008 es porque ante tal entidad Sebastián Rico Medina probó tal requisito y por ello le fue reconocida la prestación.

Razones por las cuales luce claro el derecho al pago de las mesadas pensionales que se reclaman con este ordinario, las cuales conforme a las pretensiones de la demanda son las del 20 de marzo del 2017 en adelante, sin embargo de acuerdo a la certificación aportada a folio 24 la calidad de estudiante del actor solo se probó hasta junio del 2018 y en esa medida tal como lo dispuso el juez de primer grado se dispondrá el pago de las mesadas causadas en este periodo, sin perjuicio de que el actor acredite ante COLPENSIONES que mantuvo su calidad de estudiante hasta los 25 años de edad -30 de junio del 2019-, en aras de obtener el pago de la prestación pensional hasta esa fecha, precisándose el valor de la mesada será en un 100% a favor del actor pues conforme se indicó por la accionada los restantes beneficiaros perdieron su calidad (ver fl. 21).

En este orden de ideas, se procede a concretar el valor del retroactivo adeudado por lo menos a junio del 2018, el cual una vez efectuadas las operaciones aritméticas arroja una deuda de **$13.856.536**, adicionándose en este punto el fallo de primer grado.

Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	***Fecha final***	***Valor mesada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
20/03/17	*31/12/17*	*$ 737.717,00*	*11,37*	*$ 8.387.842*
01/01/18	***30/06/18***	*$ 781.242,00*	*7,00*	*$ 5.468.694*
Total retroactivo			***$ 13.856.536***	

PARAGRAFO 2o. La extinción del derecho de los beneficiarios del orden indicado en el numeral 1o. de este artículo, implicará la expiración de la pensión sin que pase a los siguientes órdenes.

Ahora, en cuanto a los intereses moratorios atendiendo a que el derecho pensional del accionante fue reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 a través de la Resolución No. 008165 de 2008, ha de recordarse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones, como ocurre en el caso de autos, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos de la citada norma.

De este modo se advierte, si bien COLPENSIONES negó el derecho al pago de las mesadas pensionales reclamadas por el actor con fundamento en que había renunciado a su derecho, tal como se explicó en líneas anteriores dicho argumento no resultaba válido, pues se itera el accionante únicamente se encontraba retirado de nómina por no acreditar su calidad de estudiante situación que posteriormente demostró y fue desconocida por la accionada. De modo que esta Sala de decisión no encuentra causas que justifiquen el desconocimiento del derecho por parte de la entidad demandada al tenor de lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral en sentencia SL787 de 2013, Radicación No. 43602, quien morigeró la posición frente a la procedencia de los intereses moratorios.

Así las cosas, el reconocimiento y pago tardío de la prestación pensional, incuestionablemente da lugar a la causación de los referidos intereses moratorios, a partir del vencimiento del plazo de dos meses previsto en el artículo 1° de la Ley 717 de 2001[2], con el que contaba la entidad para el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, el cual, en el presente asunto debe contabilizarse a partir del 25 de abril del 2017, fecha en que la pasiva recibió la solicitud de pago de mesadas pensionales, conforme al documento de folio 16. Intereses moratorios que deben pagarse a partir del día siguiente a la fecha del vencimiento del plazo con el que contaba la entidad para realizar el reconocimiento, es decir, **26 de junio del 2017** y se deben liquidar sobre las mesadas causadas a partir del 20 de marzo del 2017 y hasta la fecha que se incluya en nómina de pensionados, precisándose en este punto el fallo consultado.

---

[2] *"Artículo 1° 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"*

Finalmente en cuanto a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES a folio 45[3], se tiene que el derecho a las mesadas pensionales se hizo exigible una vez acreditó su condición de estudiante que lo fue para el año 2017 conforme la certificación de estudios de folio 22, reclamando su pago el 25 de abril del 2017 (fl. 16), obteniendo respuesta negativa por acto administrativo SUB 148219 del 3 de agosto del 2017 (fls. 20 y 21), notificado el 24 de agosto del 2017 (fl. 19) y acudiendo a la jurisdicción el 21 de mayo del 2018 (fl. 26), es decir sin que hayan transcurridos los tres años de que trata el artículo 151 del C.P.L y ss, por lo que la prescripción no cobró operatividad y ese medida no se encuentra probado el medio exceptivo alegado.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el examen del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPNESIONES y habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por el Juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia, precisándose en los puntos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de Consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: PRECISAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primera instancia para establecer que el valor del retroactivo adeudado por mesadas pensionales causadas del 20 de marzo del 2017 al 30 de junio del 2018, asciende a la suma de **$13.856.536**, sin perjuicio del que se haya causado hasta el 30 de junio del 2019 de acreditar el actor la calidad de estudiante hasta tal data.

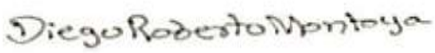
[3] La contestación se admitió por parte del Juzgado en auto del 19 de septiembre del 2019 (fl. 53).

SEGUNDO: PRECISAR el numeral **SEGUNDO** del fallo consultado, en cuanto a que los Intereses moratorios proceden a partir **26 de junio del 2017** y se deben liquidar sobre las mesadas causadas desde el 20 de marzo del 2017 y hasta la fecha que se incluya en nómina de pensionados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: SIN COSTAS en el grado de jurisdiccional de Consulta.

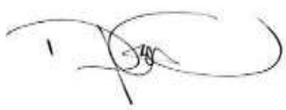
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALFONSO ENRIQUE PINEDA COGOLLO CONTRA SALOMON RUBIO SUAREZ (RAD. 20 2015 00040 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante contra la sentencia proferida por el Juez Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de septiembre de 2019 (Cd. fl. 58, record: 22:51, acta a folio 60), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** al demandado Salomón Rubio Suárez de todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.*
>
> ***TERCERO:** De no ser apelada la presente decisión consúltese con el Tribunal Superior de Bogotá en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la presente decisión queda notificada en estrados a las partes."*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte demandante, a lo cual se procede, previa la

constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor ENRIQUE PINEDA COGOLLO las pretensiones visibles a folios 2 y 3, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 5, encaminadas de manera principal a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 17 de septiembre de 2007 al 6 de febrero de 2010, el cual terminó por decisión unilateral del empleador sin que mediara justa causa. En consecuencia, pide se condene al demandado a reconocer y pagarle, las sumas correspondientes al auxilio de cesantías y su sanción por no pago, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, salarios y aportes al sistema de seguridad social en pensión, causados durante la vigencia de la relación laboral, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable**, por cuanto, se absolvió al demandado de las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que no se logró demostrar la existencia un contrato de trabajo entre las partes.

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales, y de allí se desprendan las garantías propias como el salario y prestaciones sociales.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre el señor ALFONSO ENRIQUE PINEDA COGOLLO como trabajador y el señor SALOMÓN RUBIO SUÁREZ como empleador, existió contrato de trabajo, vigente entre el 17 de septiembre de 2007 y el 6 de febrero de 2010, advirtiendo, el juez de primera instancia no halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes.

Así pues, para continuarse con el estudio que se propone ante ésta Corporación, es preciso analizar uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, la

prestación personal del servicio; en esa dirección, corresponde en primer lugar definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el demandado; sin embargo, en el caso bajo estudio, tenemos que una vez revisado el expediente se evidenció que no obra prueba alguna dentro del plenario que permita a esta Sala determinar que, tal como lo afirma el actor, entre las partes se configuró una relación laboral, de la que pudiera derivarse el reconocimiento de las acreencias laborales pretendidas.

Así, se tiene que con la demanda sólo se incorporó un documento denominado reclamación extrajudicial dirigida al demandado, calendada 5 de julio de 2012 (folio 8), la cual no tiene constancia de haber sido recibida por este, además de una liquidación de prestaciones sociales de la misma fecha elaborada por un asesor jurídico a solicitud del mismo demandante (folio 9), por lo que tales legajos de manera alguna permiten concluir que el convocante prestó sus servicios a favor del convocado a juicio mediante un contrato de trabajo.

Además de lo anterior, aunque en la audiencia inicial se decretó a favor del demandante el interrogatorio de parte al demandado y los testimonios de Elvira Ramírez, Ana Vidalita Camacho, Luis Alejandro Acero y Ernesto Flores (Cd folio 53, récord 10:15, acta folio 56 a 57), de tales medios probatorios desistió el apoderado actor cuando el *a quo* se disponía a su práctica (Cd. fl. 58, récord 4:16, folio 60), quedando huérfano de prueba el convocante de la acción.

Del mismo modo, se advierte, el encartado fue integrado al proceso a través de curador *ad litem*, dada la imposibilidad para surtir la notificación personal de este extremo procesal, auxiliar de la justicia que se limitó a dar respuesta al escrito genitor y no aportó elementos probatorios al cartapacio procesal.

En ese orden, es claro que el actor no cumplió con su carga probatoria, pues se itera, en autos ni siquiera pudo acreditarse la prestación personal del servicio en el lapso reclamado desde el libelo introductor siendo esta una falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la parte demandante, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga

de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"* lo que conlleva a la absolución de la traída a juicio.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, como quiera que se arriba a la misma conclusión absolutoria, hallada por el fallador de primer grado, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia consultada.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ERISINDA BASTO ROJAS CONTRA CONTACTO HUMANO EMPRESARIAL LTDA. (RAD. 21 2017 00774 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante (fls. 108 y 109), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de diciembre del 2019 (Cd fl. 102, record 35:26 y acta a folio 103), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre la Señora ERISINDA BASTO ROJAS, y la sociedad CONTACTO HUMANO EMPRESARIAL LTDA., existió un contrato de trabajo en misión por el término de la obra o labor contratada del 30 de abril hasta el 13 de julio de 2017.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad CONTACTO HUMANO EMPRESARIAL, a pagar a la demandante ERISINDA BASTO ROJAS, las siguientes sumas y conceptos:*
>
> - *$15.602.740 por concepto de despido sin justa causa.*
> - *$5.879.293 por concepto de indemnización moratoria.*
>
> ***TERCERO:** se **DECLARARAN** no probadas las excepciones de inexistencia del contrato obra o labor, cobro de la no debido, buena fe, CONTACTO HUMANO EMPRESARIAL LTDA., prescripción, inexistencia de las obligaciones cobradas en las pretensiones.*

> ***CUARTO: COSTAS*** *en esta instancia a cargo de la parte demandada, fijando como agencias en derecho la suma de $750.000, las cuales serán liquidadas por secretaria. ”*

Inconforme con la decisión el apoderado de la encartada sustenta el recurso de apelación interpuesto, señalando su inconformidad en primer lugar respecto de la modalidad del contrato, precisando no se puede confundir un contrato en misión con un contrato de obra o labor, aduciendo si bien en el plenario reza esa denominación, se demuestra mediante las pruebas documentales que Contacto Humano, es una empresa temporal, no hace obras, no presta alguna actividad especial para una compañía constructora o de otro tipo.

Considerando existe una norma especial en donde se establece el contrato en misión, en el cual no se presta directamente el servicio y por ende lo que hacen es enviar trabajadores para colaborar con unas empresas que se denominan empresas usuarias, quien en el presente caso fue la Unión Temporal Alimentando América donde la Señora Erisinda fue a prestar los servicios en misión, refiriendo el despacho se equivoca al plantear que porque está escrito contrato misional por obra o labor, se da este tipo de modalidad pues en su sentir lo que en la realidad se dio fue contrato en misión, donde el día 20/04/2017 la Señora Mónica Valencia, gerente de servicios de Unión Temporal Alimentando América, manifiesta que por aumento de la producción se requiere de la colaboración de la demandante, no obstante aduce que la trabajadora no cumple con los requisitos que pide Alimentando América, por ser un contrato que se tenía con el Estado que requieren unos requisitos especiales.

Por otro lado y en cuanto a la existencia del contrato de obra o labor hasta el año 2018, expresa que el despacho equipara la relación contractual de Erisinda que era individual con todo el contrato comercial que se sostuvo con la Unión Temporal Alimentando América, que fueron aproximadamente de 200 diferentes colaboraciones, pues había personal que manejaba las liquidaciones, que hacia la vigilancia del contrato, señoras para la cocina, indicando que no puede simplemente el despacho llevar a cabo la misión de Erisinda hasta el 2018 como lo pretende bajo la existencia del contrato comercial entre la Unión Temporal Alimentando América y la empresa usuaria Contacto Humano Empresarial, reiterando que en aplicación del contrato realidad se está frente a un contrato de colaboración o de misión y no con un contrato de obra o labor, por lo tanto, no

aplica lo planteado por el despacho, al hablar de un despido sin justa causa y la liquidación respectiva de acuerdo a lo manifestado en el C.S.T.

Finalmente respecto de la indemnización moratoria, señala la ausencia de la mala fe, asegurando que para que Contacto Humano le pague a la demandante, debe cancelársele por parte de la empresa usuaria los dineros de todas las nóminas para poder pagar como Empresa de Servicios Temporales, indicando que el testigo Juan Carlos Martínez, manifestó que él le retenía dineros a la empresa Contacto Humano, por lo que si no le satisfacían todos los requerimientos y paz y salvos, no podía hacer desembolso pues no era que Contacto Humano contara con los recursos y se le estuviera negando el pago de las acreencias a la actora[1]. (Cd. fol. 102, record: 36:27)

[1] "Su señoría, interpongo el recurso de apelación a la sentencia que acaba de dictar el despacho por los siguientes elementos:

Primero es aclarar, que el despacho desde el punto de vista jurídico viene confundiendo lo que es un contrato obra labor a un contrato misional o un contrato en misión.

Las empresas de servicios temporales tienen una normativa especial que es la Ley 50 de 1990, el Decreto 4369 del 2016, el Decreto 1072 de 2015, como especifico de normas compilatorias de esas normas especiales para las empresas temporales.

No puede el despacho confundir lo que es un contrato en misión que si bien es cierto, en el plenario reza esa denominación, se demuestra mediante las pruebas documentales que existen como es el certificado de existencia y representación legal, donde establece que Contacto Humano, es una empresa temporal, no hace obras, no presta alguna actividad especial para una compañía constructora o de otro tipo.

Hay un error y una confusión frente a esta normativa, las Empresas de Servicios Temporales, son unos intermediarios, el despacho confunde en ese sentido también que Contacto Humano como empresa en misión envía a sus trabajadores luego de hacer una selección de personal de acuerdo a los requerimientos que se hacen y se radicó y existe en el plenario el contrato y que no entiendo por qué la Señora Juez no lo quiere observar en esos términos cuando se habla que la relación entre la Unión Temporal Alimentando América y la Empresa de Servicios Contacto Humano, es una relación para envío de trabajadores en misión, falta esa observancia desde las pruebas documentales por parte del despacho en el tipo de empresa que se está planteando en la modalidad del contrato, claro citan el artículo 45 del CST, lo que habla es de 4 modalidades este CST, pero el despacho desconoce que existen otras modalidades que han creado normas posteriores, claro, esa es la generalidad las 4 modalidades que nosotros en derecho y la Señora Juez conoce y cita en el artículo 45, pero existen otras modalidades que las han venido creando normas posteriores como es el caso que existe una norma especial y así se llama contrato en misión, inclusive no prestan directamente el servicio lo que hacen es enviar trabajadores para colaborar con unas empresas que se denominan empresas usuarias, quienes son, la Unión Temporal Alimentando América donde existe un contrato con la Señora Erisinda, donde fue a prestar los servicios en misión allá.

En ese sentido, el artículo 53 de la Constitución Nacional, lo invoca que debe existir un contrato realidad, los Jueces deben observar este artículo constitucional, que es realmente qué tipo de figura se dio, con relación a la relaciones laborales existentes no tiene que ser la denominación, se equivoca el despacho cuando al plantear que porque está escrito contrato misional por obra o labor, que es una figura rarísima, lo que esta es mal denominado, la realidad es que es un contrato en misión y así se prueba entre el contrato comercial suscrito entre la Unión Temporal Alimentando América que reposa en el plenario y el certificado de existencia y representación legal de Contacto Humano Empresarial.

La Señora Erisinda, reconoció en su testimonio, cosa que tampoco tuvo en cuenta el despacho, esos testimonios, donde manifestó que a ella la contrataron por aumento de la producción. Desconoce pruebas

documentales el despacho como la que allegamos nosotros a folio 20 en la contestación de la demanda, donde el día 20/04/2017 la Señora Mónica Valencia, gerente de servicios de Unión Temporal Alimentando América, manifiesta que por aumento de la producción (sic) se da la cancelación del proceso (sic) y de la colaboración de la Señora Erisinda.

Igualmente, en la carta que habla testimonial y de la cual el despacho se acoge que es la terminación, la Señora Mónica Valencia, nuevamente dice, adicionalmente, no está manifestando que la terminación no se da por el aumento de la producción, si se le da lectura que también reposa en el plenario en la contestación a folio 22, dice: "adicionalmente la trabajadora no cumple con los requisitos que nos pide Alimentando América, por ser un contrato que se tenía con el Estado que requieren unos requisitos especiales", es normal que se den estas circunstancias pero el despacho no observo que adicionalmente no puede decirnos hoy en día que se puede extraer que simplemente fue por unas características que se estaban requiriendo eso lo hicieron como una forma adicional. Entonces, no se tuvo en cuenta en nuestra contestación las pruebas documentales en folio 20 y 22 de la contestación de la demanda.

No estamos de acuerdo que proceda la mala fe, calificar a Contacto Humano de mala fe, nuevamente, algo que ha invocado la defensa es que hay que desarrollar la normativa que conoce las empresas temporales, para que Contacto Humano le pague a la Señora Erisinda, debe cancelársele por parte de la empresa usuaria los dineros, todas las nóminas que Contacto Humano para poder pagar como Empresa de Servicios Temporales, con una empresa tercera, pueda cancelarle a sus trabajadores obedece que la empresa usuaria le cancele Señora Juez.

No se puede tildar de mala fe cuando inclusive en el contrato y así lo manifestó el apoderado de la empresa Unión Temporal Alimentando América, el Señor Juan Carlos, perdóneme, el Señor Juan Carlos Martínez, manifestó que él le retenía dineros a la empresa Contacto Humano, porque vamos a hablar de mala fe, si a él no le satisfacían todos los requerimientos, paz y salvos, efectivamente no podía hacer desembolso comprometiendo a Contacto Humano, situación que el despacho inclusive ahorita lo quiere sancionar, pero no era que Contacto Humano contara con los recursos y se le estuviera negando a la Señora Erisinda.

En ese sentido se desconoció ese testimonio donde efectivamente el Señor Juan Carlos Martínez, reconoce que él le retuvo dineros hasta que no se dieran esas causales de entrega de un paz y salvo, de los dineros y de la auditoria, porque la Señora Erisinda Basto, como ella misma lo dijo en su testimonio e interrogatorio realizado, ella manejaba dineros y le solicitaban a Contacto Humano que si no les llegaba ese paz y salvo y esa entrega de cuentas no se le cancelaba ninguno de los servicios prestados.

Por otra parte el despacho confunde, lo que es la relación comercial para proyectar y plantear la existencia del contrato obra o labor hasta el año 2018, manejándolo como una generalidad, desconoce el despacho que existen distintas labores o mejor distintas colaboraciones que se dieron en ese contrato comercial, donde podían existir desde el cargo de la Señora Erisinda, como habían otras colaboraciones en otros aspectos que supieron las señoras del servicio de cocina como tal, existieron inclusive jefes y controladores de ese contrato de manera que el despacho equipara la relación contractual de Erisinda que era individual en ese sentido en concreto y con relación a su colaboración con todo el contrato comercial que se sostuvo con la Unión Temporal Alimentando América, que fueron aproximadamente de 200 diferentes colaboraciones, el despacho en una interpretación muy ligera en el cual, no compartimos equipara el contrato comercial para 200 colaboraciones, vuelvo y repito, había personal que manejaba las liquidaciones que hacia la vigilancia del contrato, que se contrataban señoras para la cocina y no puede simplemente el despacho llevar a cabo la misión de Erisinda hasta el 2018 como lo pretende bajo la existencia del contrato comercial entre la Unión Temporal Alimentando América y la empresa usuaria Contacto Humano Empresarial.

Ahí hay un yerro bien importante, a mí me parece que en ese sentido el despacho se equivocó en ese planteamiento, la Señora Erisinda, termino el contrato el 20 de abril de 2017, como tal, por el requerimiento de la empresa usuaria como reposa en el folio 20 y 22, de la contestación de la demanda.

Entonces, dejamos claro que en abuso, perdón, en aplicación del contrato realidad nos encontramos con un contrato de colaboración o de misión y no nos encontramos con un contrato de obra o labor, por lo tanto, no aplica lo planteado por el despacho, al hablar de un despido sin justa causa, y sobre eso plantea la liquidación respectiva de acuerdo a lo manifestado en el CST.

La indemnización moratoria repetimos tampoco jurídicamente aplicaría toda vez que como se planteo es la empresa Unión Temporal Alimentando América, por la no entrega de la trabajadora de sus obligaciones de paz y salvo y organización de dineros que tenía que entregar la que obligó a que Unión Temporal Alimentando América, no le girara los dineros que le debía a la empresa temporal para hacer cualquier

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, ERISINDA BASTO ROJAS las pretensiones visibles a folios 4 y 5, las cuales se sustentaron con los supuestos facticos narrados a folios 2 a 4, encaminadas de manera principal a que se declare que entre las partes existió un contrato individual de trabajo en misión por el termino de duración de la labor u obra contratada, cuya fecha de inicio fue el 20 de abril del 2017 y de finalización el 13 de julio del 2017, el cual termino de manera unilateral por parte del empleador sin justa causa, en consecuencia se condene a la suma de $21.199.345 por indemnización por despido y $5.879.293 por concepto de indemnización moratoria por no haberse cancelado de manera oportuna a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones sociales debidas, igualmente se condene al pago de la indexación de las sumas adeudadas, costas, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus pretensiones por cuanto se condenó al pago de la indemnización por despido injusto en suma de $15.602.740, liquidada del 13 de julio del 2017 al 19 de abril del 2018 (fecha en que se cumplía el año del contrato celebrado por la demandada con la U.T. Alimentando América), tras considerar, que la demandada no probó que la obra para la cual fue contratada la demandante hubiese finalizado para la fecha de terminación del vínculo, así mismo condenó al pago de la indemnización moratoria al encontrar acreditada la mala fe de la accionada en el pago de la liquidación de prestaciones sociales la cual tardo 104 días en cancelar, señalando la modalidad contractual pactada fue por obra o labor.

---

pago respectivo, en ese contexto hay que entenderlo, nunca hubo mala fe del Contacto Humano Empresarial, no recibió los dineros la Señora Erisinda, no entrego su paz y salvo y por lo tanto, no se le puede tildar de mala fe a Contacto Humano Empresarial.
Finalmente, entonces reitero no se observaron las pruebas documentales en su debido contexto, se omitió por parte del despacho observar las pruebas escritas presentadas de terminación del contrato por parte de Unión Temporal Alimentando América.

No se observó debidamente lo manifestado por los interrogados y por los testigos frente al despacho por lo anterior creemos nosotros y solicitamos al superior se revoque la sentencia emitida por el a quo en este momento la sentencia que está emitiendo el Juzgado 21 Laboral del Circuito en cabeza de la Señora Juez.”

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar, la modalidad contractual que rigió entre las partes, la procedencia de la declaratoria del despido sin justa causa con ocasión de la terminación unilateral del contrato por parte del empleador, la fecha en la cual pudo haber terminado la obra o labor contratada y si hubo o no mala fe de la empleadora en el pago de las prestaciones sociales de la actora.

De tal manera, en atención a la controversia planteada en autos, debe recordarse si bien la demandada tiene como objeto social el de "*contratar la prestación del servicio con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de la empresa usuaria*" (fl. 45), esto es, se ha de catalogar como una empresa de servicios temporales en virtud de lo establecido a Ley 50 de 1990 Artículo 71, también lo es que de conformidad con dicha norma las EST son las que se encargan de contratar directamente a las personas naturales que van a desarrollar los servicios en favor de un tercero, por ende tienen el carácter de empleador, precisándose "*los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos*" (Artículo 74 Ley 50/90).

Para los trabajadores en misión, la Ley 50 de 1990 consagra el derecho a salario, vacaciones, primas de servicios proporcional al tiempo laborado, salud ocupacional conforme a sus Artículos 76, 78 y 79 y adicionalmente, los remite a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral, como lo señala el Artículo 75 de la misma norma, por ende resulta claro que la relación entre los trabajadores en misión y la empresa de servicios temporales, debe estar regida por un contrato de trabajo por lo que sus características y su terminación se rige por lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, tal como se infiere del artículo 75 ibídem.

Razón por la cual, se ha de aclarar al apelante que en lo que se refiere específicamente al contrato de trabajo en las Empresas de Servicios

Temporales, estas empresas son las que deciden de forma voluntaria el tipo de contrato y el termino que desean establecer para cada caso, pues únicamente cumplen con la función de enviar a sus trabajadores en misión a varias empresas, pero como ya se dijo tienen el carácter de verdadero empleador, sin que se pueda predicar algún tipo de contrato en misión por tener la calidad de trabajadora en misión.

De este modo, lo que se advierte de las pruebas obrantes en el plenario es que las partes aquí en contienda celebraron un contrato individual de trabajo por la duración de la obra o labor contratada tal como se indica en el documento de folios 11 a 13, acuerdo sobre el cual la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en sentencia SL 2176 del 15 de febrero del 2017, indicando:

> *"El artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo dispone como una de las modalidades del contrato aquella celebrada por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada», en la que lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado.*
>
> *Si bien aquel tiene una naturaleza incierta, sometida a la ejecución de determinadas actividades, el límite se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido.*
>
> *Esa necesidad del trabajo limitada temporalmente, permite indicar que las partes conocen sobre su incidencia, en el que se mantiene hasta tanto se encuentre ejecutando la labor, o hasta su finalización."*

En este orden de ideas ninguna otra interpretación merece el acuerdo contractual suscrito por CONTACTO HUMANO EMPRESARIAL LTDA. con la señora ERISINSA BASTO ROJAS, en cuanto a que la modalidad pactada lo fue por duración de la obra o labor contratada (fls. 11 a 13), la cual tuvo inició el 20 de abril del 2017 y fue terminada de manera unilateral por parte del empleador el día 13 de julio del 2017 (fl. 14), razón por la cual no pueden salir avantes los argumentos del apelante en este punto.

Establecido lo anterior, procede la sala entonces analizar si en verdad el despido se produjo, y más aún, si este obedeció a una justa causa, para lo cual, es preciso recordar que, el trabajador corre con la carga de demostrar el hecho del despido y una vez acreditado ello, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el

fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido, no pudiendo detenerse el fallador en el examen de conductas que no se adujeron como causal de despido.

Pues bien, advirtiendo que no es objeto de controversia en esta instancia, que la terminación de la relación laboral que ató a las partes, fue decisión del empleador, es menester traer a colación la documental visible a folio 14, consistente en la misiva fechada del 11 de julio del 2017, mediante la cual, la traída a juicio comunicó al demandante sobre la terminación del vínculo laboral, en los siguientes términos:

> *"Nos permitimos informarle que su contrato individual de trabajo en Misión por Obra o Labor contratada se da por terminado a partir del día 13 DE JULIO DE 2017, una vez notificado por nuestra empresa cliente UNION TEMPORAL ALIMENTANDO AMERICA y confirmado su paz y salvo se informa.*
>
> *El motivo de la terminación corresponde única y exclusivamente a procesos del sistema de gestión de calidad y a la verificación de los perfiles ocupacionales que nos exigen la empresa contratante y para quien, entre sus haberes, usted no cumple con los requisitos exclusivos y legales del cargo ocupado, por tal motivo se solicita la terminación de su labor luego de realizar la debida entrega a quien reemplazara la labora asignada y quien, por términos documentales, se adecua al perfil requerido.*
>
> *Una vez efectuada la revisión u envío de PAZ y SALVO, le confirmamos cuando podrá pasar a firmar su liquidación…."*

Conforme lo anterior, atendiendo a que la razón expuesta por el empleador, para finalizar el vínculo, fue la falta de requisitos para el perfil del cargo ocupado, para esta Sala de decisión, es claro que la promotora del juicio demostró que la terminación del contrato fue decisión de la demandada, trasladándose la carga probatoria, correspondiendo a la encartada acreditar si realmente el vínculo feneció por una justa causa, aspecto que entra la Sala a verificar, atendiendo a los argumentos expuestos por el apoderado de Contacto Humano Empresarial LTDA., en la alzada.

En ese orden, resulta importante destacar que la cláusula quinta y sexta del contrato indican (fls. 11 y 12):

> *"CLAUSULA QUINTA. La duración del presente contrato corresponde al tiempo que dure la realización de la obra o la labor contratada, señalada en*

> *este documento, de conformidad con el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, cualquiera de las partes podrá terminarlo unilateralmente, en cualquier momento así no se haya terminado la Obra que lo motivo, sin que esto de lugar a previstos e indemnizaciones por parte de ninguno de los que hacen parte de este contrato.*
>
> *CLAUSULA SEXTA. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato con cualquiera de las partes, las enumeradas en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965; y demás, por parte de EL EMPLEADOR, las faltas que para el efecto se califiquen graves según su criterio".*

Pues bien, conforme a lo anterior, se puede establecer, que la terminación del contrato de trabajo del demandante con la encartada, no derivó de la culminación de la obra o labor para la cual fue empleada la actora, como se aduce en la alzada sino que fue por falta del cumplimiento de requisitos para el cargo ocupado por la accionante, que conforme a los dichos de las testigos Liz Yenny Hernández Hernández (Auxiliar de Enfermería del establecimiento penitenciario) y Gladys Adriana Acosta Leal (Dragoneante del centro carcelario) era el de "*administradora del rancho*" en el establecimiento carcelario de Caqueza, situación que no se enmarca dentro de las justas causas señaladas en el artículo 62 del C.S.T., aunado que ninguna prueba obra en relación con los requisitos que eran exigidos para ocupar el cargo de Administradora de la zona de comidas del establecimiento penitenciario, por lo que no se acreditó que en efecto la actora no cumpliera con tales requisitos y perfiles.

Sumando a lo anterior y si bien la UNIÓN TEMPORAL ALIMENTANDO AMERICA a folio 74 ante un requerimiento efectuado por la Juez de primera instancia indica que "*se solicitó la terminación del contrato laboral de la Sra. ERISINDA BASTO ROJAS … por la culminación de la obra o labor contratada y por constatar que el perfil de la Sra. Erisinda no cumplía los requisitos exigidos por la ficha técnica y que eran requeridos por la operación entre la Unión Temporal en calidad de Usuaria y la bolsa mercantil de Colombia para el suministro de alimentación a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC"* , lo cierto es que en la misiva de terminación nada se señala sobre la culminación de la obra o labor contratada para de allí entender que la finalización se dio en virtud de un modo legal de terminación del contrato y en todo caso lo cierto es que la obra para la labor para la cual fue contratada no finalizó el 13 de julio del 2017, ya que de acuerdo a la testimonial recaudada (Liz

Yenny Hernández[2], Gladys Adriana Acosta[3], Giovanny Esneider Pérez[4] y Jhon Fredy Cortes Aguilar[5]) dicho oficio de administradora del rancho continuo, indicando que incluso en reemplazo de la accionante se nombró a la señora Omaira Huerfas, lo que evidentemente conlleva a concluir que para la fecha en que se finalizó el vínculo laboral del demandante (13/07/2017) la obra o labor para la que fue contratada no había culminado.

Téngase en cuenta, sobre la duración de los contratos de trabajo por el término de la obra o labor, de vieja data, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que en ésta clase de contratos, su vigencia se encuentra sujeta a la finalización de la obra contratada, tal como lo expuso en Sentencia del 14 de julio de 1956, en la que señaló: *"Si el contrato se ajusta para que perdure tanto como la obra, debe ser el fin de la misma y no la voluntad de las partes la que normalmente debe servir para ponerle término. Razonablemente la duración de la obra o labor especial, depende de su propia naturaleza y no de la voluntad de los contratantes, y, por ello, para cuando una de esta clase, se contratan trabajadores, la ley entiende que su trabajo va a durar tanto tiempo cuanto sea necesario para dar fin a las obras citadas".*

Por manera que, al encontrarse que en efecto la finalización del contrato de trabajo de la demandante por parte de CONTACTO HUMANO EMPRESARIAL LTDA. no lo fue en virtud del modo legal que se aduce por ésta accionada (fin de la obra o labor) ni tampoco por una justa causa dispuesta por la ley, resulta acertada la decisión de la *a quo* en cuanto a la condena impuesta de la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T.

Ahora, frente a su liquidación concretamente la fecha final, punto respecto del cual no se encuentra de acuerdo la demandada, la Sala advierte que en el presente asunto si se tiene certeza de la fecha efectiva en la cual terminaría la labor para la cual fue contratada la actora, esto es, Administradora del área de comidas del Establecimiento Carcelario de Caqueza, de conformidad con el contrato de prestación de servicios No. CHE0036 2017 suscrito el 20 de abril del 2017 entre CONTACTO HUMANO EMPRESARIAL y UNION TEMPORAL

[2] Cd fl. 93, record: 39:22
[3] Cd fl. 93, record: 47:44
[4] Cd fl. 93, record: 1:02:04
[5] Cd fl. 93, record: 1:08:21

ALIMENTANDO AMERICA visible a folios 49 a 51 en el que se pactó en su cláusula 13 que "*el termino de duración del presente contrato es de un año, pero queda prorrogado por un periodo igual, si ninguna de las partes avisa a la otra su deseo de terminarlo con un mes de anticipación. No obstante el término pactado, el presente contrato surtirá efectos mientras existan en el USUARIO trabajadores en misión"* (fl. 50), razón por la cual es claro que por lo menos durante un año, la labor tanto de la demandante como de los restantes trabajadores en misión enviados por la demandada a la usuaria, estuvo vigente, y en ese orden resultan acertadas las fechas tomadas por la *a quo* para la liquidación de la referida indemnización, esto es, desde la fecha de finalización del contrato -13/07/2017- a un día antes en que se terminaría el contrato de prestación de servicios con la U.T. -19/04/2018-, se confirma en este punto el fallo de primer grado.

Finalmente, en lo atinente a los reparos formulados respecto a la Indemnización del artículo 65 del C.S.T. por falta de pago oportuno de las prestaciones debidas, se precisa esta procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe[6]. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[7].

---

[6] Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

[7] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).*

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991)."

En el presente asunto, advierte la Sala, la pasiva alude que la demora en el pago de la liquidación de la accionante se debió a la falta de la entrega de un paz y salvo por parte de la empresa usuaria, no obstante se advierte en la documental de folio 54 a través de la cual la U.T ALIMENTANDO AMERICA notifica a la demandada de la terminación del contrato de la actora, se señala que ésta se encuentra a paz y salvo con la actora, obrando de la misma manera a folio 24 el acta de entrega del área de rancho donde la accionante desarrollaba sus labores, por lo que se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar las acreencias debidas a la actora a la finalización del contrato cuando pese a no tener formalmente el formato de paz y salvo, sabía que la actora cumplía con dicho requisito, razón por la cual resulta procedente la condena a esta indemnización.

Advirtiéndose el hecho de no contar con el pago total del contrato por parte de la unión temporal, no puede generar consecuencias desfavorables a favor de quien fuere su empleada, pues como al inicio de esta providencia se indicó la accionada tenía el carácter de verdadera empleadora y por ende debía asumir el pago de las obligaciones con las actora, independientemente de las situaciones administrativas que pudieran surgir con el contrato de prestación de servicios suscrito con la UNIÓN TEMPORAL ALIMENTANDO AMERICA.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y habiéndose arribado las mismas conclusiones halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

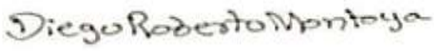
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

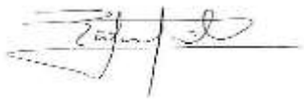
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

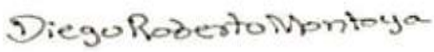


RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA IRENE RIVERA LINARES CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (RAD. 16 2018 00454 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de febrero del 2020 (Cd. fl. 163, audio 2, record 16:02 acta a folio 323), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la señora demandante MARÍA IRENE RIVERA LINARES con cedula de ciudadanía 52026377.*
>
> ***SEGUNDO:** Por el resultado de la Litis se **ABSTIENE** el despacho de pronunciamiento frente a los medios exceptivos incoados.*
>
> ***TERCERO:** Se **CONDENA** en **COSTAS** de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo la suma de $300.000 como valor de las agencias en derecho.**".***

Inconforme con la sentencia, el apoderado de la parte demandante promovió recurso de apelación señalando que conforme al material probatorio tanto testimonial como documental, existe prueba irrefutable de la dependencia económica que la demandante tenía con el causante, precisando en los últimos

años éste devengaba más de 3 millones de pesos y en ocasiones devengaba hasta 5 millones de pesos con comisiones, situación que fue definida por los testigos a quienes les constaba directamente esta situación porque fueron compañeros de trabajo del fallecido.

Aduce, el vínculo de parentesco entre el padre, la madre y el hijo que no fue objeto de discusión en este proceso, no se presentó un tercero a reclamar dicha prestación económica aquí demandada. quedó de manera irrefutable probado con las pruebas testimoniales -personas cercanas al fallecido y a la demandante- que les constaba directamente la ayuda económica y periódica que el causante le brindaba a su señora madre, contrario a lo expresado en el fallo que se apela donde dice que no se probó la periodicidad con que se brindaba la ayuda económica.

Manifestando respecto a la dependencia económica ha sido reiterada y abundante la jurisprudencia de la corte constitucional y la corte suprema de justicia en su sala de casación laboral en el sentido que la dependencia que exige la norma, esto es el literal D del artículo 74 de la ley 100 de 1993 no debe ser total y absoluta, solamente debe probarse la dependencia económica como en efecto se probó en el proceso.

Aunado a lo anterior expresa el causante no tenía mayores obligaciones económicas porque no tenía hijos, esposa ni compañera permanente, por lo que solo bastaba con demostrar que los padres del fallecido no cuentan con ingresos suficientes para garantizar su subsistencia digna con posterioridad al fallecimiento del hijo, razón por la cual solicita se revoque la sentencia de primer grado y se acceda a las pretensiones incoadas.[1] (Cd. fl. 163, record: 29:06)

[1] "Interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho a fin que sea revocada en todas sus partes por los honorables magistrados y se acceda a cada una de las pretensiones de la demanda.

Conforme al material probatorio tanto testimonial como documental, existe prueba irrefutable de la dependencia económica que la demandante tenía del causante, de su hijo Kevin Joan Rodríguez Linares, además por sus buenas condiciones financieras que tenía el causante porque como está con prueba documental que obra folios 26 a 29, en los últimos años devengaba más de 3 millones de pesos y en ocasiones devengaba hasta 5 millones de pesos con comisiones, como quedó plenamente probado con la prueba testimonial de los testigos que les constaba directamente esta situación porque fueron compañeros de trabajo.
La corte constitucional en reciente jurisprudencia, me refiero a la sentencia T-454 del 18 de octubre de 2018 con ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo, dijo que el requisito de la dependencia económica que exige para que los padres del causante puedan acceder a la pensión de sobrevivientes no tiene que ser total y absoluta sino que puede ser parcial y la acreditación de los siguientes requisitos: Primero, la existencia del vínculo comprobable entre el causante y el solicitante, en este caso el vínculo de parentesco entre el padre, la madre y el hijo que no fue objeto de discusión en este proceso señor juez y honorables magistrados.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante las pretensiones relacionadas a folio 47, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 48 y 49, aspirando de manera principal se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de su hijo KEVIN JOAN RODRIGUEZ RIVERA (q.e.p.d.), a partir del 28 de agosto del 2016, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las condenas, costas y condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia desfavorable** a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerarse que no se

---

Segundo, que no exista un beneficiario de mejor derecho que pueda reclamar la prestación económica, esto es, que no exista cónyuge, compañero permanente o compañera permanente o hijos que reúnan los requisitos para reclamar el derecho, requisito que tampoco fue objeto de discusión en la Litis porque no se presentó un tercero a reclamar dicha prestación económica aquí demandada. Tercero, que quien solicita la pensión sea un dependiente económico respecto del causante fallecido, requisito que quedó de manera irrefutable probado con las pruebas testimoniales de personas cercanas al fallecido y a la demandante que le constaba directamente la ayuda económica y periódica que el causante le brindaba a su señor madre, contrario a lo expresado en el fallo que se apela donde dice que no se probó la periodicidad con que se brindaba la ayuda económica.

En la misma providencia que acabo de señalar se dijo que el alcance o requisito de la dependencia económica que debe acreditar los padres al fallecimiento de un hijo con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes no requiere ser total y absoluta respecto del causante dado que puede ser parcial. En efecto el beneficiario puede recibir un salario mínimo o ser acreedor de otra pensión, percibir un ingreso ocasional o incluso poseer un predio y pese a ello ser beneficiario de tal prestación donde entre otras palabras, basta con demostrar que los padres del fallecido no cuentan con ingresos suficientes para garantizar sus subsistencia digna con posterioridad a la muerte del hijo, como lo estableció la sentencia C-111 de fecha 22 de febrero de 2011 de la corte constitucional con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, que declaró la inexequibilidad del literal D del artículo 74 de la ley 100 de 1993 que exigía inicialmente que la dependencia fuera total y absoluta.

Los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, honorables magistrados, cuando los reclamantes son los padres exige dos condiciones, una objetiva que no se discute en el proceso que es la relacionada con la afiliación y semanas al sistema de seguridad social en pensiones y una subjetiva que es la dependencia económica del demandante respecto del fallecido. Respecto a la dependencia económica debe decirse que ha sido reiterada y abundante la jurisprudencia de la corte constitucional y la corte suprema de justicia en su sala de casación laboral en el sentido que la dependencia que exige la norma, esto es el literal D del artículo 74 de la ley 100 de 1993 no debe ser total y absoluta, solamente debe probarse la dependencia económica como en efecto se probó en el proceso.

De la capacidad económica del causante hay prueba irrefutable en el proceso como las obrantes a folios 26 a 29 sobre la capacidad económica del causante que da cuanta que en los últimos 5 años anteriores a la muerte del causante devengaba más de tres millones de pesos más comisiones, que según prueba testimonial de sus compañeros de trabajo practicada en el proceso en ocasiones ascendía a más de 5 millones de pesos, aunado a lo anterior el causante no tenía mayores obligaciones económicas porque no tenía hijos, esposa ni compañera permanente, en otras palabras, basta con demostrar que a los padres del fallecido no cuentan con ingresos suficientes para garantizar sus subsistencia digna con posterioridad al fallecimiento del hijo.

En los anteriores términos dejo sustentado mi recurso a fin que los honorables magistrados revoquen la sentencia objeto de apelación y se acceda a todas las pretensiones planteadas en la demanda. Muchas gracias su señor juez."

acredito que la actora dependiera económicamente del causante.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante señor KEVIN JOAN RODRIGUEZ RIVERA, acaeció el 28 de agosto del 2016 conforme al registro civil de defunción visible a folio 25, que la señora MARIA IRENE RIVERA LINARES ostentaba la calidad de progenitora del causante (ver registro de nacimiento del fallecido fl. 24) y que el afiliado acreditó las 50 semanas exigidas por la ley, conforme se acepta por la pasiva en la contestación de la demanda al hecho No. 7 (fl. 137) y se verifica con el reporte de estado de cuenta visible a folio 129, donde se indica que en los 3 últimos años el de cujus cotizó 116,48 semanas.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el causante el 28 de agosto del 2016 (fl. 25), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, el cual en su artículo 13 establece: *"A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente <u>de forma total y absoluta</u> de este"*

En este orden, sea lo primero precisar, la sentencia C-111 de 2006, declaró inexequible la expresión "de forma total y absoluta", aspecto sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia proferida dentro del radicado No. 31873, del 23 de enero de 2008[2], en la cual se consideró textualmente que "*…la*

[2] *"En este sentido vale anotar que la conclusión final del juzgador de segundo grado fue la atinente a que la ayuda suministrada por el señor José Rincón Zuluaga a su progenitora era determinante y por ello se cumplía el presupuesto de la dependencia económica, según la sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2003, pues expuso que* ***la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes***.
Tales apreciaciones se ajustan a la jurisprudencia relacionada con el concepto de la dependencia económica, que no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacia sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, insuficientes para procurarse lo necesario para llevar una vida digna; de manera que ***la dependencia económica no pugna con la existencia de otros auxilios económicos o de otra naturaleza que reciban los padres por parte de otras personas, que les permitan mejorar sus condiciones de vida, siempre que, como ya se anotó, no los convierta en autosuficientes económicamente***. *Sobre el Tema la Corte reitero el criterio reseñado en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25069, en la que se dijo, lo siguiente:*

"Quedó dicho que según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los padres son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando dependían económicamente de él.
"La falta de una definición legal de la dependencia económica y la declaratoria de nulidad de la norma reglamentaria que pretendió hacerlo con antelación a la Ley 797 de 2003, determinó la necesidad de fijar su alcance por vía jurisprudencial. En esa labor interpretativa es evidente que mientras la sentencia de casación del 26 de septiembre de 2000 consideró que la dependencia debía ser total, ***la del 19 de marzo de 2004 atenuó el rigor de ese concepto y le indicó al juez laboral que podía aceptar como dependencia económica aquellos casos en que el trabajador fallecido hubiere contribuido con otros a la subsistencia de sus padres***.

*dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, **siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes**". (Resalta la Sala).*

De conformidad con lo anterior habrá de determinarse si el causante prestaba apoyo o colaboración económica a su progenitora y si esta carecía de ingresos propios que la hicieran económicamente autosuficiente, a efecto de resolver la controversia traída a los estrados.

Al respecto, rindió interrogatorio de parte la demandante[3], quien adujo ser ama de casa, haber convivido siempre con su esposo y dos hijos uno de ellos fallecido, quien era el que le colaboraba con la mayor parte de los gastos del hogar, pues devengaba $3.000.000 más comisiones y si bien residía en Cali con unos amigos desde el año 2014, por razón de su trabajo, este siempre le enviaba $600.000 mensuales o $1.000.000, informando que cuando su hijo murió su esposo no trabaja y tan solo contaba con un subsidio de desempleo que fue otorgado por 6 meses.

---

*"La actual orientación doctrinal de la Sala opta por el segundo de los criterios y por ello se impone acoger aquí lo expuesto entre otras, **en la sentencia del 30 de agosto de 2005, radicación 25919, en la que al reiterar el discernimiento expuesto en la sentencia del 8 de abril de 2003, radicación 19772**, que es diferente al que adoptó el Tribunal, se explicó lo que a continuación se transcribe:*
Le atribuye el recurrente al Tribunal la interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al sentido que le concede a la dependencia económica como condición que deben reunir los padres, como miembros de grupo familiar del afiliado fallecido, para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

*Para el Ad quem no se cumple el requisito de dependencia económica cuando el padre depende de dos hijos, aseveración que supone que ésta sea exclusiva, en clara oposición a lo que ha enseñado reiteradamente la Sala en el sentido de que **"la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial; es decir, la exigencia legal no supone que la dependencia económica sea absoluta porque bien puede ocurrir que los padres se procuren algunos ingresos adicionales para reunir los requeridos para una digna subsistencia" (sentencia de 8 de abril de 2003, rad.19772)**.*

*"Según la exégesis de la Sala **la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, que por si no basten para proveerse de lo necesario para llevar una vida digna; la dependencia económica del beneficiario, según ha sido concebida por la Corte, no riñe con emolumentos, ayudas o provechos para la subsistencia siempre y cuando éstos no los convierta en autosuficientes económicamente**, situación que hace desaparecer la subordinación que predica la norma legal.*

"Planteada la controversia jurídica en los anteriores términos, para la Sala es claro que le asiste razón al recurrente por cuanto las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que se denuncian como quebrantadas en modo alguno consagran que la dependencia económica de los padres frente a los hijos, que da lugar a la pensión de sobrevivientes, debe ser absoluta y total". (Resaltos de la Sala).

[3] Cd. fl. 152, record: 19:34

De otra parte se recibieron los testimonios de los señores LUIS ALFREDO URREA BEJARANO[4], JHORMAN YESID GUATAVA ROJAS[5], DIEGO ANDRES SOTELO SOTELO[6] y JOSE VICENTE RODRIGUEZ MUNOZ[7], el primero cuñado de la actora (casado con hermana de la demandante), el segundo y tercero compañeros de trabajo del causante y el último el padre del fallecido.

Los tres primeros testigos, coinciden en manifestar que el hogar de la actora estaba conformado por su esposo y dos hijos, uno de ellos fallecido y quien era el que velaba por el bienestar de su señora madre, en tanto comentaron las deponentes el esposo de la actora no tenía un trabajo estable para el año 2016 y su otro hija tenía sus hijas y pareja, y en esa medida la ayuda económica que daban era poca, situación diferente que se predicaba del joven Kevin Joan Rodriguez Rivera (q.e.p.d.) quien era soltero, tenía un trabajo estable y una remuneración alta que oscilaba entre los tres y dos millones de pesos, a quien vieron en varias ocasiones dar el dinero para cancelar el arriendo, hacer el mercado, pagar servicios públicos y comprarle ropa a la mamá, pues presenciaron dichos actos de manera personal, ya que por ejemplo los testigos JHORMAN YESID GUATAVA ROJAS y DIEGO ANDRES SOTELO SOTELO por ser compañeros de labores del de cujus en varias ocasiones le llevaron a la demandante el dinero que le enviaba su hijo desde Cali, refiriendo se lo daba a su progenitora cada 2 meses por cuanto era el permiso que les concedían del trabajo, el cual en algunas oportunidades fue de $600.000, $700.000, $1.200.000 o $1.300.000, igualmente aseguraron que únicamente conocían que el fallecido tenía la deuda de una moto que adquirió cuya cuota no superaba los $300.000.

En la misma dirección el padre del afiliado fallecido expresó que en febrero del 2016 se quedó sin trabajo, por lo que luego de ello empezó a trabajar en algunas obras de construcción, informando que si bien la familia se sostenía con los recursos que él y su hija podían llevar, enfatizó en que el mayor aporte lo daba el causante cada dos meses de $1.300.000 s $1.400.000 el cual era entregado por sus compañeros de trabajo, los cuales se utilizaban para el pago de los servicios públicos, mercado y vestuario de la demandante y en general los gastos del hogar.

[4] Cd. fl. 152, record: 44:20
[5] Cd. fl. 152, record: 1:07:01
[6] Cd. fl. 152, record: 1:31:00
[7] Cd. fl. 163, record: 53:53

Así pues, las declaraciones recién reseñadas, en consideración de la Sala cuentan con plena credibilidad como quiera que devienen de personas que percibieron los hechos sobre los cuales declararon, de manera directa y personal, quienes se mostraron conocedores de circunstancias personales del mismo y fueron certeros en sus afirmaciones, dando cuenta de la colaboración económica que brindaba KEVIN JOAN RODRIGUEZ RIVERA (q.e.p.d) a su madre que si bien podía ser cada dos meses, dada la suma aportada es claro que con la misma se suplían los gastos que pudiesen generarse en tales periodos, declaraciones que revalidan lo afirmado por la aquí demandante en su declaración de parte, advirtiendo la declaración del progenitor del causante se valoró con mayor rigurosidad en razón de su parentesco, precisando sus dichos no se muestran parcializados ni con el ánimo de favorecer a la demandante, por el contrario concuerdan con las restantes versiones y en esa medida, no podrán ser acogidas las consideración de primera instancia

Nótese que si bien se aportó por la demandada el INFORME DE INVESTIGACIÓN efectuado a través de la empresa CONSULTANDO LTDA (fls. 75 a 88), en donde se anotó por parte de la hermana del de cujus que éste aportaba aproximadamente cada 2 o 3 meses $1.000.000 (ver fl.82), conforme lo allí establecido los gastos del hogar para el momento del deceso del afiliado correspondían a $408.166 (ver fl. 79), es decir que con lo aportado se cubrían los gastos mensuales del hogar.

Ahora bien, debe precisar la Sala que los aportes adicionales que recibe la demandante de su otro hijo y de su esposo no la hacen autosuficiente económicamente, pues según los testimonios ya reseñados la ayuda que recibía por parte de estos era esporádica, razón por la cual pese a que no se demostró en juicio cifras puntuales de la ayuda que recibía la promotora de litigio, si quedó claro que su hijo KEVIN JOAN RODRIGUEZ (q.e.p.d) era quien en mayor parte asumía todos los gastos, por ende después de su muerte evidentemente se desmejoró la condición socio económica de la demandante, iterando al interior del proceso no se acreditó la suma que por ingresos recibe la demandante de los demás miembros de su familia, para con ello lograr determinar que en efecto no dependía económicamente de éste.

A éste respecto, es menester traer a colación pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se consignan los lineamientos a seguir a la hora

de examinar el requisito de dependencia económica exigido para acceder a la pensión de sobrevivientes, plasmado en la Sentencia SL1458-2015 proferida dentro de la Radicación No. 45085, del 11 de febrero de 2015, señalando en lo que aquí interesa:

> *"Valga recordar lo que ha adoctrinado esta Sala, al expresar que la dependencia económica, exigida por la ley, debe confluir en los hijos del pensionado o afiliado, al momento del fallecimiento de éste, pues es precisamente el riesgo de orfandad lo que cubre la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, como en este caso, respecto de aquellos dependientes del fallecido que carecen de medios para su propio sustento, por encontrarse imposibilitados para trabajar, por salud o estudios (sentencia CSJ SL, 1º nov. 2011, rad. 44601).*
>
> *(…)*
>
> *Aunado a lo anterior, se ha de precisar que la Sala tiene establecido el criterio según el cual, la existencia de una prestación periódica en cabeza del beneficiario per se no implica que desaparezca la dependencia económica y que se excluya la posibilidad de acceder a otra, si no se demuestra que la que ya disfruta lo convierte en autosuficiente económicamente (sentencia de 24 de mayo de 2011, rad. N° 37595).*
>
> *Esa posición doctrinaria la comparte la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006, al fijar algunas pautas para determinar la dependencia económica así:*
>
> ***1.*** *Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.*
>
> ***2.*** *El salario mínimo no es determinante de la independencia económica*
>
> ***3.*** *No constituye independencia económica recibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993.*
>
> ***4.*** ***La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional.***
>
> ***5.*** ***Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes.***
>
> ***6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica****. (Resalta la Sala)*
>
> *Significa lo dicho, que el juicio que hizo el fallador de segundo grado, según el cual: (i) los ingresos que recibía el demandante no impedían predicar la dependencia en tanto ésta no debía ser total y absoluta; (ii) que estaba subordinado para su subsistencia a la ayuda que recibía de su madre, y, (iii) que debido a ello se daba el requisito de la dependencia económica, lo que permitía dispensar el derecho pensional a la luz de la L. 100/1993, art. 47, modificado por la L. 797/2003, art. 13, no puede estimarse desacertado, ni la aplicación indebida de la norma que denuncia el recurrente".*

Adicional a lo anterior, tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, que la dependencia económica debe determinarse de acuerdo a las circunstancias

presentadas en cada caso en particular, como así lo señaló en sentencia SL8406 del 1º de julio de 2015, en la que textualmente se consideró:

> *"…si bien la dependencia económica de los padres con respecto de sus hijos no tiene que ser total y absoluta, si debe ser un verdadero sustento económico importante para resolver las necesidades de la familia que, de no tenerlo afecte la vida digna que se procura (sentencia CSJ SL4811 – 2014).*
>
> *Lo advertido, por cuanto la dependencia económica es una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, en tanto que si los ingresos que perciben los progenitores de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto que exige la norma para poder acceder a la prestación económica objeto de debate. De ahí que sí resulte necesario establecer, no solo en qué consistía y si no a cuánto ascendía la ayuda o el aporte que hacía el causante en vida, para en perspectiva de esa situación poder determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida.*
>
> *Así las cosas, no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para ostentar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas".*

Así las cosas, el dinero que aportaba el señor KEVIN JOAN RODRIGUEZ RIVERA a su progenitora, no correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres, sino por el contrario, era determinante para su sostenimiento, dada la cantidad aportada y su periodicidad, precisando si bien no era mensual, con el dinero que daba cada dos meses se suplían los gastos de tal lapso en virtud que los gastos del hogar no superaban los $500.000 y conforme se probó con la testimonial recaudada la ayuda económica dada era superior a un millón de pesos, todo lo cual permite predicar la dependencia económica que ostentaba la aquí demandante respecto del causante.

En los anteriores términos, al configurarse el requisito de dependencia económica de la actora respecto del causante, extraído de la prueba testimonial recaudada valorada bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelado, en consecuencia deberá revocarse la sentencia de primer grado, para en su lugar acceder al derecho reclamado.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada (fl. 140 vto)[8], debe señalarse en el presente asunto el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 28 de agosto del 2016 fecha en que falleció Kevin Joan Rodríguez Rivera (fl. 25), acudiendo a reclamar la prestación pensional en el año 2017, pues obtuvo respuesta negativa el 26 de abril del 2017 (fls. 170 y 171) y accionando ante la jurisdicción el 10 de julio del 2018 (fl. 56), por lo que entre la fecha en que se hizo exigible el disfrute de la prestación causada, la fecha de reclamación y la interposición de la demanda no transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción (Art. 151 C.P.L. y SS y 488 del C.S.T.) y en esa medida las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, por ende la prestación por sobrevivencia se ha de reconocer desde el **28 de agosto del año 2016**.

En cuanto al valor de la mesada pensional ésta deberá determinarse por la AFP accionada, conforme a lo establecido en los artículos 77 y 79 de la Ley 100 de 1993[9].

---

[8] Por auto del 19 de julio del 2019, se tuvo por contestada la demanda de PROTECCION (fl. 142).

[9] **ARTÍCULO 77. FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES DE SOBREVIVIENTES.**

1. La pensión de sobrevivientes originada por la muerte del afiliado, se financiará con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora.

El monto acumulado en las cuentas individuales de ahorro pensional, en razón de cotizaciones voluntarias, no integrará el capital para financiar las pensiones de sobrevivientes generadas por muerte de un afiliado, salvo cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima de sobrevivientes. Dicho monto podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión. si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte la masa sucesoral del causante.

2. Las pensiones de sobrevivientes causadas por la muerte de un pensionado, se financian con los recursos previstos para el pago de la pensión de vejez o invalidez, según el caso, que estuviese recibiendo el causante al momento de su fallecimiento.

Cuando la pensión de sobrevivientes sea generada por muerte de un pensionado acogido a la modalidad de retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida, el exceso del saldo de la cuenta individual de ahorro pensional sobre el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes, podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión, si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte la masa sucesoral del causante.

PARÁGRAFO. Los sobrevivientes del afiliado podrán contratar la pensión de sobrevivientes con una aseguradora distinta de la que haya pagado la suma adicional a que se refiere el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 79. MODALIDADES DE LAS PENSIONES DE VEJEZ, DE INVALIDEZ Y DE SOBREVIVIENTES. Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, podrán adoptar una de las siguientes modalidades, a elección del afiliado o de los beneficiarios, según el caso:

a) Renta vitalicia inmediata;

b) Retiro programado;

En lo que hace a los intereses moratorios, respecto de los cuales solicita la parte demandante se condene a la demandada, a juicio de la Sala en el caso de autos no es procedente su imposición, en virtud de lo expuesto en la Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013[10], como quiera que se presentó un debate fáctico jurídico razonable y solo hasta éste fallo se determinó que le asiste el derecho a la accionante para acceder a la prestación, en calidad de beneficiaria, para lo cual fue necesario acudir al acervo probatorio recaudado, y en esa medida existían razones atendibles que aunque no son compartidas por la Sala de decisión, justifican la omisión en el reconocimiento, y en ese orden se absolverá de ésta pretensión.

No obstante se ordenará el pago indexado del retroactivo que se genere por las mesadas no pagadas, como quiera que entre la fecha en que se está reconociendo las mismas y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo.

En los términos anteriores, se accederá a la revocatoria de la sentencia apelada, agotándose de esta manera la competencia de la Sala por el estudio de los aspectos esgrimidos en los recursos de la alzada.

SIN COSTAS en esta instancia.

---

c) Retiro programado con renta vitalicia diferida; o

d) Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria

[10] *"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".*

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

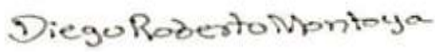
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado16 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar disponer:

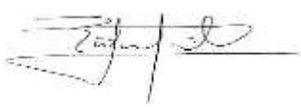
> **PRIMERO: DECLARAR** que la señora MARIA IRENE RIVERA LINARES es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo KEVIN JOAN RODRIGUEZ RIVERA (q.e.p.d.).
>
> **SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción.
>
> **TERCERO: CONDENAR** a la **AFP PROTECCION** a reconocer y pagar a la demandante, la pensión de sobrevivientes a partir del **28 de agosto del año 2016**, atendiendo lo dispuesto en los artículos 77 y 79 de la Ley 100 de 1993, ordenando que el retroactivo generado se cancele de manera indexada a la fecha de su pago, conforme a las consideraciones anteriormente expuestas.
>
> **CUARTO: ABSOLVER** a PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia se REVOCAN y quedan a cargo de la demandada y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN





RAFAEL MORENO VARGAS **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA PATRICIA GUAUQUE BECERRA CONTRA CARMEN CECILIA MORENO FLOREZ (RAD. 14 2018 00574 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado GERMAN ERNESTO PONCE BRAVO, como apoderado sustituto de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias (folio 64).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 24 de octubre de 2019 (Cd fl. 60, Record 18:12, acta a folio 56), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción de la acción invocada por la parte demandada.*
>
> ***SEGUNDO:** como consecuencia de ello, **ABSOLVER** a CARMEN CECILIA MORENO FLOREZ, de todas las pretensiones incoadas en su contra por la Dra., CLAUDIA PATRICIA HUAQUE BECERRA, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** de la acción a la parte actora, en la oportunidad se tasaran. **"***

Inconforme con la decisión, el extremo demandante interpuso recurso de apelación manifestando que el contrato suscrito establece dentro de una de sus cláusulas que la obligación allí contenida y que los servicios prestados eran exigibles una vez la entidad prestacional, en este caso Seguro Social hoy Colpensiones, realizara el pago de la prestación y realizara el pago del retroactivo pensional, es decir, asegura no se puede ver de manera independiente la gestión de las condiciones de cumplimiento y exigibilidad del acto jurídico, precisando la condición y la obligación era expresa, clara y exigible, una vez se le realizara a la demandada el pago por parte de la entidad prestacional, indicando es desde ese momento cuando surge la obligación del contratista de cancelar las obligaciones al contratante[1] (Cd fl. 60 Record 18:48).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

---

[1] "Gracias su señoría. Gracias. Me permito presentar el recurso de apelación frente a la decisión emanada por su señoría en los siguientes términos:

Si bien es cierto, se habla de una obligación de una prestación de un servicio, el contrato laboral suscrito no puede verse al margen de las normas civiles base del derecho procesal, es decir, el contrato suscrito establece dentro de una de sus cláusulas que la obligación allí prestada y que los servicios prestados era exigibles una vez la entidad prestacional, en este caso Seguro Social, hoy Colpensiones, realizara el pago de la prestación y realizara el pago del retroactivo pensional, es decir, no podemos ver independiente la gestión de las condiciones de cumplimiento y exigibilidad del acto jurídico, como lo es un contrato civil, que conlleva la prestación de un servicio profesional.

En ese entonces, y en ese entendido, si bien es cierto, la prestación se elevó y se realizó en el año 2012, la condición y la obligación era expresa, clara y exigible, una vez se le realizara el pago por parte de la entidad prestacional, repito, y allí desde ese momento es cuando surge la obligación del contratista de cancelar las obligaciones al contratante en este caso la suscrita, en ese entendido, solicito a los Honorables Magistrados, revisar no solo en el marco de la prestación de un servicio en términos laborales, sino también de acuerdo a las condiciones y la normatividad civil y procesal civil, de acuerdo a lo que enmarca un contrato civil, repito, con una prestación de servicios profesionales y todas sus condiciones para que salga clara, expresa y exigible una obligación y más en el caso del pago de unos honorarios profesionales.

En tal sentido solicito su señoría proceda a aceptar este recurso y a los Honorables Magistrados revocar la decisión para que se acceda a las pretensiones elevadas en la demanda. Muchas gracias."

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante dentro de este ordinario las pretensiones relacionadas a folios 26 y 27, las cuales encuentran fundamento en los hechos narrados de folios 27 y 28; solicitando se declare prestó sus servicios profesionales a favor de la demandada de acuerdo a las condiciones pactadas en el contrato de prestación de servicios, servicios que ascienden al 40% de las sumas recaudadas, esto es, $41.255.426 reconocida en la Resolución GNR 406621 del 21 de noviembre del 2014, por lo que lo adeudado es la suma de $16.490.170 más los intereses de mora por $7.176.007, junto con el pago de las costas del proceso, agencias en derecho y condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable**, por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, que en el caso de marras opero el fenómeno de la prescripción, pues el derecho se hizo exigible cuando quedó ejecutoriada la sentencia de segunda instancia la cual fue proferida el 12 de septiembre del 2012, demandando solo hasta el 10 de septiembre del 2018, esto es, después de 6 años desde la exigibilidad del derecho.

En este orden de ideas, seria del caso verificar la procedencia o no de las condenas solicitadas desde el libelo introductor, no obstante advierte la Sala, la Juez *a quo*, no abordó el estudio de fondo de los derechos reclamados, por cuanto la decisión únicamente hizo referencia a la prescripción, sin consideración previa a la verificación de procedencia o no de los honorarios reclamados en aras de que establecidos los mismos se abordara el estudio del fenómeno prescriptivo, no obstante, dado que la parte actora en la alzada, solicita únicamente que se efectué nuevamente el estudio de la fecha en la cual se hizo exigible el derecho al pago de sus honorarios, en virtud del principio de consonancia (artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S.), esta Sala hará el estudio del punto objeto de apelación, pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia *(tantum devolutum quantum apellatum).*

Establecido lo anterior, conviene memorar, en materia laboral el término trienal para la operancia del fenómeno de la prescripción se encuentra consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., el cual se debe contabilizar desde

el momento en que los derechos reclamados son exigibles, puede ser interrumpido por una sola vez por un lapso igual mediante la presentación de la correspondiente reclamación.

Bajo los parámetros referidos, en el caso de marras, se advierte, no se discute la existencia del mandato entre las partes, con ocasión del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES suscrito el 24 de enero del 2011 y que se encuentra a folio 1 del expediente, donde se pactó en su cláusula primera lo siguiente:

> ***"PRIMERA.-*** *La apoderada se compromete a adelantar todas en nombre y representación del poderdante las siguientes gestiones:*
>
> 1. *Instaurar y llevar hasta su culminación DEMANDA ORDINARIO CONTRA EL ISS, tendiente a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez a que tenía derecho en vida mi cónyuge y la consecuente sustitución pensional por el fallecimiento de mi esposo CARLOS EMILIO CARDONA HERNANDEZ q.e.p.d quien en vida se identificaba con la cedula de ciudadanía No. 2.896.148 junto con las mesadas adicionales, las primas adeudadas, la indexación de las mesadas y los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.*
>
> 2. *Solicite los documentos públicos autenticados, constancias o certificaciones conducentes pertinentes y útiles ante las autoridades que consideren pertinentes.*
>
> *(...)"*

Así, lo que constituye materia de debate en la alzada, es la fecha a partir de la cual se hace exigible el pago de honorarios por las gestiones judiciales realizadas dentro del proceso ordinario laboral No. 18 2011 967 cuya sentencia en primera instancia proferida el 24 de mayo del 2012 fue de carácter absolutorio (ver fls. 5 y 6), no obstante en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta en segunda instancia esta Corporación el 12 de septiembre del 2012 resolvió revocar el fallo de primer grado y en su lugar condenó al ISS a reconocer la prestación pensional a favor de la aquí demandada (ver fls. 7 a 9).

En este orden de ideas y atendiendo el objeto de apelación, es importante traer a colación lo estipulado en la cláusula TERCERA del contrato de prestación de servicios profesionales, la cual indica (fl. 1):

> *"**TERCERA.-** El poderdante se compromete a pagar a la apoderada, por los servicios de que trata la cláusula primera y en su correspondiente orden las siguientes sumas:*
>
> 1. *EL CUARENTA POR CIENTO (40%) de **las sumas recaudadas** para la poderdante más las Agencias en Derecho y Costas que eventualmente liquide el Juzgado"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De la anterior lectura, se puede entender sin mayores consideraciones que los honorarios que podía percibir la aquí demandante eran aquellos obtenidos por los valores efectivamente recaudados, razón por la cual el pago de sus servicios únicamente podía ser exigible cuando se recaudara por parte de la señora CARMEN CECILIA MORENO FLOREZ los valores reconocidos mediante sentencia judicial.

En este orden, bueno resulta diferenciar lo que se puede entender por suma reconocida y por suma pagada o efectivamente recibida y/o recaudada, haciendo referencia la primera al hecho de aceptarse algo como legítimo, esto es, el derecho al cual se hizo acreedora la demandada y por suma pagada o recaudada aquella que ingresó efectivamente al patrimonio de la persona, es decir, a su contabilidad.

De este modo atendiendo la literalidad del clausulado en el que se dispuso que los honorarios se causaban **sobre el valor recaudado**, la Sala advierte entonces que su exigibilidad nació en el mismo momento en que ingresó en el patrimonio de la demandada el dinero reconocido en virtud del fallo judicial, el cual conforme a la Resolución GNR 406621 del 21 de noviembre del 2014 "*Por la cual se reconoce una Pensión de Sobrevivientes en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá Revocado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso No. 11001310501820110096700*" visible a folios 15 a 17 se ingresó en nómina el valor de $41.225.426 para el mes de diciembre del año 2014, disponiéndose su pago para **Enero del 2015** (ver artículo segundo fl. 17), es decir, se debe entender que en esta fecha la aquí demandada RECAUDO la suma que fue reconocida en virtud de la demanda ordinaria laboral interpuesta por la Dra. Claudia Patricia Guauque Becerra y por ende en ese momento nació el derecho a exigir el pago de los honorarios de la profesional del derecho.

Interpretación que se acomoda a lo estipulado en el artículo 27 del Código Civil en cuanto hace mención a que *"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu",* ello como quiera que el contrato es ley para las partes, aunado a que de ningún otro medio probatorio se advierte una intención diferente de los contratantes que dé lugar a otra interpretación, pues la estipulación referente al pago de los honorarios es clara y precisa en este sentido (Artículo 1618 del C.C.)[2] sin que se evidencie en la cláusula tercera del contrato de prestación de servicios oscuridad o ambigüedad en su redacción.

Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil señaló:

> *"Cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna innocuo cualquier intento de interpretación. Los Jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales."* (Sentencia Julio 5/83 Gaceta 172 No. 2411 Pág. 112-129)

Así las cosas, como se anotó, la fecha de exigibilidad del derecho aquí reclamado lo fue para el mes de **Enero del 2015** y dado que la actora acudió a la jurisdicción el **19 de septiembre del 2018** conforme al acta de reparto visible a folio 32, es claro que entre la fecha en que se hizo exigible el derecho al cobro de los honorarios y la data en que se presentó la demanda se superó el término trienal, dando lugar a la operancia del fenómeno prescriptivo, tal y como lo indicó la juez a quo, igualmente si bien a folio 22 obra una solicitud de cobro dirigida a la demandada, la misma no cuenta con fecha de elaboración ni envío, sin que se pueda entender que la copia de la factura de Interrapidisimo de folio 21 que contiene el nombre de la aquí demandada y fecha 11 de febrero de 2017 guarde relación con la misiva de folio 22, pues no se encuentra cotejada por esta empresa de mensajería, razón por la cual esta Sala desconoce el contenido de dicho envío y por ende no se puede tomar la citada solicitud como una reclamación que dé lugar a interrumpir la excepción de prescripción.

[2] ARTICULO 1618. PREVALENCIA DE LA INTENCION. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Acorde a las consideraciones que anteceden, se agota la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, procediendo a la conformación de la sentencia recurrida.

COSTAS de la apelación a cargo de la parte demandante.

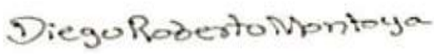
En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL,** administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

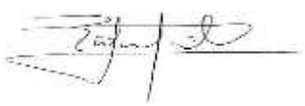
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a las consideraciones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS de la apelación a cargo de la parte demandante.

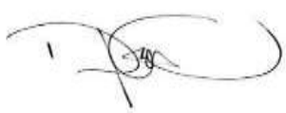
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

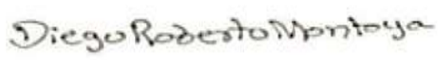


RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO GLORIA YANETH CORTES LOPEZ CONTRA CENTRO COMERCIAL VERACRUZ – PROPIEDAD HORIZONTAL (RAD. 29 2017 00651 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada (folio 76), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de septiembre del 2019 (Cd. fl. 69, record 18:17 acta a fl. 82), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que existió un contrato de trabajo entre el causante ORLANDO TEODORO PERDOMO RUBIANO y la parte demandada CENTRO COMERCIAL VERA CRUZ PROPIEDAD HORIZONTAL, por un término fijo iniciado el 1 de abril de 2015 y terminado el 17 de octubre de 2015, por fallecimiento del trabajador.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *al CENTRO COMERCIAL VERA CRUZ PROPIEDAD HORIZONTAL, a pagar a la demandante GLORIA YANETH CORTÉZ, la suma de $1.915.000, por concepto de salario correspondiente al mes de septiembre del año 2015.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *al CENTRO COMERCIAL VERA CRUZ PROPIEDAD HORIZONTAL, a pagar a la demandante GLORIA YANETH CORTÉZ, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del 17 de octubre de 2015, y hasta el 17 de enero de 2017, sobre la liquidación que fuese consignada, suma que deberá ser indexada al momento de su pago.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en* ***COSTAS*** *a la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de $200.000."*

Inconforme con la sentencia, el apoderado de la demandante manifestó su desacuerdo únicamente respecto de la indemnización moratoria expresando que como la demandada no cumplió con las publicaciones que debía haber hecho según lo ordenado en la norma y que hubo una posible mala fe al consignar los títulos, el uno primero a nombre del ya fallecido Señor Teodoro, quien ya no podía cobrar el título y que posterior a ello, se hizo una segunda consignación de esas prestaciones a nombre de una menor hija, considera el termino de 24 meses no está dado en esta oportunidad ya que faltaron requisitos tanto en la publicación, como en haber indicado en forma expresa la persona a la cual se le debería haber pagado el título de depósito judicial.[1] (Cd. fl. 69, record 36:36).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en éste ordinario, las pretensiones incoadas a folio 7, **las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 2 y 3**, aspirando se condene al pago de la indemnización moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo, por la demora en las consignación de las prestaciones, igualmente se condene al pago del salario adeudado del 1° de septiembre al 17 de octubre del 2015. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a la encartada al pago del salario del mes de septiembre del 2015 por valor de $1.915.000 y a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del 17 de octubre de 2015 y hasta el 17 de enero del 2017, sobre los valores consignados en la liquidación, debidamente indexada, tras considerar, que la demandada pese aceptar la existencia del contrato laboral no canceló las acreencias a la terminación del vínculo, disponiendo su pago a través

[1] *"*Teniendo en cuenta que el Centro Comercial, no cumplió con las publicaciones que debía haber hecho según lo ordenado en la norma y que hubo una posible mala fe, al consignar los títulos, el uno primero a nombre del ya fallecido Señor Teodoro, quien ya no era persona jurídica (Sic), para cobrar el título y que posterior a ello, se hizo una segunda consignación de esas prestaciones a nombre de una menor, de la hija menor, creo que debo decirle con mucho respeto al despacho que el termino de 24 meses no está dado en esta oportunidad ya que faltaron requisitos tanto en la publicación, como en haber indicado en forma expresa la persona a la cual se le debería haber pagado.

Por estos fundamentos solicito al despacho se sirva proceder a conceder el recurso de apelación.*"*

de un depósito judicial el 22 de diciembre del 2015, el cual solo se puso en conocimiento de los juzgados laborales hasta el 17 de agosto del 2016 sin especificar a quien se le debía entregar, precisando luego de diversos trámites solo hasta el 17 de enero del 2017 se le hace entrega a la demandante cónyuge del trabajador fallecido, advirtiendo que como la demanda se interpuso pasados 2 años luego de la finalización del contrato y el de cujus devengaba más de 1 salario mínimo solo se podía condenar a los intereses moratorios.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en el punto concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

De tal manera, es claro que no existe controversia sobre la vinculación laboral que sostuvo el señor TEODORO ORLANDO PERDOMO RUBIANO (q.e.p.d.) cónyuge de la demandante (ver fl. 10) con la pasiva, como tampoco los extremos de la relación y el salario determinado por el Juez de primer grado, en tanto tales aspectos no fueron objeto de reproche ante esta instancia.

En este sentido la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar la forma en que se debía liquidar la INDEMNIZACIÓN MORATORIA apelada por la parte demandante, para lo cual baste con recordar que justamente al no encontrarse acreditada la buena de la fe de la accionada por el no pago de las acreencias del actor, la Juez *a quo* condenó a esta sanción en los términos del artículo 65 del C.S.T., el cual señala:

> *"<Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria* ~~***o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial***~~*, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.*

> *Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero."*
>
> *PARÁGRAFO 2o.* ***Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente****. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.*

Ya en el tema concreto objeto de apelación, considera oportuno la Sala traer a colación, la sentencia No. 36577 del 06 de mayo de 2010, proferida por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en la cual señaló de manera clara, la interpretación que debe darse al artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, tal como se transcribe a continuación:

> *"En este caso es un hecho no discutido que la relación laboral de la demandante terminó el 31 de diciembre de 2003, de tal suerte que, como lo afirma la censura, para ese momento ya se encontraba rigiendo el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que introdujo una modificación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Según aquella norma, luego de que fuera parcialmente declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-781 del 30 de septiembre de 2003, que retiró del ordenamiento jurídico las expresiones "o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial", la indemnización por falta de pago, en lo que aquí interesa, quedó regulada de la siguiente manera:*
>
> > *"Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique".*
>
> *La anterior disposición, según el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.*
>
> *No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.*

> *Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.*
>
> ***Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.***
>
> *De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.*
>
> ***Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico***.
>
> *(…)".* (Negrillas fuera de texto)

De este modo, es claro que para los casos en que un trabajador devengue más de un salario mínimo, como ocurre en el sub examine por cuanto conforme se declaró en primera instancia para el año 2015 el salario del trabajador fallecido ascendía a $1.915.0000 de acuerdo con la liquidación visible a folio 47 (*situación que no fue objeto de apelación por la parte actora*) se debe limitar la condena hasta el mes 24 siempre y cuando haya acudido a la jurisdicción durante este lapso (2 años) contado a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral y en ese orden se encuentra acertada la decisión de la *a quo* al disponer que solo se deberán cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas que fueron consignadas a través de depósito judicial y que corresponden a salarios debidos y prestaciones sociales (fls. 46 y 47), pues la demanda la presentó el 29 de noviembre del 2017 (fl. 14), esto es, después de 2 años,1 mes y 11 días de haber finalizado el vínculo laboral del señor Teodoro Orlando Perdomo Rubiano (q.e.p.d.) con el CENTRO COMERCIAL VERACRUZ que lo fue el 17 de octubre

del 2015 día en que falleció (fl. 11), se confirma por ende en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Finalmente y si bien este proceso se estudia en virtud de la apelación de la demandante, razón por la cual ostenta la calidad de única apelante y por ende no podría desmejorarse su situación, resulta necesario recurrir al control oficioso de legalidad, el cual debe realizarse en cualquier etapa del proceso en ejercicio de las facultades conferidas al Juez como director del proceso y adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales (Artículo 48 del C.P.L. y S.S.). Todo ello en punto a no pasar por alto, aspectos que pudieren ir en abierta contradicción con un eficaz y debido proceso.

Lo anterior para señalar que se ordenará dejar en suspenso el pago de las condenas impuestas al CENTRO COMERCIAL VERACRUZ P.H., por cuanto las acreencias laborales que en vida le correspondían al señor Teodoro Orlando Perdomo Rubiano (q.e.p.d.), no son susceptibles de reconocimiento a favor de la demandante señora Gloria Yaneth Cortes López por vía de este proceso ordinario laboral, pues, estas ingresaron al patrimonio del causante, y en esa medida forman parte de la masa sucesoral que debe ser adjudicada a todos sus herederos de acuerdo a los órdenes hereditarios dentro del proceso legal establecido para ello, trámite cuya competencia se encuentra reservada al Juez de familia, y como quiera que en autos no se acreditó en debida forma la calidad de única heredera de la demandante, precisando que tal fin no se cumple con la documental visible a folio 10, por cuanto ésta solo se constata la calidad de cónyuge (vocación hereditaria) más no de única heredera, por ende como ya se advirtió, se dispondrá que las sumas resultantes de la condena impuesta en el presente ordinario, sean canceladas conforme lo disponga la jurisdicción competente o en el evento que ya se encuentre la sucesión correspondiente una vez se acredite en legal forma ante la encartada, esta procederá con el pago en los porcentajes asignados en la misma en los términos legales, precisándose en este punto el fallo de primer grado.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por el *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado, con la precisión efectuada frente al pago de la condena impuesta.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

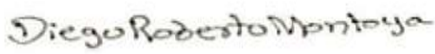
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

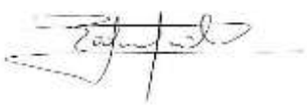
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas, **precisando** que el pago de las condenas impuestas en este ordinario, se efectuará conforme lo establezca el Juez de familia o en el evento que ya se encuentre la sucesión correspondiente, una vez se acredite en legal forma ante la encartada, esta procederá con el pago en los porcentajes asignados en la misma en los términos legales.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



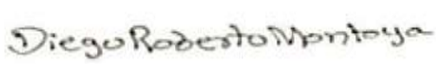
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN





RAFAEL MORENO VARGAS **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FRANCISCO HUMBERTO ARTEAGA VARGAS CONTRA ESTRELLA INTERNACIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA S.A. (RAD. 12 2018 00066 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada ESTRELLA INTERNACIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA S.A. (folios 230 a 233), lapso durante el cual el demandante guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de diciembre de 2019 (Cd. fl.208, récord 42:20, acta a folio 210), en la que se resolvió:

> ***"EN PRIMER LUGAR: CONDENAR** a ESTRELLA INTERNACIONAL Y SERVICES, a pagar a favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, el Señor FRANCISCO HUMBERTO ARTEAGA VARGAS, afiliado o vinculado a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL, la suma de $53.030.111, por concepto de cálculo actuarial correspondientes a los periodos señalados en la parte motiva de la presente decisión, el cual, debe ser computado con el historial de semanas cotizadas del demandante o en el saldo de su cuenta de ahorro individual, este valor puede ser objeto de modificación de acuerdo al cálculo actuarial, que realice para el momento del cumplimiento de la sentencia por parte de OLD MUTUAL.*

> ***EN SEGUNDO LUGAR: ABSOLVER*** *a ESTRELLA INTERNACIONAL Y SERVICES, sucursal Colombia, de las demás súplicas de la demanda.*
>
> ***EN TERCER LUGAR: DECLARAR*** *no probadas las excepciones formuladas por la demandada.*
> ***EN CUARTO LUGAR: CONDENAR*** *en COSTAS a ESTRELLA INTERNACIONAL Y SERVICES, sucursal Colombia, señalándose como agencias en derecho la suma de $1.800.000, a cargo de la demandada y a favor de la parte actora.*
>
> *Los tiempos fueron específicamente señalados y harán parte escrita anexa al acta que se eleva en la celebración de la presente audiencia.''*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA, presentó recurso de apelación con el fin, principalmente, de que se revoque la sentencia y en su lugar, se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra.

En ese orden, refirió en síntesis, con relación a los contratos celebrados por las partes entre diciembre de 1986 y el 31 de enero de 1990, que esa sociedad no tenía la obligación de cotizar al Sistema de Seguros Sociales, ya que esta surgió para el sector petrolero solo hasta el 1 de octubre de 1993, advirtiendo, no se trata de un empleador omiso, en tanto el sistema de seguridad social que se introdujo con la Ley 90 de 1946 fue aplicada de manera gradual.

Resalta, una condena como la impuesta en la sentencia recurrida "*deshonra el derecho del debido proceso",* el cual consagra dentro de sus garantías sustanciales y procesales el principio de legalidad, no siendo posible que el Juzgador realice "*un salto jurídico"* para buscar una norma posterior e imponer sanciones que no estaban previstas por el legislador, advirtiendo, antes del 1 de octubre de 1993 no existía la obligación de aprovisionamiento y menos aún, una sanción ante la omisión de ese deber.

Señala, la Corte Suprema de Justicia, en casos como el de autos, fijó un precedente vinculante en el que determinó que *"la no afiliación de los trabajadores del sector petrolero al ISS, antes del 1 de octubre de 1993, no constituye una omisión legal y no debe computarse como tiempo de servicio para efectos de la pensión prevista en sus reglamentos"*

De otro lado, dijo, la Corte Constitucional ha impuesto al empleador el pago del 75% de los aportes, tomando como base el salario mínimo de la época en que se desarrolló el vínculo laboral, correspondiendo el 25% restante al trabajador. Ello, tras considerar esa Corporación que "*es una forma que respeta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad del principio de solidaridad" (*Sentencia T-492 de 2013).

Por otra parte, refiere, en el improbable caso que se concluya que el demandante tiene derecho a que se le validen los tiempos, debe disponerse el pago de las cotizaciones indexadas y no el cálculo actuarial, pues insiste, como esa consecuencia no fue impuesta por el legislador su imposición sería violatoria del debido proceso.

Finalmente, arguye, debe tenerse en cuenta, su actuación no fue caprichosa sino en cumplimiento del marco legal establecido y orientada por los principios de confianza legítima y buena fe respecto de las cotizaciones no realizadas[1] (Cd. fl. 208, récord 43:58, acta a folio 210)

---

[1] "*Su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir por el despacho, sentencia de primera instancia, dentro de los siguientes términos:*

Primero, es de aclarar que dentro de los contratos celebrados desde el 31 de diciembre del 86 al 31 de enero de 1990, en el presente caso Estrella Internacional, no tenía la obligación de cotizar al Sistema de Seguros Sociales, ya que para el sector petrolero esta obligación nace a partir del 1 de octubre de 1993.

Se recuerda que en el presente caso no estamos frente a un empleador omiso, ya que la Ley 90 de 1946 creó al ICSS, y previo al régimen de seguro social, para que reemplazara la pensión de jubilación consagrada en la legislación precedente, pero dicho sistema no aplicó de forma inmediata.

El legislador delegó al ISS, para determinar las actividades y regiones a las cuales se aplicaría la obligación de aseguramiento y extensión progresiva a todas las regiones.

Para el caso de trabajadores del sector petrolero, repito, esta obligación vino a ocurrir a partir del 1 de octubre de 1993. El derecho a sancionar en este caso de impartir una condena como la aquí impuesta deshonra del derecho del debido proceso, determinado con el fundamento del artículo 29 de la Constitución Política, que consagra entre las garantías sustanciales y procesales lo que integra el principio de legalidad en virtud del cual, le corresponde al legislador establecer las obligaciones a cumplir, las conductas reprochables y el señalar la correspondiente sanción y de esta forma se cumpla el principio de legalidad.

Y no realizando por parte del Juzgador un salto jurídico para buscar una norma posterior en imponer sanciones al empleador que no fueron previstas por el legislador.

Pues se reitera en el presente caso, el legislador no previo para las empresas petroleras antes del 1 de octubre de 1993, la obligación de aprovisionamiento y menos una sanción por omitir la supuesta obligación.
Téngase en cuenta que en casos idénticos contorno a su examen la Sala Laboral de la CSJ, ha proferido varias sentencias uniformes, en la cual, fijó un precedente vertical vinculante conforme lo indico en la Sentencia C-836 de 2001, estableciendo que la no afiliación de los trabajadores del sector petrolero al ISS, antes del 1 de octubre de 1993, no constituye una omisión legal y no debe computarse como tiempo de servicio para efectos de la pensión prevista en sus reglamentos.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 8 a 11, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folio 1, solicitando se declare que con la demandada ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA antes INGENIERIA SERVICIOS Y REPRESENTACIONES DE COLOMBIA S.A. (INGESER DE COLOMBIA S.A) existieron 15 contratos de trabajo así: i) del 31 de diciembre de 1986 al 25 de febrero de 1987, ii) del 26 de febrero de 1987 al 15 de agosto de 1987, iii) del 25 de enero de 1988 al 9 de febrero de 1988, iv) del 10 de febrero de 1988 al 16 de abril de 1988, v) del 17

Respecto a los salarios, para efecto de las cotizaciones que se deben realizar con base al salario mínimo, teniendo en cuenta el salario de la época en que se desarrolló el vínculo laboral asumiendo el empleador el 75% y el 25% restante por parte del trabajador, esto bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad propios del principio de solidaridad.

Así lo ha considerado la Honorable Corte Constitucional imponiendo al empleador a pagar el 75% de los aportes, teniendo como base las cotizaciones, el monto de los salarios mínimos de la época que se desarrolló el vínculo laboral, como si se hubiese efectuado en el lugar más cercano en donde existió la cobertura del ISS.

Debiendo pagar 25% restante el mismo trabajador, luego de considerar que tal Resolución es una forma que respeta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad del principio de solidaridad, y que de hecho que del pago de los aportes a cargo de la demandada se efectué sobre el 75% y no sobre un 100%, buscar ser efectivo el componente corporativo propio del principio de solidaridad, y tiene como origen el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que estableció que en el monto de las cotizaciones será pagado en tal porcentaje por el empleador y el restante el 25% por el trabajador, al respecto téngase en cuenta la sentencia T-492 del año 2013.

Así mismo, téngase en cuenta la sentencia T-184 del año 2010 y la sentencia T-412 del año 2011 de la Corte Constitucional, la cual, ha ordenado por vía de tutela a la Administradora de pensiones que se liquiden las sumas actualizadas al transferirla a la Administradora por lo que en el remoto e improbable caso en que se considere que mi representada tiene el derecho a que se le validen esos tiempos de servicio, presentados bajo un régimen patronal, sin la entrada del Régimen de seguros sociales lo procedente seria a lo sumo el pago de las cotizaciones indexadas, pero nunca el pago del cálculo actuarial irracional e impagable como el aquí impuesto, que se repite el legislador jamás estableció esta condena al empleador, por lo tanto, resultaría violatorio del debido proceso que se entra a suponer dentro de un marco legal para deliberar tal imaginario como la condena aquí impuesta.

Téngase en cuenta que en el presente caso no medio culpa del empleador pues fue la misma Ley la que le indicó que estaba obligada al pago del cálculo actuarial o a las cotizaciones, por lo cual, existió confianza legítima y buena fe en las cotizaciones no realizadas conducta desarrollada por Ingesel de Colombia, y mi representada hoy Estrella Internacional, se reitera, no fue caprichosa sino en el cumplimiento del marco legal diseñado previamente por el legislador, situación disímil al empleador omiso en el cumplimiento a sus deberes de la seguridad social, que es la situación que regula el Decreto 1887 de 1994.

Bajo los siguientes argumentos dejo sustentado mi recurso de apelación."

de abril de 1988 al 10 de mayo de 1988, vi) del 11 de mayo de 1988 al 23 de agosto de 1988, vii) del 24 de agosto de 1988 al 30 de agosto de 1988; viii) del 7 de septiembre de 1988 al 18 de septiembre de 1988, ix) del 19 de septiembre de 1988 al 28 de noviembre de 1988, x) del 29 de noviembre de 1988 al 12 de diciembre de 1988, xi) del 19 de mayo de 1989 al 2 de julio de 1989, xii) del 16 de julio de 1989 al 18 de septiembre de 1989, xiii) del 19 de septiembre de 1989 al 3 de octubre de 1989, xiv) del 4 de octubre de 1989 al 25 de noviembre de 1989, xv) del 4 de diciembre de 1989 al 31 de enero de 1990; periodos en los cuales su empleadora no canceló los aportes a seguridad social en pensiones. En consecuencia, se le condene al reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social de los tiempos laborados para dicha compañía, mediante cálculo actuarial que para el efecto realice OLD MUTUAL. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se condenó a la demandada a cancelar a favor de la cuenta de ahorro individual del demandante administrada por OLD MUTUAL, la suma de $53.030.111, por concepto de cálculo actuarial correspondiente a los periodos indicados en la parte considerativa, el cual debe ser computado al historial de semanas cotizadas del actor o en el saldo de la cuenta de ahorro individual, cifra que puede ser objeto de modificación conforme al cálculo actuarial que realice OLD MUTUAL al momento de darse cumplimiento a la sentencia, lo anterior tras considerar que conforme la jurisprudencia de las altas Cortes los empleadores están obligados a efectuar los aportes a pensión aun cuando en el territorio no existiera cobertura del ISS.

Así pues, de acuerdo con los términos de la apelación ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por la sociedad recurrente en la alzada, en virtud del principio de consonancia, quien no controvirtió la existencia de la relación laboral en los periodos señalados en la demanda y la parte considerativa de la providencia recurrida.

En ese orden, a efecto de resolver el primer aspecto apelado, debe señalar la Sala, si bien la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos venía exponiendo el criterio según el cual no era obligatorio realizar la afiliación y por ende la cotización de aportes por el hecho de que en el lugar donde se hubiera prestado el servicio no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales, y por esa razón, no se podía hablar de incumplimiento imputable al empleador, no

siendo este responsable de dichos aportes por el tiempo en el que no hubo cobertura de dicho Instituto, lo cierto es que en Sentencia SL9856 del 16 de julio de 2014 dentro de la Radicación No. 41475[2], fue reexaminado el tema

---

[2] *Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.*

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que«la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfanamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros"».

considerándose inviable estimar que el empleador no tuviera responsabilidades

---

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.
Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal".

ni obligaciones respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, con fundamento en que ello desconoce la protección integral que se debe al trabajador, pasando por alto que éste último no tiene por qué ver frustrado su derecho al excluirse el periodo durante el cual prestó su servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, pues esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

Agregó la Corte en dicho pronunciamiento que el empleador tiene una serie de compromisos por los periodos en los que no existió cobertura, y no se puede imponer la afectación del derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo; por lo tanto el patrono debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, como quiera que sólo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

En el caso propuesto en la jurisprudencia traída a colación, si bien se trata de una situación de falta cobertura en algunas zonas geográficas, tal hipótesis, se equipara perfectamente al caso de las empresas petroleras para quienes surgió la obligación de afiliación de sus trabajadores al I.S.S., con posterioridad, ya que la consecuencia en ambos casos es la misma, precisamente, la falta de asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del I.S.S.

Y pese a que en dicho pronunciamiento se hace mención a la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en el literal c) del parágrafo 1, que hace referencia a la vigencia del contrato de trabajo para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para el caso de autos, salvado el escollo relacionado con la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales para el sector petrolero en la época de vigencia de los contratos de trabajo del aquí demandante, a efectos de tener en cuenta dichos tiempos de servicios para su derecho pensional, bien podemos acudir al literal d)[3] del mismo parágrafo, -introducido al artículo 33 original por la

[3] ***Parágrafo 1°.*** *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

reforma realizada en la Ley 797 de 2003-, en el cual se dispone la contabilización de tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, simplemente, sin que allí se exija la vinculación laboral para la referida época.

Valga aquí rememorar lo considerado en sentencia de casación laboral ya citada:

> *"…si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquello cesó cuando se subrogó la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo, <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión,* ***ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho"***

Ahora bien, en esa misma dirección se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, como por ejemplo, en Sentencia T-410 de 2014, en la cual, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, concluyó que el condicionamiento relacionado con la necesidad de vigencia de la relación laboral para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para la contabilización de los tiempos de servicios en los cuales no se realizaron aportes por el empleador, previsto en el literal c) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el mismo literal del parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es inaplicable, en consideración a que *"…infringen la protección prodigada por los artículos 48 y 58 de la Constitución a los derechos adquiridos en materia pensional, pues los mencionados apartes normativos impiden el traslado de los aportes correspondientes a los tiempos servidos por trabajadores que prestaron su fuerza laboral en empresas que antes de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión y cuyos contratos de trabajo finalizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la misma"*.

A más de lo anterior, téngase en cuenta que, para un caso de idénticas características al presente, la misma Corporación mediante Auto 068 del 20 de

---

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.
e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

marzo de 2014, clarificó el tema de los aportes a la seguridad social en los sectores donde aún no había cobertura del ISS, o no existía una norma que obligara a los empleadores a efectuar estos respectivos aportes; en este auto la Corte Constitucional consideró que debía sujetarse a lo resuelto en la sentencia T-784 de 2010, ya que en esta se decidió sobre un caso en el que una persona que tuvo vínculos laborales con la compañía petrolera Chevron Petroleum Company hasta antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, solicitó se le ordenara a esta última el reconocimiento y pago de los aportes pensionales correspondientes al tiempo que laboraron para ellos. Puntualmente dijo ese Alto Tribunal:

> *"…Así las cosas, en la sentencia T-784 de 2010 la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la seguridad social, pues la reconstrucción que hizo del régimen pensional aplicable a quienes trabajaban para las empresas dedicadas a la actividad petrolera, le permitió acertadamente advertir que estas últimas sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los aprovisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigi[era] de acuerdo con la ley. No obstante, está claro en el proceso que durante todo el tiempo que el señor Julio César Ariza Pinilla trabajó para las entidades demandadas, estas últimas se beneficiaron de la fuerza de trabajo del tutelante, quien prestó sus servicios personales bajo subordinación jerárquica, pero no hicieron los aprovisionamientos pensionales que le depararan a este último al llegar a su vejez, una vida verdaderamente digna y humana…".*

De tal reseña jurisprudencial, resulta claro que desde 1946 existía la obligación de los empleadores de realizar los aprovisionamientos a efectos de realizar los aportes pensionales correspondientes a favor de sus trabajadores, una vez fuera llamada por el ISS.

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por la gestora judicial de la enjuiciada en la alzada en cuanto indica que la empresa a la que representa no tenía la obligación de realizar el cálculo actuarial o aprovisionamientos, argumentando que el llamado a inscripción ocurrió en octubre de 1993, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

Por otra parte, en lo que hace a la inconformidad que se hizo consistir en disponer el pago únicamente del porcentaje que le correspondía al empleador, baste con señalar, la demandada no probó en autos que durante la vinculación laboral al demandante se le hicieran los descuentos correspondientes para tal fin, siendo precisamente el empleador el obligado a recaudarlos; además,

tampoco acreditó que hubiese cumplido con la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de Seguro Social, mientras entraba en vigencia este, pues si bien el ISS llamó a inscripción a las empresas petroleras con posterioridad a la existencia de los vínculos contractuales con el actor, ello no significa que tal deber haya quedado condicionado en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó fue la posibilidad de transferir las cotizaciones al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, lo cual como se vio, no se hizo, por ello deberá efectuarse el pago del cálculo actuarial en las condiciones expuestas por el Juez a *quo,* confirmándose su decisión.

Adicionalmente, para los efectos de este particular caso, no tiene trascendencia la proporción con la que tanto el empleador, como el trabajador deban contribuir al sistema para la construcción de la pensión de este último, por cuanto en verdad el fundamento de la condena estriba en que para ese entonces -cuando no había cobertura del ISS- la pensión estaba a cargo del empleador, así que, asumido por ese lapso el pago del cálculo actuarial, este se libera de su obligación. Recuérdese para el efecto lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 90 de 1946.

Por otro lado, es importante anotar, no es posible disponer el pago de los aportes por los periodos no cotizados a pensión a favor del demandante con la correspondiente indexación, como lo aspira la recurrente, en tanto las consecuencias de la omisión en la afiliación de un trabajador –que es lo que ocurre en el caso de marras- se encuentran consagradas en la ley y el método para el cálculo de la reserva actuarial está regulada en el Decreto 1887 de 1994.

En los términos que anteceden, agotándose de ésta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA YANETH DUARTE CONTRERAS CONTRA HÉCTOR GUTIERREZ PULIDO (RAD. 10 2018 00488 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandado (folios 47 a 57) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por la Juez Décima Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de noviembre de 2019 (Cd. fl. 41, record: 01:24:49, acta a folios 42 y 43), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante GLORIA YANETH DUARTE CONTRERAS, y el demandado HÉCTOR GUTIERREZ PULIDO, que se desarrolló, perdón, entre el 13 de febrero de 2012 y el 13 de febrero de 2018, laborando para los años 2012 y 2013, tres días a la semana, y del 2014 al 2018 cuatro días a la semana, en el cargo de empleada de servicio doméstico y devengando las siguientes sumas:*
>
> - *Para el año 2012 – 2013: $360.000.*
> - *2014: $385.715.*
> - *2015: $548.571.*
> - *2016: $582.858.*
> - *2017: $617.143.*
> - *2018: $651.429.*

Por laborar del 2014 al 2018 cuatro días a la semana. Lo que se señala y se deja constancia que dichos proporcionalmente son superiores al salario mínimo legal. Ahora que este contrato terminó por renuncia de la trabajadora.

***EN SEGUNDO LUGAR: CONDENAR** al demandado HÉCTOR GUTIERREZ PULIDO, a pagar a favor de la demandante GLORIA YANETH DUARTE CONTRERAS, las siguientes sumas por los siguientes conceptos:*

- *Por concepto de cesantías para el año 2012: $318.000; 2013: $360.000; 2014: $385.715; 2015: $548.571; 2016: $582.858; 2017: $617.143; 2018: $95.904,83.*
- *Por intereses a las cesantías 2012: $33.708; 2013: $43.200; 2014: $46.285,80; 2015: $65.828,52; 2016: $69.942,96; 2017: $74.057,16; 2018: $1.694,32.*
- *Por concepto de primas de servicios año 2016: $291.429; 2017: $617.143 y 2018: $95.904,83. Se autoriza descontar de las correspondientes sumas por las cuales se ha emitido condena, la suma de $1.077.575, que ya fueron cancelados por la parte demandada.*
- *En cuanto a la indemnización del artículo 99 del numeral 3 de la Ley 50 de 1990, se condena al demandado a pagar a favor de la demandante la suma de $50.689.644,19.*
- *Por concepto de vacaciones deberá pagar la suma de $1.964.239,38.*
- *En cuanto a la indemnización del artículo 65 del CST, se le condena al demandado a pagar a la demandante la suma diaria de $21.714 desde el 23 de febrero de 2018 hasta por 24 meses, y a partir del inicio del mes 25, deberá reconocer intereses moratorios a la tasa más alta asignada por la Superintendencia Financiera para los créditos de libre asignación, sobre las sumas condenadas por concepto de prestaciones sociales en esta sentencia.*

***CONDENAR** al demandado a pagar a favor de la demandante a la Entidad de Seguridad Social en Pensiones a la cual se encuentre afiliado o escoja la demandante la Señora GLORIA YANETH DUARTE CONTRERAS, los correspondientes a aportes en pensión en las condiciones exigidas por la Entidad de Seguridad Social en Pensiones de conformidad a la Ley y sobre los siguientes salarios y por el siguiente número de días:*

- *Para el año 2012, sobre un salario mensual de $623.196, 136.71 días.*
- *Para el año 2013, sobre un salario de $623.196, deberá cotizar un total de 156 días.*
- *Para el año 2014, sobre un salario de $667.712,06, por un total de 208 días de aportes.*
- *Para el año 2015, sobre un salario de $949.633,43, deberá cotizar 208 días.*
- *Para el año 2016, sobre un salario de $1.008.986,73, deberá cotizar 208 días.*
- *Para el año 2017, sobre un salario de $1.068.337,56, deberá cotizar 208 días.*
- *Para el año 2018, sobre un salario de $1.127.690,13 deberá cotizar un total de 30.28 días.*

***TERCERO:** se **DECLARA** probada parcialmente la excepción de cobro de lo no debido frente a la suma que se autorizó descontar de $1.077.575, y las demás excepciones se **DECLARAN** no probadas y por las resultas del proceso, las **COSTAS** estarán a cargo de la parte demandada a favor de la Señora GLORIA YANETH DUARTE CONTRERAS demandante del proceso, deben ser tasadas por secretaria e incluir como agencias en derecho la suma de $3.000.000."*

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación, pidiendo se absuelva a su representado de las pretensiones, para lo cual, advierte, quedó demostrado que su actuación fue de buena fe, de conformidad con el artículo 55 del C.S.T y realizó los pagos pertinentes a la señora Gloria Yaneth Duarte.

Además, dice, procede la aplicación de la prescripción conforme el artículo 151 del C.P.T. respecto de las obligaciones causadas entre 2012 y 2015, y se debe tener en cuenta que no ha vulnerado los derechos que invoca la demandante pues la relación se realizó conforme los parámetros pactados por las partes, sin que se manifestara inconformidad por la demandante.

Asegura, liquidó a la trabajadora anualmente, pero por el grado de confianza que había entre estas, sólo documentó el pago de la liquidación efectuada al finalizar el vínculo[1] (Cd. fl. 41, record: 01:30:58, acta a folios 42 y 43)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante GLORIA YANETH DUARTE CONTRERAS las pretensiones visibles a folio 5 y 6, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folio 6, encaminadas de manera

[1] *"Señoría de manera respetuosa presento recurso de apelación en contra de la sentencia proferida toda vez que dentro de la contestación de la demanda se demostró que mi representado actuó de buena fe de conformidad con el artículo 55 del CST, y realizó los pagos pertinentes a la Señora Gloria Yaneth Duarte.*
Así mismo, se ve la prescripción estipulada en el artículo 151 del CPT y la SS, el cual, estipula que las actuaciones que emanen en la leyes sociales prescribirán en 3 años contados a partir de que se hace exigible la respectiva obligación, es decir, las obligaciones emanadas de los años 2012, 2013, 2014 y 2015, así mismo su señoría se debe tener en cuenta que mi poderdante no ha violado los derecho invocados que pretende hacer valer la demandante quien ha actuado de mala fe, pues su relación laboral nunca presentó inconvenientes sino se siguieron los parámetros que ambas partes se pactaron, si ningún procedente de inconformidad sino hasta la presentación de esta demanda.

La demandada fue liquidada conforme a derecho como se realizó durante los años comprendidos del año 2012 a 2018, pero en el grado de confianza que se desato entre las partes, solo al finalizar de dicho contrato se hizo desprendible de pago, el cual en esta ocasión fue la liquidación del contrato.

Por lo tanto, la demandada debe ser absuelta de las condenas. Con los anteriores argumentos dejo sustentada la apelación."

principal a que se declare que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo, entre el 12 de febrero de 2012 y el 23 de febrero de 2018. En consecuencia se condene al demandado a pagar a su favor las cesantías, intereses a la cesantía, vacaciones, primas de servicio y aportes a seguridad social a pensión causados en vigencia de la relación laboral, junto con la indemnización moratoria, la sanción por no consignación de las cesantías y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable**, por cuanto se declaró la existencia del contrato pretendido y se condenó al demandado a pagar a la demandante todos los conceptos pedidos en la demanda, lo anterior tras considerar la juez *a quo* que no existían elementos de prueba de los que se pudiera establecer que las acreencias reclamadas fueron efectivamente canceladas por el empleador, ni se esgrimieron argumentos para exonerarse de las sanciones moratorias impuestas. Sin embargo, como se acreditó un pago realizado a la actora en cuantía de $1.077.575 ordenó descontar dicha suma de lo adeudado por el demandado, en virtud de la excepción de pago propuesta. Advirtió, con relación a la prescripción que dicho medio exceptivo debe ser invocado y no puede ser declarado de oficio por el operador judicial.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes del 12 de febrero de 2012 al 23 de febrero de 2018, por cuanto la misma se aceptó por el encartado desde la contestación de la demanda (respuesta a los hechos primero, segundo y tercero, folio 25), además, así fue declarada por la juez de primera instancia sin que se presentara reparo alguno frente a este aspecto.

En esa dirección, en primer lugar advierte la Sala, el demandado busca la revocatoria de las condenas impuestas aludiendo que realizó los pagos a favor de la trabajadora; sin embargo, revisado el elenco probatorio, se pudo constatar que ni un solo elemento de prueba fue aportado o recaudado con el fin de acreditar su

dicho, con excepción de la liquidación que milita a folio 3 cuyo monto fue tenido en cuenta por la juez de primer grado a efectos de ser descontada sobre las sumas adeudadas a la demandante.

Atendiendo lo anterior, debe decirse, aunque el encartado absolvió interrogatorio de parte[2], es principio universal reiterado, que nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de la misma, pues deviene indiscutible no solo la presunción, sino la plena convicción de la existencia de circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad. En todo caso, no debe perderse de vista que confesó no afilió a la trabajadora al sistema de seguridad social, ni consignó anualmente las cesantías a un fondo y aunque dijo que liquidaba año a año a la actora, la entrega se efectuaba en efectivo y no dejó constancia alguna, salvo la liquidación que aparece en el expediente.

Así mismo, se anota, el testigo JULIO ROBERTO PINTOR QUIROGA[3] ninguna ilustración efectúa al respecto, de hecho, lo único de lo que puede dar certeza es de la prestación personal del servicio de la demandante a favor del demandado, pues no le consta directamente cuánto era el salario, si se realizaban pagos a la demandante y con qué periodicidad, y el conocimiento que tiene sobre estos temas, corresponde a lo que la convocante la ha ilustrado.

En ese entendido, no es posible la revocatoria de las condenas impuestas, con asidero en el pago efectivo de las obligaciones a su cargo como empleador, pues se insiste, no hay elemento alguno dentro del dossier que permita establecer, sin lugar a equívocos, que la trabajadora recibió los emolumentos a los que tenía derecho en virtud de la relación laboral que existió entre las partes.

Ahora, en relación con la buena fe, con la que entiende esta Corporación se busca la exoneración de las sanciones impuestas, se recuerda las indemnizaciones contempladas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50 de 1990, no proceden de manera automática, sino que ha de analizarse el elemento de la buena o mala fe, examinando la situación específica del mismo en cada caso[4], en

[2] Cd folio 41, récord 04:44.
[3] Cd folio 41, récord 23:32.
[4] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la*

otros términos, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador a efectos de determinar si tuvo la intención de desconocer los derechos de su trabajador.

No obstante, en el sub examine, el demandado no aludió a circunstancia alguna que justificara la omisión en el pago de las prestaciones causadas a favor de la demandante en vigencia de su contrato de trabajo, sólo se limitó a indicar que su actuar estuvo orientado por la buena fe y que los pagos –que no están probados- los realizó en los términos pactados entre los contratantes, empero, no debe olvidarse, de una parte, en los términos del artículo 13 del C.S.T no produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca el mínimo de derechos y garantías del empleado, y de otra, conforme al artículo 14 *ejusdem,* las prerrogativas y derechos derivadas del trabajo son irrenunciables, por lo que se estima desdeñable la posición del llamado a juicio al resistirse a pagar las acreencias debidas a la actora, pues como se dejó evidenciado, no tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, pues ni una sola justificación se presentó respecto al incumplimiento de sus obligaciones patronales, conllevando necesariamente a confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Finalmente, en lo que respecta a la prescripción, ha de señalarse que, tal como lo advirtió la juez de primera instancia, esta es una excepción que debe alegarse y plantearse por la parte interesada, condicionada a que se formule en la debida oportunidad procesal, pues no hacerlo conlleva la desnaturalización del medio exceptivo en contravía de derechos constitucionales tales como el derecho de defensa y el debido proceso.

Bajo tal entendido, como quiera que la accionada al contestar la demanda (folios 25 a 29) no formuló la excepción de prescripción, no hay lugar a ocuparse de definir si en el asunto operó el término prescriptivo de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, pues ese medio exceptivo de la prescripción, junto con

---

pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).”

el de la compensación y la nulidad relativa, debe ser expresamente alegado al contestar la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 282 del CGP[5], y en armonía con lo previsto en el artículo 31 del CPTSS[6]; en esa medida no le es dable a esta Corporación estudiarla o declararla de oficio, hacerlo sería contrariar el artículo 2513 del Código Civil que preceptúa:

> *"**ARTICULO 2513. NECESIDAD DE ALEGAR LA PRESCRIPCION**. El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; **el juez no puede declararla de oficio.** (...)"* (Negrilla y Subrayas de la Sala).

En ese mismo sentido, una decisión en la orientación que pretende la recurrente, desconocería el principio de congruencia según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido propuestas si así lo exige la ley, que es precisamente lo sugerido por la apoderada de la pasiva en su recurso, al intentar adicionar supuestos sobre los que no versaron las excepciones propuestas.

Sobre la necesidad de alegar oportunamente la excepción de prescripción, vale la pena traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL5239-2016, reiterada, entre otras, en la decisión CSJ SL2674-2019, en la que se indicó:

> *"(...) La jurisprudencia de la sala lo ha repetido sin variación desde más de medio siglo como lo expresara en sentencia SL de octubre 31 de 1960:*
>
> *Si por ministerio de la ley, la prescripción debe ser expresamente invocada, puesto que siempre deja subsistir la obligación natural, que sobre la conciencia gravita, es obvio que si no es propuesto el recurso extintivo dentro del tiempo hábil predeterminado por el ordenamiento, el prescríbente (sic) no puede ser oído sin inferir agravio al derecho. La regla moral, en efecto, no es contraria a la regla jurídica, y la prescripción no alegada en tiempo es como si jamás se hubiere cumplido. Subsiste la obligación así en el campo jurídico como en el simplemente natural."*

---

[5] *"ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*

Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada."

[6] "*ARTICULO 31. FORMA Y REQUISITOS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA. <Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La contestación de la demanda contendrá:*
(...)
6. Las excepciones que pretenda hacer valer debidamente fundamentadas"

En tal sentido, como ya se dijo, no puede ahora la Sala adentrarse al estudio de un asunto que no hizo parte de la discusión planteada por el encartado, debiendo guardarse fidelidad al debate que sobre el mismo desplegaron las partes.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, como quiera que se arriba a idénticas conclusiones a las expuestas por la falladora de primer grado, lo que sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARY CECILIA RODRIGUEZ ANAYA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 09 2019 00197 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 80 a 82) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 4 de marzo del 2020 (Cd. fl. 74, record: 21:50 acta a folio 75), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la Señora MARY CECILIA RODRÍGUEZ ANALLA, de conformidad como quedó explicado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO:** se **DECLARAN** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, y el despacho se **DECLARA** relevado de los demás medios exceptivos planteados por la entidad.*
> ***TERCERO: COSTAS** serán a cargo de la parte actora, tásense las agencias en la suma de $200.000.*
>
> ***CUARTO:** por ser totalmente desfavorable la presente decisión a la parte actora y si esta no es apelada se dispone **CONSULTARLA** ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del CPL."*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo si bien la actora cotizó como servidora pública en el Departamento de Santander, la norma que a ella le ha sido aplicada, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, no discrimina si son de un origen o si son de otro las semanas cotizadas, precisando el artículo 20, establece de manera general el porcentaje aplicar por la densidad de semanas cotizadas, por ende por estar por encima de 1250, hay lugar a una tasa de reemplazo equivalente al 90%. (Cd. fl. 74 record: 28:30)[1]

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARY CECILIA RODRÍGUEZ ANAYA las pretensiones consignadas a folios 35 y 36, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 34 y 35, pretendiendo de manera principal se condene a la demandada a reliquidar y pagar la pensión de vejez a partir del 1° de julio del 2014 aplicando una tasa de reemplazo del 90% del IBL calculado por Colpensiones en atención a que cuenta con más de 1310 semanas, por lo que le corresponde la suma de $1.507.546,80, junto con los interés de mora o en subsidio la indexación, costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a la encartada de la reliquidación pretendida señalando la improcedencia de incrementar la tasa de reemplazo bajo la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, tras considerar la *a quo* que para la

[1] Señoría, con todo el respeto interpongo el recurso de apelación, para ello, me permito expresar lo siguiente:

El quid del asunto radica en las semanas que la actora cotizó como servidora pública en el Departamento de Santander, sin embargo, examinando la norma que a ella le ha sido aplicada del Decreto 758 del 90, aprobatorio del acuerdo 49, no se ve con precisión que el legislador o en este caso la Junta Directiva del Seguro Social, que expidió el acuerdo, haya discriminado si son de un origen o si son de otro origen las semanas cotizadas.

Aquí el artículo 20, es general como debe ser la Ley y se refiere a que si yo tengo una densidad de semanas cotizadas por encima de 1250, tengo una tasa de reemplazo equivalente al 90%.

No encuentro en la Ley invocada la excepción a la norma general, razón por la cual, insisto en lo que se dijo desde la demanda y lo que se dijo en el respectivo alegato.

Por consiguiente, le pido con todo el respeto a la Honorable Juez, me conceda el recurso de apelación para que sea el Honorable Tribunal el que dirima esta cuestión. Muchas gracias su señoría.

procedencia de dicha disposición normativa solo se pueden tener en cuenta las semanas cotizadas al ISS ahora Colpensiones sin adicionar el tiempo de servicio público aportado a otras cajas de previsión.

Conforme a lo anterior, debe precisarse inicialmente, constituyen hechos probados al interior del plenario, sobre los cuales no se presenta controversia en ésta instancia, que la actora acreditó la edad de 55 años el 14 de junio del 2014, hecho que se desprende de la copia del documento de identidad obrante a folio 32; así mismo, que le fue reconocida pensión de vejez por Resolución GNR 30819 del 11 de febrero del 2015 en virtud del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, a partir del 1° de julio del 2014 en cuantía de $1.313.122 aplicándole una tasa de reemplazo del 84% (fls. 18 a 21), prestación que fue objeto de reliquidación por acto administrativo GNR 28206 del 26 de enero del 2016 (fls. 23 a 26), correspondiéndole como valor de mesada $1.457.295 (fl. 25).

De igual manera, no se discute en esta instancia que durante la vida laboral la demandante realizó cotizaciones, en número total de **1316 semanas** tal como se consigna en el acto administrativo citado (GNR 28206 del 26 de enero del 2016 fl. 23 vto); advirtiéndose conforme se registra en tal resolución la actora cuenta con 601 días equivalentes a 85 semanas no cotizados al ISS sino al DEPARTAMENTO DE SANTANDER y con 8611 días o 1230 semanas de cotización al ISS ahora Colpensiones.

En este orden de ideas, como quiera que lo pretendido es la reliquidación de la mesada pensional aplicando la tasa de remplazo de 90% contenida en el Acuerdo 049 de 1990, debe precisarse si bien el suscrito había mantenido su posición en cuanto a la imposibilidad de acumular tiempo de servicio público al tiempo de semanas de cotización exclusivas al ISS, de acuerdo a lo expuesto entre otras en sentencias como las de radicación 41672 del 19 de octubre de 2011, SL 17894 del 31 de octubre del 2017 y SL 18729 del 8 de noviembre del 2017, tal criterio fue revaluado por esa Corporación en sentencia SL1947 del 1° de julio del 2020 radicado 70918[2], señalando que para las pensiones de vejez contempladas en el

[2] ***"2. Sumatoria de tiempo de servicios públicos con o sin cotización al ISS en el marco del Acuerdo 049 de 1990***

En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el

entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el parágrafo 1.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que éste resultaba aplicable a las pensiones gobernadas en su integridad por esta normativa. En la sentencia CSJ SL032-2018, la Sala indicó:

> *En la sentencia SL16104-2014, esta Sala de la Corte sostuvo:*
>
> *"Esta Corporación en pacífica y reiterada jurisprudencia, ha señalado que para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior sea el del Seguro Social contenido en el A. 049/1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, la exigencia del número de semanas debe entenderse como aquellas efectivamente cotizadas al I.S.S., puesto que en el aludido acuerdo no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas, el tiempo servido en el sector público, como sí acontece a partir de la L. 100/1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella, o como también puede ocurrir respecto a la pensión de jubilación por aportes prevista en la L. 71/1988, según el criterio expuesto en sentencia CSJ SL4457-2014.*
>
> *Por otra parte, en punto a la posibilidad prevista en el parágrafo del art. 36 de la L. 100/1993 de acumular semanas cotizadas al I.S.S. o a cajas, fondos o entidades de previsión social con tiempos laborados en el sector oficial, esta Sala de Casación reiteradamente ha precisado que dicha disposición hace referencia a la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de esa misma ley.*
>
> *Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611, reiterada CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 35792, CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 42242, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 42191 y CSJ SL4461-2014, en torno a las dos temáticas propuestas por el recurrente esta Corporación puntualizó:*
>
> *El parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:*
>
> *'Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio".*
>
> *"Aún cuando por hallarse ubicado en la norma legal que establece el régimen de transición pensional, podría pensarse en principio que el citado parágrafo alude a las pensiones que surjan de la aplicación de ese régimen, para la Corte es claro que ese entendimiento no se corresponde con el genuino sentido de la norma, porque en realidad hace referencia a "la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo" y esa pensión no es otra que la consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que exige al afiliado como requisitos para acceder a tal prestación el cumplimiento de 55 años de edad, si es mujer o 60 si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

Este criterio ha sido reiterado por la Sala, entre otras, en las providencias CSJ SL16104-2014, CSJ SL9088-2015, CSJ SL9351- 2016, CSJ SL12701-2016, CSJ SL11447-2016, CSJ SL13153- 2016, CSJ SL8439-2016, CSJ SL18427-2016, CSJ SL11256-2016, CSJ SL1073- 2017, CSJ SL4271-2017 y, más recientemente, en los fallos CSL SL5514-2018, CSJ SL4541-2018, CSJ SL5614-2019, CSJ SL5580-2019, CSJ5113-2019, CSJ SL4753-2019, CSJ SL4740-2019, CSJ SL4739-2019, CSJ SL3266-2019, CSJ SL2415-2019 y CSJ SL507-2020.

No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.

Acuerdo 049 de 1990 aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse semanas cotizadas tanto al ISS como los tiempos laborados a entidades públicas, expresando que si el artículo 36 ibídem señala que los efectos de la norma anterior aplicable solo se da para los aspectos de edad, tiempo y monto, resulta entonces que la forma de computar las semanas para dicho tipo de prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, artículo 33 parágrafo 1° y parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, postura que desde este momento acoge esta Sala de Decisión, atendiendo lo dispuesto por ese máximo

---

Por último, la Sala considera oportuno referirse al razonamiento del Tribunal, según el cual la sumatoria de tiempos referida crea un trato privilegiado o desigual entre quienes (i) se pensionaron en plena vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y (ii) aquellos que pueden lograrlo en virtud de ser beneficiarios del régimen de transición bajo la acumulación de tiempos públicos y privados con y sin cotización.

Al respecto, es preciso señalar que tal argumento no configura un criterio válido de comparación (patrón de igualdad o tertium comparationis), dado que las personas que se pretenden asimilar no están en la misma situación fáctica. Nótese que el primer grupo aludido obtuvo la protección del entonces vigente sistema de pensiones, mientras que los segundos pretenden acceder a un derecho pensional bajo un nuevo marco legal y constitucional.

En todo caso, es importante destacar que la Ley 100 de 1993 pretendió superar las deficiencias del anterior sistema pensional caracterizado por la baja cobertura, la fragmentación o multiplicidad de regímenes y la inequidad, para así garantizar progresivamente la cobertura de todas las contingencias que afectan las condiciones de vida de todos los habitantes del territorio nacional. En estos objetivos transitan los principios de integralidad y universalidad -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, y 48 de la Constitución Política-, que son fiel desarrollo de instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y procuran la garantía progresiva de la seguridad social, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007) o el 9.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin duda alguna, con la Ley 100 de 1993 estos mandatos fueron maximizados al permitir que más personas pudieran acceder a una pensión de vejez en condiciones de igualdad y bajo la premisa de que debían computarse las semanas cotizadas al ISS con anterioridad a la vigencia del nuevo sistema o, a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, así como los tiempos de trabajo sin aportes.

En efecto, el propósito de unicidad normativa y sistémica de la ley en comento fue ponerle fin a la injusticia de no conceder pensiones a personas que cumplían el mismo tiempo de trabajo, pero cuyo valor y eficacia frente a la generación de la protección del riesgo difería de acuerdo al segmento en el que se prestaba. Nótese que si la persona laboraba durante 500 semanas en los 20 años anteriores a la misma edad mínima pensional fijada para los hombres en la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990, solo accedía al beneficio si las cotizaba en su integridad al ISS, restricción que fue eliminada.

No se trató entonces de un privilegio otorgado por el legislador a los beneficiarios del régimen de transición, sino de darle contenido y valor al hecho de trabajar (CSJ SL14215-2017).

Por otra parte, el legislador de 1993 no concibió la aplicación retroactiva del régimen de transición en los mismos términos en que fue expedida la norma que previamente regulaba la situación pensional concreta, sino que procuró que sus efectos jurídicos rigieran en mayores y mejores condiciones de igualdad en el nuevo marco legal y constitucional.

Por tanto, si la seguridad social se pensara bajo la óptica objeto de reflexión, no podrían existir avances legislativos dirigidos a conseguir una mayor cobertura en materia de pensiones, porque entonces se configurarían tratos desiguales frente a quienes sí pudieron tener protección del sistema en un estado de cosas que, para otros, no les significaba la misma salvaguarda, lo que sería un sinsentido."

órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia.

Advirtiéndose, al ser procedente la sumatoria de tiempos públicos y privados es evidente que se incrementan las semanas tenidas en cuenta por Colpensiones para efectos de determinar la tasa de reemplazo, pues la accionada solo tomó las 1230 cotizadas exclusivamente al ISS, sin sumar las aportadas al DEPARTAMENTO DE SANTANDER, lo cual en efecto genero la tasa del 87% aquí discutida.

En esa medida y como quiera que en el presente asunto se encuentra acreditado que la demandante cuenta con 1316 cotizadas en toda su vida laboral, la tasa de remplazo aplicable en efecto tal como se solicita es del **90%** en atención a que al tenor del mismo Acuerdo 049 de 1990 artículo 20[3], para tal tasa de remplazo se requería contar con 1250 semanas de cotización, por ende resulta procedente la reliquidación pretendía, precisándose el IBL obtenido por COLPENSIONES en el último acto administrativo proferido (GNR 28206 del 26 de enero del 2016) equivalente a **$1.675.052** (ver fl. 25) no se encuentra en discusión por parte de la promotora del litigio, razón por la cual sobre tal cifra se aplicara la tasa de reemplazo aquí pretendida.

En ese orden de ideas una vez efectuadas las operaciones aritméticas teniendo en cuenta el IBL señalado, aplicándole la tasa de reemplazo del 90% arroja una primera mesada de **$1.507.546,80** para el año 2014, fecha en la cual se le reconoció la prestación pensional a la actora en suma de $1.457.295 (ver. fl 25).

Por las anteriores razones, se deberá revocar la decisión de primera instancia para en su lugar ordenar la reliquidación de la pensión de vejez de la actora teniendo en cuenta que la mesada pensional que le correspondía era de $1.507.546,80.

[3] 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.

Así las cosas, se procede a concretar el valor del retroactivo por diferencias de mesadas pensionales, el cual se calculó del 1° de julio del 2014 al 30 de julio del 2020, obteniendo como valor adeudado la suma de **$4.592.598**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

Fecha Inicial	Fecha Final	Incremento	Mesada Reliquidada	Mesada Reconocida	Valor Diferencia	No. Mesadas	Subtotal
01/07/14	31/12/14	1,94%	$ 1.507.546,80	$ 1.457.295	$ 50.252	7	$ 351.763
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 1.562.723,00	$ 1.510.632	$ 52.091	13	$ 677.183
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 1.668.519,00	$ 1.612.902	$ 55.617	13	$ 723.024
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 1.764.459,00	$ 1.705.644	$ 58.815	13	$ 764.600
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 1.836.625,37	$ 1.775.404,46	$ 61.221	13	$ 795.872
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 1.895.030,06	$ 1.831.862,32	$ 63.168	13	$ 821.181
01/01/20	30/07/20	3,80%	$ 1.967.041,20	$ 1.901.473,09	$ 65.568	7	$ 458.977
TOTAL RETROACTIVO DIFERENCIA DE MESADAS							$ 4.592.598

En otro giro, en lo que hace a los intereses moratorios anhelados por la parte actora, sobre las diferencias pensionales causadas por efecto de la reliquidación de la pensión, es de advertir, en criterio de la Sala de acuerdo con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tales intereses solo proceden por el impago de mesadas pensionales, y no por concepto de diferencias resultantes de reliquidaciones, como es el caso bajo estudio.

En idéntico sentido se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otros dentro de la sentencia proferida dentro de la Radicación No. 21027 del 3 de septiembre de 2003, y en la dictada dentro de la Radicación No. 46414 del 5 de marzo de 2014[4], por lo que no podrá accederse a esta pretensión.

---

[4] *"La controversia jurídica se contrae a determinar si los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se causan en los eventos de pago de diferencias pensionales originadas en reajustes o reliquidaciones.*

Al respecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prescribe:

Art. 141. A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Con fundamento en la citada norma, la jurisprudencia mayoritaria de la Sala de Casación Laboral ha señalado que los intereses moratorios proceden frente al retardo en el pago de las mesadas, más no en las diferencias pensionales originadas en reajustes.

En efecto, esta Corporación en sentencia CSJ SL, 21 feb. 2012, rad. 44793, en la que se reiteró la CSJ SL, 3 sep. 2003, rad. 21027, dijo:

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por Colpensiones[5], se tiene que la pensión si bien fue reconocida mediante Resolución GNR 30819 del 11 de febrero del 2015 (fls. 18 a 21), la actora solicitó su reliquidación en dos oportunidades[6], la cual fue resuelta a través de los actos administrativos GNR 28206 del 26 de enero del 2016 (fls. 23 a 26) en donde se le incrementó la mesada pensional y SUB 8598 del 16 de marzo del 2017 (fls. 28 a 30) en la cual se negó la reliquidación pretendida con la tasa del 90% conforme a la reclamación visible a folios 11 a 13, **este último notificado el 17 de marzo del 2017**, presentando la demanda el **11 de marzo del 2019** (fl. 42), y en ese orden dado que entre fecha en que se le resolvió la solicitud de reliquidación con el 90% y la data en que se presentó la demanda no transcurrió un lapso superior a los 3 años, es clara la improcedencia del fenómeno prescriptivo, razón por la cual se declara no probado.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por la recurrente en la alzada, se procede a la revocatoria de la sentencia para en su lugar CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES – a reliquidar la pensión de la actora, en los términos anteriormente expuestos.

Por el contrario, no proceden los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues de conformidad con el texto de esta disposición ellos deben reconocerse en los eventos de retardo en el pago de las mesadas, pero no cuando se trate de diferencias pensionales derivadas de reajustes, o de reliquidaciones, como es aquí el caso.

En sentencia de 3 de septiembre de 2003, rad. 21027, anotó esta Sala en criterio que ha permanecido invariable:

«Además, ha sostenido esta Corporación que los intereses moratorios '...sólo proceden en el caso que haya mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando, como en este asunto ocurre, lo que se presenta es un reajuste a las mismas por reconocimiento judicial' (Rad. 13717 – 30 de junio de 2000), argumento este plenamente aplicable a este caso, pues la condena consistió en "los reajustes pensionales causados por su liquidación equivocada, actualizados anualmente a partir del 1º de enero de 1998, atendiendo el I.P.C. certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior"».

Lo anterior es suficiente para concluir que el Tribunal cometió el yerro jurídico endilgado al darle una inteligencia que no corresponde al artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y condenar a la administradora demandada al pago de los intereses moratorios sobre las diferencias pensionales originadas en los reajustes efectuados mediante resoluciones número 007148 y 048491, del 04 de marzo de 2005 y 14 de octubre de 2008, respectivamente, toda vez que, como lo ha sostenido esta Corporación, la norma aludida aplica frente al retardo en la cancelación de la pensión, más no cuando su reconocimiento se da de forma parcial. Por tanto, habrá de casarse la sentencia recurrida en tal sentido".

[5] En la contestación de la demanda (fol. 52) la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 8 de octubre de 2019 (fol.68)

[6] Como se desprende de la lectura de la resolución GNR 28206 del 26 de enero del 2016 (fol. 3)

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada.

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

R E S U E L V E

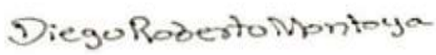
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **CONDENAR** a la demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–**, a reliquidar la mesada pensional de la señora **MARY CECILIA RODRÍGUEZ ANAYA,** en cuantía de **$1.507.546,80** para el año 2014, precisando el retroactivo de diferencias pensionales causado del 1° de julio del 2014 al 30 de julio del 2020 asciende a la suma de **$4.592.598**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción, conforme a lo motivado.

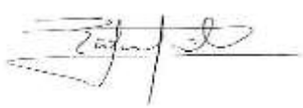
TERCERO: ABSOLVER a la demandada del pago de los intereses moratorios.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN





RAFAEL MORENO VARGAS **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERCILIA SANCHEZ PARRA CONTRA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. (RAD. 09 2018 00546 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandante (folios 217 y 218), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación promovidos por las partes, contra la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de noviembre de 2019 (Cd. fl. 211, audio 3, record 44:18 y acta a folio 212), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato a término indefinido entre la Señora HERCILIA SÁNCHEZ PARRA, y el HOSPITAL MEISSEN DOS NIVEL ESE, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE, que inició el 16 de febrero de 1998 y finalizo el 1 de junio de 2014, en el que se desempeñó como auxiliar de confección y devengo los salarios que fueron indicados en la parte motiva que para el año 1998 al año 2004 correspondía a $500.000, para el año 2005 $513.333, para el año 2006 $619.850, para el año 2007 $636.636, para el año 2008 $690.390, para el año 2009 $675.389, para el año 2010 $906.482, para el año 2011 $883.204, para el año 2012 $954.815, para el año 2013 $954.815, para el año 2014 $1.154.815.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE, a pagar a favor de la señora HERCILIA SÁNCHEZ PARRA, los siguientes conceptos:*
>
> - *$2.041.344 por auxilio de transporte.*
> - *$2.041.344 por auxilio de alimentación.*

- *$9.816.088 por auxilio de cesantías.*
- *$1.637.004 por compensación de vacaciones.*
- *$1.637.004 por prima de vacaciones.*
- *$3.775.933 por prima de navidad.*

***TERCERO: CONDENAR** a la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE, a la devolución a la demandante HERCILIA SÁNCHEZ PARRA, de la proporción de los aportes que correspondía pagar al empleador por concepto de pensión y salud.*

***CUARTO: CONDENAR** a la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE, a pagar a favor de la demandante la suma de $38.494, diarios desde el 1 de septiembre de 2014 hasta el momento en que se efectúe el pago de las acreencias adeudadas por concepto de indemnización moratoria establecida en el artículo 1 del Decreto 797 de 1945.*

***QUINTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción de los derechos laborales y sociales causados con anterioridad al 1 de junio de 2011 y se DECLARAN no probadas las demás excepciones planteadas.*

***SEXTO: ABSOLVER** a la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE, de las demás pretensiones incoadas por la Señora ERCILIA SÁNCHEZ PARRA, en el presente proceso conforme quedó indicado.*

***SÉPTIMO: COSTAS** serán a cargo de la parte demandada, tásense las agencias en 2 SMLMV.*

***OCTAVO:** En caso de no ser apelada esta decisión **CONSÚLTESE** con la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del CPL.”*

Inconformes con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, inicialmente la apoderada de la parte accionada, aduce no compartir las conclusiones indicadas por el despacho al momento de declarar la existencia de una relación laboral entre la Señora Hercilia Sánchez Parra con el Hospital Meissen, ahora Sub Red Integrada de Servicios de Salud del Sur, teniendo en cuenta, que el cargo de auxiliar operativa en el área de costura y confección no existe en los cargos de la planta del Hospital, precisando no cabría por tanto, la declaratoria de este vínculo laboral por el hecho de manifestar la permanencia de los contratos a lo largo del tiempo, pues reitera el cargo en su momento no existió y no existe en la planta del Hospital.

Igualmente afirma, no se pudo demostrar que la actora recibiera órdenes de alguna persona en relación a su ejercicio contractual, pues ella sabía qué clase de actividad debía ejecutar y simplemente se le indicaba era que tipo de ropa se

necesitaba para la planta física del Hospital, tampoco hubo pruebas de ningún tipo o ejemplos de las ordenes que hubiera recibido o impartido en medio de la ejecución de sus actividades, por esa razón asegura no existe o no se pudo demostrar la relación laboral y más cuando no se acreditó la subordinación dentro de esta relación contractual.

En ese orden de ideas, expresa que al no demostrarse la relación laboral no hay lugar a las condenas impuestas por auxilio de transporte, auxilio de alimentación, cesantías, como tampoco a la compensación de vacaciones, precisando frente a este punto las vacaciones no son salarios ni prestaciones sino que corresponden a un trabajo, a un descanso que se sufraga solamente cuando el contratista adquiera el derecho a disfrutarlas, no obstante reitera como no existió una relación laboral, no existía tampoco esta prestación para reconocerse a su favor, así como tampoco, la prima de navidad en el entendido que no existe este vínculo laboral .

Respecto de los aportes a seguridad social (pensión y salud), expresa que en efecto fueron realizados por la accionante, pues la entidad tiene la obligación únicamente de suscribir estos contratos de prestación de servicios siempre y cuando la persona contratada realizara los pagos a seguridad social correspondientes.

Respecto de la indemnización moratoria, asegura no existe la posibilidad de este tipo de condena teniendo en cuenta que la entidad ejecutó ese tipo de actividades de acuerdo con la capacidad legal que podía realizar ya que ese cargo no existió dentro de la planta del Hospital, por lo tanto, el Hospital teniendo en cuenta la necesidad de este tipo de actividades contrató a la actora para realizar el ejercicio de confección de ropa hospitalaria, ejecutando la demandada estos contratos de buena fe, razón por la cual, no es dable la imposición de esta indemnización por una mala fe, que en realidad no se probó.

Finalmente, en relación a las agencias en derecho, afirma que dentro del actuar de este proceso se obró de buena fe, por lo que no es dable aplicar este tipo de sanción o el pago de costas correspondientes a la sentencia emitida en primera instancia. (Cd. fl. 211, audio 3, record: 49:13)[1]

[1] “Gracias Señora Juez. Entonces hago uso del recurso de apelación teniendo en cuenta por lo manifestado por el Dr., Garzón.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, recurre la decisión en relación con las pretensiones que no le fueron concedidas, esto es, la prima de antigüedad, la indemnización extralegal por despido injusto, la indemnización contenida en la Ley 224 de 1995, intereses a las cesantías y la sanción moratoria por falta de

---

Entonces me permito presentar recurso de apelación para que ante el Honorable Tribunal se sirva revocar la sentencia proferida en el sentido de manifestar que no comparto las conclusiones indicadas por el despacho al momento de declarar la existencia de una relación laboral entre la Señora Hercilia Sánchez Parra con el Hospital Meissen, ahora Sub Red Integrada de Servicios de Salud del Sur, teniendo en cuenta, en primer lugar lo manifestado en mis alegatos de conclusión como quiera que el cargo al cual alude el Dr., Garzón, en su demanda sobre auxiliar operativa en el área de costura y confección no existe en la planta física, perdón, no existe en los cargos de la planta del Hospital, en tal virtud, el Hospital inicia los contratos de prestación de servicios con el fin de contratar este servicio especial que realizó la Señora Hercilia Hernández, y que ejecuto de acuerdo con las actividades reseñadas en cada uno de los contratos de prestación de servicio.

En ese sentido, en primer lugar, no cabría por tanto, la declaratoria de este vínculo laboral por el hecho de manifestar la permanencia de los contratos a lo largo del tiempo, pues como manifesté Señora Juez, el cargo en su momento no fue o no existió y no existe en la planta del Hospital.

En ese sentido el Hospital tuvo la necesidad de contratar este servicio por parte de la Señora Hercilia, quien demostró la experiencia y las capacidades para tal fin. Tampoco se pudo demostrar que la Señora recibiera órdenes de alguna persona en relación a su ejercicio contractual, porque lo que queda claro es que la Señora Hercilia sabía qué clase de actividad debía ejecutar y simplemente a ella se le indicaba era que tipo de ropa se necesitaba para la planta física del Hospital.

Pero tampoco hubo pruebas de ningún tipo o ejemplos de las ordenes que ella hubiera recibido o se le hubiera impartido en medio de la ejecución de sus actividades, por esa razón, en tanto no existe o no se pudo demostrar la relación laboral, porque lo que se puede indicar es que evidentemente en el ejercicio de su actividad se le pagaban los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, pues también es cierto que esta era una obligación contractual que se derivaba de estos contratos, pero no hay una prueba de subordinación dentro de esta relación contractual.

Ahora, en relación a cada una de las condenas que se despachan a favor de la parte actora, en relación al auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, cesantías como quiera que no se logra demostrar la relación laboral que aquí se alega no es dable reconocérselas así como tampoco la compensación de vacaciones ni las vacaciones, teniendo en cuenta, que las vacaciones no son salarios ni prestaciones sino que corresponden a un trabajo, a un descanso, perdón, remunerado que se sufraga solamente cuando el contratista en este caso la Señora Hercilia adquiriría el derecho a disfrutarlas pero como no existió una relación laboral, pues no existía tampoco esta prestación para reconocerse a su favor, así tampoco, la prima de navidad en el entendido que no existe este vínculo laboral que en este despacho se pronuncia a favor.

En el mismo sentido teniendo en cuenta que la demandante realizó actividades a través de contratos de prestación de servicios, la obligación que le correspondía a ella era precisamente realizar los aportes a seguridad social, pensión y salud, que evidentemente ella realizó a su favor, porque si no se hiciera así, de todas maneras la entidad tiene la obligación de únicamente suscribir estos contratos de prestación de servicios siempre y cuando la persona realizara los pagos a seguridad social correspondientes, por tanto, existía una clara conciencia del tipo de vinculación que tenía la Señora Hercilia, en relación al Hospital Meissen.

En tanto, en la indemnización moratoria, precisamente por lo indicado anteriormente Señora Juez, no existe la posibilidad de este tipo de condena teniendo en cuenta que la entidad ejecutó ese tipo de actividades de acuerdo con la capacidad legal que podía realizar porque como se ha indicado ya en varias oportunidades este cargo no existió dentro de la planta del Hospital, por lo tanto, el Hospital teniendo la necesidad de este tipo de actividades pues contrata a la Señora para realizar este ejercicio de confección de ropa hospitalaria.

Sin embargo, pues vuelvo y repito no existió este cargo, entonces, el Hospital realizó o ejecutó estos contratos de buena fe, razón por la cual, no es dable la imposición de esta indemnización por una mala fe, que en realidad pues no se probó.

En relación a las agencias en derecho, pues teniendo en cuenta que dentro del actuar de este proceso se obró de buena fe, tampoco es dable aplicar este tipo de sanción o el pago de costas correspondientes a la sentencia emitida por la Señora Juez. En ese sentido presento mi recurso de apelación. Muchas gracias."

pago oportuno de los intereses de las cesantías. Indica que el Acuerdo 8 de 1995 y el Acuerdo 6 de 1996, instituyó para los trabajadores distritales la prima de antigüedad, por lo que al ser la demandante una servidora pública catalogada como trabajadora oficial, estima debió condenarse por esta prestación.

En cuanto a la indemnización extralegal por despido injusto aduce haberse probado que el último contrato suscrito entre las partes no fue terminado, es decir, faltó un mes y dos días para que finalizara, advirtiendo los testigos declararon que la demandante tuvo una discusión fuerte con una de sus jefes y con ese poder discrecional del Hospital se le dio por terminado el contrato de trabajo, considerando no hubo una justa causa para darle por terminado ese contrato, el cual no finalizó por el plazo pactado, considerando que al haber trabajado la actora por más de 16 años con la entidad es justo que se le reconozca dicha indemnización porque la terminación del contrato fue sin justa causa.

Sobre la indemnización de que trata la Ley 224 de 1995, por la falta de afiliación y de consignación de las cesantías, indica que dicha ley da los términos para el pago oportuno de las cesantías por parte de las entidades oficiales y se da claridad sobre qué es lo que se debe hacer y cuál es el término que tiene la administración para ello, lo cual en este caso no se hizo, por lo que debe aplicarse una sanción ante esta omisión.

En lo que tiene que ver con los intereses a las cesantías y la sanción por su no consignación, señala ser procedentes en virtud de la Ley 52 de 1975 y el Decreto Reglamentario 116 de 1976, como también conforme a los conceptos del Ministerio de la Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública, en donde se hace un estudio juicioso sobre este pedimento que tiene que ver con la indemnización de que trata la Ley 224 de 1995. (Cd. fl. 211, audio 3, record: 55:33)[2]

[2] Gracias Señora Juez. La parte demandante y conforme al principio de consonancia va a apelar de manera parcial la sentencia en los siguientes puntos: El primero, es la falta del reconocimiento de la prima de antigüedad, El segundo punto, la negación al pago de la indemnización extralegal por despido injusto de que trata el artículo 51 del Decreto 2127 del 45, En tercer término, la parte actora va a apelar la falta de aplicación de la indemnización contenida en la Ley 224 del 95, numeral R de las pretensiones de la demanda. Así mismo, apela en 4 lugar los intereses a las cesantías estimo debió condenarse y en quinto lugar, a la sanción moratoria, por falta de pago oportuno de los intereses de las cesantías contenidas en la Ley 52 de 1975. Paso siguiente me permito sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos:

En efecto, el acuerdo número 8 de 1995 y el acuerdo 6 de 1996, sancionado por el Concejo de la Ciudad de Bogotá, instituyó para los trabajadores distritales la prima de antigüedad. Mi representada como quedó

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

---

constatado en sentencia fue una servidora pública, y fue catalogada como trabajadora oficial, motivo por el cual, estimo que la prima de antigüedad debió ser condenada la entidad y reconocida a mi representada.

En segundo lugar, sustento el pedimento de la indemnización extralegal por despido injusto del artículo 51 del Decreto 2127 del 45, bajo los siguientes presupuestos:

Se probó y así lo indicó el despacho que el último contrato suscrito entre las partes no fue terminado, es decir, que faltó un mes y dos días para que se diera por terminado dicho contrato. Los testigos fueron coherentes en sus afirmaciones que tuvo una discusión fuerte con una de sus jefes y con ese poder discrecional del Hospital le dio por terminado el contrato de trabajo.

Nótese que como probado quedó que la demandante laboró de manera constante e ininterrumpida, motivo por el cual, en el último contrato se pudo establecer de manera diáfana y clara que no terminó ese contrato, no hubo una justa causa para darle por terminado ese contrato, y es más, no se terminó porque el plazo pactado no se terminó y las razones ampliamente fueron conocidas por el despacho y descritas por los testigos y la demandante en su interrogatorio de parte.

Es por ello, que estimo que al haber trabajado la demandante por más de 16 años con la entidad es justo que se le reconozca dicha indemnización porque la terminación del contrato fue sin justa causa.

El tercer punto, tiene que ver con la indemnización contenida y que la estudió el despacho digamos que de manera errada bajo la Ley 50 de 1990, si analizamos la pretensión de manera muy sencilla, pretensión 5 numeral R, se indica en esa pretensión se pide que se condene al demandado al pago a favor de la demandante de la indemnización de que trata la Ley 224 de 1995, también hace alusión del suscrito de la Ley 50 del 90, y la Ley 1071 de 2006.

Pues bien, quien aplica la norma es el Juez, yo lo que dio acá es que por la falta de afiliación y de consignación de las cesantías y al ser elevada a trabajador oficial, pues es menester del despacho establecer que norma se le aplica, porque la entidad no consignó ni afilió a la demandante.

La Ley 224 del 95, da los términos para el pago oportuno de las cesantías por parte de las entidades oficiales, allá en esa norma se da claridad sobre qué es lo que se debe hacer y cuál es el término que tiene la administración y en este caso no lo hizo.

Así mismo la Ley 344 del 96, estableció, 1996, señora Juez, es decir, dos años antes de la vinculación de la demandante, el régimen anualizado de las cesantías para los servidores públicos, norma que debió aplicarse, es decir, si la entidad demandada no demostró que afilio ni consigno las cesantías mal podría entonces no aplicarse las normas que si tienen los empleados del Estado, y esto tiene en mi sentir pues una situación que debe repercutir en la igualdad de los trabajadores, si los trabajadores particulares no se les consigna las cesantías de manera oportuna pues mal puede predicarse que los servidores públicos sus empleadores no tengan ninguna sanción, entonces yo, sustento mi pedimento en las normas que debió aplicar este estrado judicial y que no se hizo y resalto que efectivamente esa Ley la propuse en las pretensiones de la demanda numeral R, donde digo que se aplique la 224 del 95, o en su defecto norma análoga.

Bien, el cuarto punto son los intereses a las cesantías, en la medida en que Señora Juez y Honorables Magistrados, se profirió sentencia condenatoria bajo el rubro principal de cesantías, la sustentación que hice hace un momento sobre la falta de afiliación pues esos intereses deben deprecarse en la medida en que no fue condenada la entidad y que están instituidos en la Ley 52 del 75 en el Decreto Reglamentario 116 del 76 y hay un concepto del Ministerio de la Protección Social el 106816 del 22 de abril del 2008, que indica sobre este tema en particular y que debió traerse a colación porque así se pidió y no se estudió, estimo entonces, que este cuarto pedimento sobre la sanción moratoria contenida en la Ley 52 del 75 debió no ser absuelta a la entidad, y condenarse a dicho rubro.

Y por último, Señora Juez y Honorables Magistrados, con relación a la sanción moratoria por falta de consignación a tiempo de las cesantías de la demandante debo traer alusión el concepto 186441 de 2017 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en donde hace un estudio juicioso sobre este pedimento que tiene que ver entonces con la indemnización de que trata la Ley 224 del 95. No es más, muchas gracias."

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante HERCILIA SANCHEZ PARRA, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 73 a 76, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 68 a 73, aspirando de manera principal, a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el día 16 de febrero de 1998 hasta el 1° de junio del 2014, en consecuencia, solicita se condene a la demandada a reconocer y pagar: las diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta y las pagadas a la demandante bajo la denominación administrativa Operario de Servicios Generales, denominación funcional Auxiliar Operativo en el Área de Costura y Confección Código 5150 grado III-A, trabajo suplementario, recargos dominicales y festivos, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios legal, compensación en dinero de las vacaciones, afiliación y pago de cotizaciones al sistema de seguridad social integral (salud, pensiones, riesgos laborales, caja de compensación familiar), devolución del importe pagado por salud, pensión y riesgos profesionales, devolución indexada de la totalidad de los descuentos realizados por retención en la fuente de los años 1998 al 2014, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, indemnización extralegal por el despido injusto, indemnización del artículo 1° del Decreto 797 de 1949 por no pagar las prestaciones sociales, indemnización de la Ley 224 de 1975, 1071 de 2006 y Ley 50 de 1990 artículo 50, por no haber afiliado ni consignado al fondo correspondiente, sanción moratoria por falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías, indemnización por el no pago de aportes a la seguridad social y parafiscales en los últimos tres meses, así mismo solicita se ordene emitir la correspondiente certificación laboral por todo el tiempo laborado, se declare todo beneficio convencional derivado de la convención colectiva de trabajo, derechos *ultra y extra petita,* costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto accedió parcialmente a las condenas impetradas, tras considerar que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo del 16 de febrero de 1998 al 1° de junio del 2014, en virtud del cual la demandante en calidad de trabajadora oficial era beneficiaria de la convención colectiva, por lo que se condenó a las prebendas que encontró establecidas en dicha convención (auxilio de transporte, auxilio de alimentación, auxilio de cesantías, compensación de vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad), absolviendo de las que

no se encuentran en el texto convencional, al igual que absolvió de las peticiones que se fundan en normas no aplicables en razón de su calidad de trabajadora oficial, accedió a la indemnización moratoria por haber encontrado mala fe en el actuar de la demandada, condenó a la devolución del porcentaje que debía asumir el empleador en el pago de aportes a salud y pensión, y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción en relación con los derechos causados con anterioridad al 1° de junio del 2011.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por las partes en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

En esa dirección sea lo primero advertir, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, consignando la Sala y dada la controversia que se presenta, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que lo configura es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De ésta manera, se examinará inicialmente la forma en que la demandante ejecutó su actividad, durante el periodo en que se prolongó la vinculación contractual, en el lapso comprendido del **16 de febrero de 1998 al 1° de junio del 2014**, conforme se constata con las certificaciones visibles a folios 28 y 29 a 34, y la copia algunos de los contratos visibles a folios 37 a 51, destacando la declaración de los extremos no fue objeto de apelación por ninguna de las partes.

Ciertamente, desde el punto de vista formal la relación jurídica entre la demandante y el Hospital Meissen II Nivel ahora Subred Integrada de servicios de salud Sur ESE sede Meissen, se circunscribió a la celebración de varios contratos de "Prestación de Servicios", los cuales, como se indicó anteriormente, militan a folios 37 a 51, sin embargo, lo allí plasmado puede desvanecerse dada la continua dependencia laboral, es decir dejar sin efecto la presunción del inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, si la demandante acredita las características esenciales del contrato de trabajo.

Ahora, sobre la realidad como se prestaba el servicio de la demandante a favor del Hospital Meissen II nivel ahora Subred Integrada de servicios de salud Sur ESE sede Meissen, se recibieron en primera instancia las declaraciones de LUCELY QUINTERO MARQUEZ[3] y ANA LORENZA ANDRADRE ROMAÑA[4], quienes manifestaron haber prestado sus servicios para esa entidad durante la época en que la actora también estuvo allí, coincidiendo los deponentes en afirmar que la demandante se desempeñaba como auxiliar de confección, cargo en el cual se encargaba de cortar y doblar telas, confeccionar uniformes y batas, y todo lo relacionado con la confección, labor que desarrollaba en un horario rotativo 7am a 1pm, 1pm a 7pm y 7am a 7pm, el cual era supervisado a través del registro que se llevaba en un libro que se encontraba en poder del guarda de seguridad del hospital, de igual forma, indicaron que la actora recibía órdenes directas de los Jefes del área de ropa hospitalaria y servicios generales nombrando a los señores Johana Barbosa, James Ravelo, Mónica Rodriguez y Nadia Yuraqui, quienes diseñaban la programación de turnos mensuales para todo el personal del área de confección, así mismo indicaban la cantidad de uniformes a confeccionar y las directrices para su elaboración, también refirieron las deponentes que la demandante portaba un carnet del hospital, que todos los implementos tales como telas, insumos y máquinas de confección eran de propiedad de la demandada, así mismo indicaron que la función de confección siempre ha sido permanente en la demandada y nunca se ha dejado de laborar, precisando el taller de confección se encontraba en el área de lavandería.

Así pues, las declaraciones vertidas por los testigos merecen plena credibilidad a la Sala de decisión pues obsérvese, en el caso de autos las declarantes, conocen por percepción directa los hechos discutidos -pues trabajaron con la demandante-,

[3] Cd. fl. 211, audio 2, record: 24:22
[4] Cd. fl. 211, audio 2, record: 45:59

la realidad en la ejecución del vínculo, dando cuenta de que evidentemente la accionante estaba sujeta a órdenes, así como al cumplimiento de un horario fijado por el Hospital Meissen, aspectos que constituyen *"elementos indicativos de la subordinación laboral"*[5]*,* y que excluyen el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo.

Igualmente queda claro con estas declaraciones que la demandante debía permanecer en las instalaciones de la demandada, pues justamente su función era la de confección de todas las prendas hospitalarias con los elementos que ésta le suministraba, imponiéndose entonces contratar personal idóneo para el efecto, bajo las directrices del artículo 1° de la Ley 6 de 1945 y no conforme a contratos prestación de servicios regulados por el artículo 3 de Ley 80 de 1993, desvaneciendo de ésta forma la presunción legal que de la norma podría haberse inferido.

Aunado a lo anterior téngase en cuenta conforme a la prueba documental obrante en el plenario la actora en efecto se desempeñaba en el cargo de Auxiliar de Confección de Ropa Hospitalaria, así dan cuenta las certificaciones de folios 28 a 34, como también la misiva de folio 35 en donde se informa del cambio de turnos en el área de confección y también en los contratos de "prestación de servicios" donde se indica que fue contratada como "*Auxiliar Ropa Hospitalaria – Confección"* (Ver por ejemplo fls. 37 y 46).

Así, la verdadera relación jurídica contradice lo que informan los contratos suscritos entre la demandante y el Hospital Meissen II nivel ahora Subred Integrada de servicios de salud Sur E.S.E. sede Meissen, por lo cual, estos no opacan la realidad de lo vivido entre las mismas.

Todo lo anterior, permite entonces concluir que la vinculación jurídica que existió entre las partes, en la realidad, estuvo regida por un contrato de trabajo, la cual se ejecutó desde el 16 de febrero de 1998 al 1° de junio del 2014, precisando, de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 17 de 1997 el HOSPITAL DE MEISSEN II NIVEL se transformó en Empresa Social del Estado, entendida ésta como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Distrital, dotada de Personería Jurídica, Patrimonio Propio y Autonomía Administrativa, adscrita a

[5] *Ver radicado 22357 Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral*

la Secretaría Distrital de Salud y de conformidad con el artículo 17 del Decreto 1876 de 1994[6], se hace remisión al Decreto 1298 de 1994 que en el parágrafo del artículo 674 señala: *"Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*"

En este orden de ideas es factible extraer válidamente las siguientes conclusiones: i) la demandada es una empresa social del estado; ii) en virtud de lo anterior, por regla general todos sus servidores ostentan la condición de empleados públicos, vinculados mediante una relación legal y reglamentaria y no mediante contrato de trabajo; iii) las excepciones a la categoría de empleado público, corresponden a los servidores que desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, caso en el cual se consideran trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo; iv) por constituir una excepción a la regla general, la condición de trabajador oficial debe demostrarse suficientemente por quién la afirma.

En esta dirección aduce la accionante en el libelo introductor haberse desempeñado al servicio de la accionada como **"OPERARIO DE SERVICIOS GENERALES EN EL AREA DE CONFECCIÓN"** (fl. 68 hecho No. 3), advirtiéndose conforme se constata con la Resolución 012 del 20 de enero de 2012 (fl. 184) la denominación del cargo desempeñado por la actora es de "*Auxiliar de servicios generales – Operario Servicios Generales Código 5150 Grado III A*", pues en este se encuentra entre otras como función la de "*Recibir y realizar el conteo de las telas que le sean entregadas para el corte y confección de prendas hospitalarias",* labores que en efecto desarrolló la actora.

Precisando la Sala frente a este punto la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia con Radicado No. 36668 del 29 de junio del 2011, explicó cuáles son las actividades que comprenden el mantenimiento de la planta física de los hospitales y de servicios generales, así:

> *"(…) Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina,* ***ropería****, lavandería,* ***costur****a, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas,*

[6] "*Las personas que se vinculen a una Empresa Social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, en los términos establecidos en el artículo 674 del Decreto-ley 1298 de 1994"*

> *en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.”.* (Subraya y negrillas fuera de texto)

Razón por la cual es claro que ostentó la calidad de trabajadora oficial, tal como así fue definido en sentencia de primera instancia, por lo que no son de recibo las manifestaciones de la alzada según las cuales la relación entre las partes estuvo regida por contratos de prestación de servicios, pues lo cierto es que de las pruebas recaudadas se encuentra acreditado que en la realidad se presentó una relación laboral regida por un contrato de trabajo y por ende contrario a lo afirmado en la alzada si resultan procedentes las condenas impuestas relacionadas con el auxilio de transporte, auxilio de alimentación, auxilio de cesantías, compensación de vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad, sin que hayan sido discutidas las cuantías de las condenas en la apelación de la accionada.

Así las cosas, determinada la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados, inicia la Sala con el estudio de la procedencia de las pretensiones a las cuales no se accedió y que fueron objeto de apelación por la parte demandante, siendo menester memorar que la falladora de primera instancia declaro que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva, sin que dicha declaración hubiese sido reprochada por las partes en la alzada.

Frente a la **prima de antigüedad**, advierte la Sala que revisado en su integridad el texto convencional aportado al plenario (fls. 144 a 160) no se encuentra dicho concepto, además el Acuerdo 8 de 1985 solo es aplicable a los empleados públicos que se desempeñen en las distintas series, clases y grados de empleos del Concejo de Bogotá, Personería, Contraloría, Tesorería, Alcaldía Mayor, Secretarías y Departamentos Administrativos y en el presente asunto es claro que la demandante ostentó fue la calidad de trabajadora oficial de una Empresa Social del Estado.

En cuanto a la **indemnización por despido sin justa causa**, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 40, 43 y 51[7] del Decreto 2127 de 1945 como quiera

---

[7] Artículo 40. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses...”*

*Artículo 43. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, **se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses**, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo...”.*

que se trata de una trabajadora oficial, advirtiendo el contrato tuvo como fecha de inicio el 16 de febrero de 1998, éste fue objeto de prórrogas cada seis meses, por lo que el último contrato debió tener lugar entre el 16 de febrero y el 16 de agosto del 2014, lo cual nos llevaría a concluir que para el 1° de junio del 2014 (*extremo final del contrato aquí declarado*) aún faltaban 76 días para cumplirse el plazo presuntivo.

No obstante lo anterior, se tiene que revisado el material probatorio no se logra establecer que la desvinculación de la accionante se hubiera dado por la decisión arbitraria y unilateral de la E.S.E o si fue por una decisión voluntaria de la demandante, pues no obra en el acervo probatorio recolectado demostración de la razón de la terminación del contrato de trabajo, tan solo los dichos de las testigos en cuanto refieren que la accionante tuvo inconvenientes con personal del área de confección, no obstante nada indican si fue decisión de la demandada o de la actora la finalización del vínculo, precisándose para la procedencia de ésta condena, era necesario que se demostrara el hecho del despido, por manera que al no probarse de manera certera el modo de la terminación del vínculo, no se puede acceder a su reconocimiento; carga que le correspondía a la parte actora tal y como lo ha expuesto en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 01 de noviembre de 2011, 06 de marzo de 2012 y 24 de julio de 2013, Rads. 36572, 42167 y 34260, por hacer mención de algunas.

En igual sentido, es necesario indicar que la cláusula 7 de la Convención Colectiva 2007-2011 (fl. 146 vto) establece dicha sanción en caso de terminación del vínculo laboral de forma unilateral sin justa causa comprobada y por supresión del cargo, situaciones que igualmente no fueron acreditadas en autos, por lo que se confirma la decisión sobre tal tópico.

En lo que tiene que ver, con la condena por la **Indemnización por no consignación de cesantías**, es importante señalar su improcedencia, destacando frente a este aspecto, que la calidad de trabajador oficial de la actora, impide la aplicación de la sanción contenida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, aunado que en la convención no se encuentra indemnización por dicho concepto, (Sobre

---

Artículo 51. "*Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo…".*

el punto ver sentencias con radicaciones Nos. 42772[8] del 15 de febrero del 2011, 43833[9] del 2 de octubre del 2013 y 45390 del 8 de febrero del 2017[10]).

Por otro lado, respecto de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 del 2006 "*Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995*" sobre las que se pide su aplicación, se advierte al apelante éstas hacen referencia es a la mora en que se incurre cuando se solicita la liquidación de las cesantías de manera parcial o definitiva y no se expide la resolución correspondiente, aunado a que si bien el artículo 5 de la Ley 1071 del 2006 refiere la existencia de una mora esta se contabiliza a partir de la fecha en que queda en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, lo cual ni siquiera ocurrió dentro del presente proceso pues no existe un acto administrativo que dé lugar a la aplicación de tal mora, precisándose dicha situación contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 del 2006 no es la que se estudia en autos donde se solicita es una sanción por la no afiliación y consignación del auxilio de cesantías.

De otra parte, frente a las pretensiones de **intereses a las cesantías con su respectiva sanción** baste con señalar la ley no las prevé como prestaciones a favor de los trabajadores oficiales, de suerte que se descarta el derecho al pago de la pretendida pretensión dado que no existe disposición legal alguna que prevea su reconocimiento, además respecto de los intereses a las cesantías el art. 33 del Decreto 3118/1968, modificado por el 3 de la L. 41/1975, los consagra a cargo del Fondo Nacional del Ahorro.

Sobre el punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 26605 del 18 de octubre de 2006, sostuvo:

> *"… En relación con esta pretensión ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación en el sentido de que no existe norma legal que disponga este derecho*

---

[8] "*…de otro lado, la Ley 50 de 1990, en esta materia, no es aplicable al sector oficial, dado que ella, en materia de cesantías, modificó fue al Código Sustantivo del Trabajo y no a las disposiciones que regulan el tema en el sector de los trabajadores oficiales."*

[9] *"...es una súplica abiertamente improcedente, pues dicha norma se aplica a los trabajadores del sector privado y al demandante se le reconoció la calidad de trabajador oficial."*

[10] *"Por lo mismo, no hay lugar a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que por demás se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, lo que hace impertinente esta pretensión."*

> *para los trabajadores oficiales, esto por cuanto el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, en la forma como fue modificado por el artículo 3 de la Ley 41 de 1975, consagra esa prestación, pero a cargo del Fondo Nacional del Ahorro (Sentencia de mayo 17 de 2004, Rad. 22357), por consiguiente se absuelve por esta reclamación".*

Por lo tanto, no hay lugar a acceder tampoco a las referidas pretensiones.

De otra parte, en lo que tiene que ver con el recurso de apelación presentado por la entidad demandada y más concretamente respecto de la condena a la **devolución de aportes al sistema de seguridad social (salud y pensión)**, como quiera que se está declarando la existencia de una relación laboral, dentro de la cual era responsabilidad del empleador el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social, sobre el salario que debía devengar la demandante, por tratarse de una trabajadora vinculada a través de un contrato de trabajo, procede la condena a la devolución del valor de los aportes en el porcentaje que correspondía al empleador para cada anualidad durante la cual se desarrolló la relación laboral conforme a los salarios determinados por el Juez *a quo*, confirmándose en este punto el fallo recurrido.

Así mismo, solicita la apoderada de la traída a juicio, revocar la decisión en lo atinente a la condena por **indemnización moratoria** establecida en el Decreto 797 de 1949 por lo que debe indicarse, esta procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe, incluso para cuando se trate de trabajadores oficiales, conforme lo cita la Sala de Casación Laboral en la extinguida Sección Segunda, Sentencia Nov. 20 de 1990[11], estudio que abordará la Sala a renglón seguido.

---

[11] *"(...) será el patrono oficial quien deba demostrar así mismo su buena fe para liberarse de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 cuando deje de pagar, dentro del plazo fijado en la norma, los salarios, prestaciones e indemnizaciones que haya quedado debiendo al trabajador a la finalización del contrato. Precisando el punto para el sector oficial la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral en sentencia de 23 de Septiembre de 1982 se pronunció así:*

"Tiene razón el censor, en principio, puesto que el tribunal hizo al parecer una aplicación automática de la norma sancionatoria (Decreto 797 de 1949), ya que no se detuvo a examinar la conducta de la demandada, como era de rigor dentro de un recto entendimiento de la ley (...). Mas no puede olvidarse que de acuerdo

Bajo la premisa anterior, a juicio de la Sala la conducta del Hospital Meissen II nivel, durante la ejecución del contrato, no puede considerarse como demostrativo de buena fe, pues nótese que en el caso de marras quedó acreditada la prestación del servicio a favor de la encartada por 16 años tiempo durante el cual se trató de enmascarar la relación sostenida con la suscripción de contratos de prestación de servicios, aunado a ello, durante el trámite procesal se negó la existencia del vínculo, hecho que como se ha venido reiterando a lo largo de esta providencia quedo desvirtuado con los medios probatorios, por lo que se mantendrá la decisión del Juez *a quo* en lo correspondiente.

Finalmente, en lo que atañe a la condena en **costas procesales** las cuales incluyen las agencias en derecho respecto de las que solicita la encartada se absuelva, resulta pertinente recordar, el legislador nacional ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 366 del C.G.P en su numeral 1º, sin consideración a su intención o la razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio, o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, tarifando para ello, los valores y porcentajes que la parte que es vencida en juicio debe asumir, razón por la cual no son de recibo los argumentos de la pasiva, en lo atinente a las costas, iterando que las mismas surgen de las resultas del proceso.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, y conforme a las motivaciones precedentes se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

---

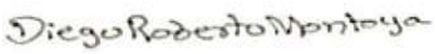
con esa misma jurisprudencia, la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento o la mora" (G.J. No. 2410, pág. 953)".

RESUELVE

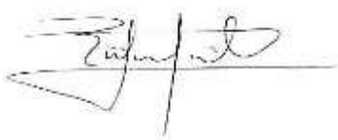
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del circuito de Bogotá, conforme a las consideraciones expuestas**.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

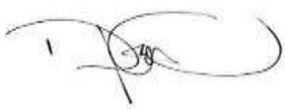
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YEBELY ANDREA ALVARADO PINZÓN CONTRA EL FRUTO S.A.S (RAD. 08 2019 00219 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes presentaran los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de enero de 2020 (Cd. fl. 203, record: 14:40, acta a folio 205 y vto.), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada EL FRUTOS S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora Yebely Andrea Alvarado Pinzón.*
>
> ***SEGUNDO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, **ENVIAR** el presente asunto al honorable tribunal superior de Bogotá Sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante.*
>
> ***TERCERO:** Sin condena en costas."*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, señalando, la documental aportada al expediente fue la única que pudo obtener la demandante, la cual, a su juicio, constituyen indicios de la

existencia de la relación laboral, la cual no fue desvirtuada por la llamada a juicio[1] (Cd. fl. 203, record: 15:05, acta a folio 205 y vto.).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante YEBELY ANDREA ALVARADO PINZÓN las pretensiones visibles a folios 4 a 6, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 2 a 4, encaminadas de manera principal a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de noviembre al 19 de noviembre de 2014, el cual no terminó en debida forma, sino de manera unilateral y sin justa causa; así mismo, que la encartada no canceló salarios, aportes al sistema integral de seguridad social, acreencias laborales y vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral. En consecuencia, se condene a EL FRUTO S.A.S a pagar a su favor los salarios, prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, de manera proporcional al tiempo laborado, junto con la indemnización por despido sin justa causa y las sanciones previstas en el artículo 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50 de 1990, todo debidamente indexado, y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable**, por cuanto, se absolvió a la sociedad demandada de las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que no se logró demostrar la existencia un contrato de trabajo entre las partes, particularmente dada la ausencia de prueba de la prestación personal del servicio a favor de la pasiva.

---

[1] *"En este estrado interpongo recurso de apelación en contra de esta sentencia, toda vez que este apoderado judicial cree que la documental aportada al expediente, que fue la única que pudo obtener la demandante da plenos indicios que hubo una relación laboral.*
Más allá que la demandada nunca compareció al estrado judicial, lo tuvo que hacer, como lo manda la ley por curador ad litem el cual no pudo demostrar lo contrario, razón por la cual, su señoría, considero y lo pongo presente a los honorables magistrados que para este apoderado judicial se tiene unos elementos del artículo 23 del código sustantivo del trabajo, el cual trae los elementos esenciales del contrato de trabajo. En ese orden de ideas solicito sea revocada la sentencia. Muchas gracias"

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales, y de allí se desprendan las garantías propias como el salario y prestaciones sociales.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre YEBELY ANDREA ALVARADO PINZÓN como trabajadora y la sociedad EL FRUTO S.A.S como empleador, existió contrato de trabajo, vigente entre el 4 y el 19 de noviembre de 2014, advirtiendo, el juez de primera instancia no halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes.

Así pues, para continuarse con el estudio que se propone ante esta Corporación, es preciso analizar uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, la prestación personal del servicio; en esa dirección, corresponde en primer lugar definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada; sin embargo, en el caso bajo estudio, tenemos que una vez revisado el expediente se evidenció que no obra prueba alguna dentro del plenario que permita a esta Sala determinar que, tal como lo afirma la actora, entre las partes se configuró una relación laboral de la que pudiera derivarse el reconocimiento de las acreencias laborales pretendidas.

En ese orden, se tiene que con la demanda sólo se incorporó copia de un documento denominado "*contrato de trabajo a término indefinido"* presuntamente celebrado entre la señora ALVARADO PINZÓN y la sociedad convocada a la litis, el 4 de noviembre de 2014 (folios 22 a 25), mismo que no cuenta con la rúbrica del contratante, advirtiendo, de conformidad con lo enunciado por la misma demandante en el hecho 21 de la demanda (folio 3) su empleador "*NUNCA quiso suscribir el contrato de trabajo",* por lo que tal documento, pese a su denominación, no resulta suficiente para acreditar la prestación personal de la demandante a favor de la pasiva; en todo caso, tampoco es posible inferir que este haya surgido como consecuencia del acuerdo de voluntades entre las partes. Adicionalmente, a los autos se allegó

copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES (folios 26 a 29), en el que constan los periodos aportados por los diferentes empleadores a favor de la convocante de la acción en la cual ninguna referencia se hace a la demandada y que, contrario a lo referido en la alzada, en manera alguna constituye un indicio de que la convocante prestó sus servicios a favor de la convocado a juicio, mediante un contrato de trabajo.

Además de los documentos mencionados, ningún otro medio probatorio contemplado en la legislación procesal fue peticionado en el examine, quedando huérfano de prueba la convocante de la acción.

Del mismo modo, se advierte, la encartada fue integrada al proceso a través de curador *ad litem*, dada la imposibilidad de surtir la notificación personal de este extremo procesal, auxiliar de la justicia que se limitó a dar respuesta al escrito genitor y no aportó elementos probatorios al cartapacio procesal. En este punto es importante anotar, aunque al contestar la demanda, la curadora indicó ser ciertos los hechos 1, 2 y 3, que en su orden se refieren a la suscripción del contrato de trabajo, al cargo desempeñado por la demandante y el salario devengado (folio 2), no puede perderse de vista que a dicha profesional le está prohibido confesar por ser esa institución una ficción legal cuanto actúa en representación del ausente, como simple auxiliar de la justicia, es decir, no se acreditan los presupuestos del artículo 191 del C.G.P. y aun en gracia de la discusión, solo refiere a lo que le consta en el documento formal que reposa en las diligencias, sin que se advierta que en la realidad ello corresponda a una efectiva prestación personal del servicio.

Así las cosas, la afirmación de la demandante frente a la existencia de un contrato trabajo vigente entre el 9 y el 14 de noviembre de 2014, no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, ni tan siquiera indiciaria, advirtiendo, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena contra la pasiva, tal y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

> *"No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le*

> *basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo.* ***Esta presunción como las demás de su estirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado****. Este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado….****”.*

En consonancia con lo expuesto, es claro que la actora no cumplió con su carga probatoria, pues se itera, en autos ni siquiera pudo acreditarse la prestación personal del servicio en el lapso reclamado desde el libelo introductor siendo esta una falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la parte demandante, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"* lo que conlleva a la absolución de la traída a juicio.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos objetos de apelación, como quiera que se arriba a la misma conclusión absolutoria hallada por la falladora de primer grado, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTA D.C.
SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SANDRA PATRICIA CASTIBLANCO CHACÓN CONTRA CARLOS ALFONSO CHACON RINCÓN (RAD. 08 2018 00259 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandante (folios 60 a 64), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de febrero de 2020 (CD a folio 54, record 12:04, acta a folio 56), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** al demandado CARLOS ALFONSO CHACÓN RINCÓN de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la señora SANDRA PATRICIA CASTIBLANCO CHACÓN en consideración a la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:** En caso de no ser apelada la presente decisión remítase al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el GRADO JUSRIDICCIONAL DE CONSULTA en favor de la demandante.*
>
> ***TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS** en esta instancia"*

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a todas las pretensiones del libelo introductor.

En sustento de ello, indica, dentro del material probatorio se aportó una certificación expedida por el empleador la cual da cuenta de los extremos temporales de la relación laboral que existió entre las partes y que no fue tachado por la pasiva, recordando el valor probatorio que debe darse a tales legajos conforme lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, en las que se dejó sentado que debe tenerse como un hecho cierto el contenido que se exprese en cualquier constancia sobre temas relacionados con el contrato de trabajo.

Adicionalmente, indica, de las demás pruebas, y particularmente del interrogatorio de parte realizado a la demandante, se pueden determinar los extremos de la relación laboral, el horario, el salario devengado, la subordinación y la casual de terminación.

Destaca del interrogatorio absuelto por el demandado el reconocimiento que hizo del lugar de trabajo, la propiedad sobre los elementos de trabajo y la reiteración de que allí se prestaban servicios y trabajaban en pedidos. Asimismo, con relación a los testigos, dice, estas fueron reconocidas como compañeras de trabajo de la actora y aunque se refirieron al trabajo a destajo, esta no es una forma de contrato sino una forma de pago, destacando de sus dichos la afirmación respecto a las instrucciones sobre el trabajo, que eran dadas por Carlos, y la duración del contrato que Nelsy afirma fue hasta el 2018[1]

---

[1] *"Encontrándome en el momento procesal pertinente procedo a interponer y sustentar a la vez recurso de apelación en contra de la decisión que se ha dado a conocer por parte del despacho en forma antecedente fundamentado en las siguientes consideraciones de orden fáctico y legal:*

Dentro del exiguo material probatorio que forma parte del plenario encontramos una certificación expedida por el empleador la cual da cuenta de los extremos procesales de la relación laboral que se sostuvo, de cargo y de los que supuestamente se le reconocían y pagaban empleada en este caso mi representada, repito que esa certificación no fue tachada en momento alguno del proceso y adicionalmente frente a esa circunstancia tengo que señalar lo siguiente. ¿Cuál es el valor probatorio de los certificados? los hechos expresados en los certificados deben reputarse como ciertos a menos que en este caso acredite contundente mente que lo registrado en esas constancias no se adhiere a la verdad.

Así lo afirmó la sala laboral de la corte suprema de justicia luego de recordar que en múltiples pronunciamientos de esa corporación a lo largo del tiempo se ha sostenido que el juez laboral debe tener como hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia sobre temas relacionados en el contrato de trabajo, ya sea sobre el tiempo de servicios, el salario o sobre cualquier otro tema. En efecto el alto tribunal indicó que no es usual que una persona falte a la verdad y no de razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial.

Por esa razón la carga de probar en contra de lo que certifique el propio deponente corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda que para destruir el hecho admitido documentalmente el juez debe acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias presuntamente falsas, además, el demandado no suministró ningún elemento de persuasión encaminado a desmentir lo consignado en la constancia de marras. Es un fallo de la corte suprema de justicia Sala laboral en sentencia SL- 6621- 2017- 493461 de mayo 3 del 2017.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante SANDRA PATRICIA CASTIBLANCO CHACÓN, en el presente ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda a folio 15 vuelto, las cuales encontraron sustento en los hechos narrados a folio 15, aspirando se declare que entre las partes se celebró un contrato individual de trabajo en forma verbal, para desarrollar el cargo de operaria, devengado un salario de $50.000 pesos diarios, el cual estuvo vigente hasta el 28 de marzo de 2018 cuando terminó sin justa causa. Igualmente, se declare que el empleador nunca la afilió al sistema integral de seguridad social ni canceló prestaciones sociales. En consecuencia, se condene al demandado a reconocer y pagar a su favor las cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicio, compensación de las vacaciones, aportes a pensión causados entre el 15 de enero de 2000 y el 28 de marzo de 2018, junto con la indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa de su contrato, la sanción moratoria, la indexación, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo Sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, pues se absolvió de todas las pretensiones

---

Adicionalmente a eso debo señalar que no es solamente la certificación a la que se hace alusión en la sustentación de este recurso sino que en las pruebas que se ordenaron de oficio por parte del despacho, exactamente en el interrogatorio de parte efectuado a mi representada por parte del despacho, las afirmaciones son contundentes en cuanto a los extremos de la relación laboral, el horario en el cual se surtió el salario devengado, la subordinación y la causal de terminación que para este caso se dio frente a la relación laboral, ahora, el interrogatorio de parte efectuado a la parte demandada es bien cierto y es de destacar que reconoció el lugar de trabajo donde se llevaban a cabo las actividades laborales reconoció además que no todos los elementos de trabajo existentes allí eran de su propiedad, pero eso sí, algunos, señala reiteradamente que las personas que estaban allí prestaban el servicio y trabajaban en pedidos que realizaban las señoras.

Ahora, frente a los testigos que hace la señora Jenny, reconoce que estaban con compañeras de trabajo que hacían el trabajo supuestamente a destajo, que eso o es una forma de contrato sino una forma de pago en materia laboral, el pago se hacía a diario y sobre todo, la subordinación que echa de menos el despacho en este proceso está sustentado en una afirmación de las señora Jenny en donde preguntaba por el despacho o interrogaba por el mismo, afirma contundente mente que las instrucciones para su trabajo las recibía del señor CARLOS, esa relación que ella mantuvo no la señala interrumpida en ningún momento sino que se siguió por el termino de 6 meses. La señora Nelsy afirma contundentemente que la relación con ella se mantuvo hasta 2018.

Con esta razones dejo sustentado el recurso de apelación en contra de la decisión tomada por el despacho para el honorable tribunal superior de distrito judicial sala laboral para que en el momento en que vaya a tomar la decisión que en derecho corresponda proceda a revocar totalmente la decisión dada a conocer por el despacho y en cambio declare la absoluta prosperidad de todas y cada una de las pretensiones presentes en el escrito introductorio. Muchas gracias su señoría."

incoadas, tras considerar la Juez *a quo,* si bien se probó por parte de la actora la prestación personal del servicio en favor de la demandada, lo cual la hizo beneficiaria de la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T., conforme la prueba testimonial recaudada en el proceso, se había logrado desvirtuar tal presunción pues se comprobó que la demandante no estaba sujeta a horario, era autónoma en la realización de las tareas, no recibía igual remuneración, la prestación personal no fue continua, tampoco recibía órdenes o directrices.

Pues bien, en los juicios del trabajo, tal como lo asentó la juez de primera instancia, resulta primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, en razón a que esta resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales. Así, una vez acreditados los extremos temporales del vínculo y los salarios devengados, sería posible realizar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si la relación que existió entre la señora SANDRA PATRICIA CASTIBLANCO CHACÓN y CARLOS ALFONSO CHACÓN RINCON estuvo regida por un contrato de trabajo, como lo aduce la parte demandante, o si por el contrario, no lo estuvo, lo que pasa a dilucidarse. Debe memorarse, lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Así pues, para continuarse con el estudio que se propone ante esta Corporación, debe advertirse, la Juez *a quo* encontró acreditada la prestación personal del servicio por parte de la accionante como uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, circunstancia que no se discute en esta instancia. En esa dirección, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí en contienda, correspondiendo por tanto a la parte demandada desvirtuar su

existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[2].

En tal sentido, atendiendo a los argumentos de la parte actora en su alzada, procede la Sala con el estudio del acervo probatorio vertido autos, a efectos de determinar conforme a la presunción legal de que trata el artículo 24 del C.S.T., si se corrobora en la relación vivida entre las partes la mediación de la subordinación en virtud de la presunción citada o si por lo contrario se desvanece.

De tal modo, se tiene que como prueba documental se incorporó al plenario certificación suscrita por CARLOS ALFONSO CHACÓN RINCON el 2 de diciembre de 2014, con membrete de "*KALIFA SPORT CONFECCIONES"* en la que consta lo siguiente (folio 8)

> "*Que la Sra. SANDRA PATRICIA CASTIBLANCO CHACÓN, identificada con cédula de ciudadanía N° 52.695.969 de Bogotá, quien labora en la Empresa desde el 15 de enero de 2000 a la fecha desempeñándose como operaria, devengando un salario mensual de $1.500.000"*

Reposa, igualmente, matrícula mercantil expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 9 y 10), la cual da cuenta que CARLOS ALFONSO CHACON, es propietario del establecimiento de comercio denominado KALIFA SPORT CONFECCIONES, registrado el 12 de marzo de 2004.

De otra parte, se tiene que las partes absolvieron interrogatorio de parte, así:

La demandante[3] aseguró que duró trabajando para el demandado, quien es su tío, 20 años, desde enero de 2000 hasta marzo de 2018, manejando una máquina fileteadora en un taller que él tiene ubicado en la Carrera 17B 187-90, tercer piso,

---

[2] *"El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).*

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

[3] Cd folio 50, récord 10:16.

que es donde vive el suegro del demandado. Indicó su función era hacer parte de la prenda, su pago era quincenal y ganaba según lo que se hiciera en el día.

Por su parte, el demandado[4] refirió que SANDRA es su sobrina y enfáticamente aseguró no haber tenido relación laboral alguna con la demandante, advirtiendo, ella si trabajaba en la empresa familiar de confecciones de ropa, pero iba algunas horas en el día, pero no tenía una meta de producción, no había problema si no iba y no existía nada fijo para vender pues se hace sobre pedido.

De la prueba testimonial se extrae la siguiente sinopsis:

JENNY ALEXANDRA PINILLA CASTAÑEDA[5], quien aseguró ser cuñada del demandando, sabe que SANDRA es la sobrina de CARLOS CHACON, pero también indicó que fueron compañeras de trabajo en varias oportunidades en el taller del señor CARLOS donde se confeccionaba ropa interior, enfatizando, ella (la testigo) entraba y salía constantemente. Comentó, en el taller no se cumplen horarios y no hay una meta de producción, el trabajo es a destajo, según lo que se haga, indicó, las directrices las daba don Carlos. No recuerda las fechas en que trabajó con la demandante, pero insiste en que fueron varias veces, desconoce cuánto era el salario devengado por la demandante y la fecha en que se retiró. Manifestó no pasaba nada cuando no iba, no se efectuaban llamados de atención.

A su turno, NELSY CRISTINA GARZÓN DAZA[6], refirió haber sido compañera de trabajo de la demandante a quien conoció en el año 2006 cuando ingresó a trabajar en el taller de CARLOS CHACON, sabe que SANDRA es sobrina del demandado. Relató Sandra y ella cocían, trabajaban por ratos, no sabe que horario tenía Sandra pues algunas veces se encontraban y otras no. Indicó ella trabajo hasta el 2018 cuando se fue por diferencias con CARLOS CHACON. Mencionó que se pagaba según lo que se hacía, no tenían un horario, nunca se le efectuó un llamado de atención, podían ir cuando quisieran pues el pago dependía de lo que hiciera, así que si no iba, no recibía nada. Comentó, cuando Sandra no iba podía entregarse lo que ella estaba haciendo a otra persona y si no era urgente, se podía dejar la producción ahí hasta que regresara.

[4] Cd folio 50, récord 14:58
[5] Cd folio 50, récord 22:38
[6] CD folio 50, récord 29:12.

En ese orden, del material probatorio descrito en precedencia, se tiene que efectivamente la demandante prestó sus servicios a favor de CARLOS ALFONSO CHACÓN RINCÓN, razón por la cual pasa la Sala a verificar si la encartada logra desvanecer la presunción legal que cobija a la actora.

Memora la Sala, de acuerdo con el contenido del literal b) del artículo 24 del C. S. del T. el elemento de subordinación, propio del contrato de trabajo y que lo diferencia de otras modalidades contractuales que suponen la prestación de servicios a cambio de una remuneración, se traduce en la facultad del empleador de exigir de sus trabajadores el cumplimiento de órdenes respecto de la cantidad, modo o tiempo de trabajo; así como la imposición de reglamentos, sanciones, entre otras, siendo deber del trabajador acatar esos ordenamientos.

Al respecto, ha considerado la Sala que, para identificar o descartar la concurrencia de ese elemento diferenciador de las vinculaciones laborales, deben tenerse en cuenta las características propias de la relación entre las partes, acudir a los indicios que suelen dar importantes luces y en general analizar si en la realidad los contratantes se comportaban como empleador y trabajador.

Así pues, pese a que en el asunto de autos, a primera vista pudiera considerarse que se daban órdenes o indicaciones a la demandante para la ejecución de su actividad que corroborarían la presunción del artículo 24 del C. S. del T., no puede pasarse por alto que un examen más atento del material probatorio recaudado, estudiado en conjunto, conduce a una conclusión diferente.

En tal sentido, debe precisar inicialmente la Sala, las declaraciones testimoniales rendidas en la primera instancia por JENNY ALEXANDRA y NELSY CRISTINA ofrecen razones credibilidad dado que compartían con la demandante un mismo espacio de labores y ejecutaban actividades similares a las de la actora y bajo las mismas condiciones, además de que sus versiones fueron espontáneas y versaron únicamente sobre los hechos que les consta directamente.

De acuerdo con sus relatos, dada la ausencia de horario, podían o no presentarse a laborar, incluso, refieren que a veces no se encontraban o coincidían en el taller, lo que permite entrever la autonomía de la demandante y la intermitencia en la ejecución de la labor.

En cuanto tiene que ver con la imposición de órdenes es posible concluir que si bien la testigo JENNY ALEXANDRA PINILLA expresó que se daban instrucciones, para la Sala estas eran indicaciones para la buena marcha del taller y el cumplimiento de los pedidos de terceros, mas no una verdadera subordinación; al respecto resultan significativas las declaraciones según las cuales el ausentismo al lugar de labores no generaba llamados de atención, lo que deja vislumbrar que no se ejecutó el poder disciplinario que le asiste al empleador y que pudiera desplegar ante tales situaciones.

Es importante anotar, aunque en la certificación de folio 8 se dejó dicho que SANDRA laboraba en la empresa KALIFA SPORT CONFECCIONES, el cual como se advirtió corresponde a un establecimiento de comercio de propiedad del demandado, lo cierto es que lo allí consignado no guarda consonancia con las demás pruebas estudiadas, pues nótese que la demandante no devengaba un valor fijo mensual sino que sus ingresos dependían de la producción realizada en el día que decidiera concurrir a prestar sus servicios, además, llama la atención de la Sala, el establecimiento se registró el 12 de marzo de 2004 (folio 9 y 10), empero la certificación menciona que la actora labora en la “empresa” desde el 15 de enero de 2000, lo que no resulta plausible ante la inexistencia del mismo para esa calenda.

En este orden de ideas, conforme a la prueba recaudada tanto documental como testimonial, es claro que el accionado logró desvirtuar el elemento de subordinación requerido para que se configure un verdadero contrato de trabajo, desvaneciendo la presunción que cobijaba a la actora, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutó la actividad.

De esta manera, se itera si bien hubo una prestación personal del servicio por parte de la promotora del litigio, lo cierto es que dicha prestación personal de servicio se dio con plena autonomía, sin que pueda darse aplicación a la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T., pues en suma, lo que se desprende en la realidad vista en autos es que el elemento subordinación se desvaneció conforme el análisis íntegro de las pruebas que se realizó, derivando de esta manera la inaplicabilidad de la presunción en comento.

Agotada como está la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, de acuerdo con lo explicado en precedencia, se impone la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de 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 la Juez 8 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA LUCIA HUERTAS DE SARMIENTO CONTRA BEL-STAR S.A. (RAD. 08 2017 00638 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 196, 197 y 199 a 202), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 23 de septiembre de 2019 (Cd. fl. 187, record: 25:01 y acta a folio 188), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada BELISTARS S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora ANA LUCIA HUERTAS DE SARMIENTO, conforme a lo considerado.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de contrato de trabajo, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos.*
>
> ***TERCERO: ENVIAR** el presente asunto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá de D.C., Sala Laboral, para que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta si la sentencia no es recurrida por la demandante.*
>
> ***CUARTO: SIN CONDENA** en **COSTAS**."*

Inconforme con la decisión la apoderada del extremo accionante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en todas sus partes la decisión proferida por el despacho de primer grado y se concedan las pretensiones

solicitadas, manifestando existe un precedente en el Tribunal en el que ya se concedieron las pretensiones en un mismo caso similar, y se solicita que se continúe con la misma línea jurisprudencial, porque si bien es cierto, se alude que no existe una relación laboral, ello no es cierto, en atención a que la demandante presto sus servicios de manera personal y directa, lo cual se probó en el plenario, precisando existía un horario que era impuesto y no voluntario, y tenía unos jefes inmediatos, los cuales sirvieron de testigos quienes son profesionales y cuentan con una capacitación para referir circunstancias que pueden convencer y llegar hasta ser creíbles.

Asegura que la presunción jamás fue desvirtuada, en tanto la demandante es una persona natural que jamás ha ejercido funciones comerciales, su función siempre ha sido la de juez sensorial, por lo tanto, su relación no podría ser comercial, igualmente señala que la subordinación estuvo demostrada y la prestación personal más que demostrada fue admitida por el representante legal, indicando no existir autonomía porque los parámetros fueron entregados por Bel Start, considerando que autonomía, hubiese sido, donde a la actora se le hubiera entregado una carta en blanco y ella pudiera enunciar ahí lo que ella percibía de esos productos.

Por otro lado afirma, la prestación si fue continua atendiendo el pago mensual que se hacía en AV VILLAS, por lo que asegura que si se le hacía un pago mensual, como podía no tener un horario o no tener una continuidad, situación que solicita se revise, en razón a que en la primera instancia no se tuvo en cuenta.[1] (Cd. fl. 187, record: 25:28)

---

[1] "Señora Juez, con todo respeto me permito interponer el recurso de apelación en los siguientes términos:

Solicito al Honorable Tribunal, revoque en todas sus partes la decisión proferida por el despacho y conceda las pretensiones solicitadas aquí.

En razón a que existe un precedente del Honorable Tribunal en el que ya se concedieron las pretensiones en un mismo caso similar, y se solicita que se continúe con la misma línea jurisprudencial, por qué, porque si bien es cierto, se alude el despacho de que no existe una relación laboral, no es cierto, por qué, porque la demandante presto sus servicios de manera personal, de manera directa y eso se probó durante todo el plenario.

Aquí se equivoca el despacho, cuando valora las pruebas, es más, se denota como la parte demandada engaña al despacho cuando disfraza la relación laboral, con un supuesto voluntariado, disposición que acoge el despacho, donde indica que todos los días asistía la demandante, y ella desarrollaba sus funciones con un horario determinado, el horario era impuesto no era voluntario, y tenía unos jefes inmediatos, los cuales sirvieron aquí de testigos que fueron tachados de falsos, y sin embargo, el despacho no lo reviso, como parece en el coro de una canción, en todos los procesos, y sin embargo, el Honorable Tribunal, ya ha

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, en el presente ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de reforma de la demanda a folios 149 a 151, las cuales encontraron sustento en los hechos narrados a folios 152 y 153, aspirando a que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de octubre del 2007 al 21 de octubre del 2014, el cual terminó unilateralmente y sin justa causa por parte de BEL STAR S.A., en consecuencia se condene al pago del reajuste del salario al mínimo vital, auxilio cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de las cesantías, aportes a seguridad social en pensiones, indexación de los valores dejados de pagar, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo Sentencia de Primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas por la accionante, tras considerar que si bien existió una prestación personal a favor de BEL STAR, la presunción que de esta derivó fue derruida por la demandada, ya que la actividad desarrollada por la demandante fue ejecutada bajo su autodeterminación sin ninguna sujeción a la demandada, precisando que

---

revisado esas circunstancias, y por eso, ha derrotado ponencias en este mismo caso y ha concedido las pretensiones.
Es de anotar que los testigos son profesionales y que cuentan con una capacitación con la cual, pues pueden referir circunstancias que pueden convencer y llegar hasta ser creíbles.

La presunción jamás aquí fue desvirtuada, indica el despacho que lo que existe es una relación comercial o algo así similar, situación que no es cierto, porque ella es una persona natural que jamás ha ejercido funciones comerciales, es más, su función siempre ha sido juez sensorial, por lo tanto, su relación no podría ser comercial. Subordinación estuvo demostrada, la prestación personal, más que demostrada fue admitida por el representante legal, no había autonomía, la autonomía que señala el despacho no es cierta, porque los parámetros fueron entregados por Bel Start, autonomía, hubiese sido, donde a ella se le hubiera entrega una carta en blanco y ella pudiera enunciar ahí lo que ella percibía de esos productos.

Su prestación si fue continua, situación en la cual fue engañado el despacho, pues aquí jamás resolvió el presente despacho, el tema del pago mensual que se hacía en AV VILLAS, entonces pues si se le hacía un pago mensual, como podía no tener un horario o no tener una continuidad, situación que queda para decisión del Honorable Tribunal, que se revise en razón de que aquí no se tuvo en cuenta.

El contrato realidad si existió en este proceso, por lo tanto, solicito al Honorable Tribunal, que en aplicación del artículo 23 y del artículo 24 del CST, se concedan las pretensiones de la demanda, y se revoque la decisión y que se continúe con la línea jurisprudencial que se ha mantenido en el Tribunal y que ha revocado las decisiones de primera instancia. Gracias."

el servicio no fue continuo pues las pruebas de fragancias se efectuaban de acuerdo a la necesidad del producto, aunado a que las personas convocadas como jueces sensoriales decidían si acudir o no a la prueba olfativa.

Así las cosas, ha de recordase en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si la relación que existió entre la señora ANA LUCIA HUERTAS DE SARMIENTO y la sociedad BEL STAR S.A., estuvo regida por un contrato de trabajo, como lo aduce la parte demandante o si por el contrario, no lo estuvo, aspecto que pasará a dilucidarse, debiendo en todo caso recordarse, lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Por manera que, para continuarse con el estudio que se propone ante ésta Corporación, debe advertirse, la Juez *a quo* encontró acreditada la prestación personal del servicio por parte de la accionante como uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, circunstancia que no fue objeto de apelación. En esa dirección, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí en contienda, correspondiendo por tanto a la parte demandada desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[2].

---

[2] *"El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).*

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la

Pues bien, atendiendo a los argumentos de la alzada, procede la Sala con el estudio del acervo probatorio vertido autos, a efectos de determinar conforme a la presunción legal de que trata el artículo 24 del C.S.T., si se corrobora en la relación vivida entre las partes la mediación de la subordinación en virtud de la presunción citada o si por lo contrario se desvanece.

En ese orden, se aportaron como pruebas documentales relevantes para resolver la litis:

- Estados de cuenta bancaria de la demandante (fls. 25 a 38).

- Cuentas de cobro (fls. 39 a 47).

- Certificado de Capacitación en evaluación sensorial de Fragancias dado a la actora dado por Belcorp (fl. 48).

- Registro fotográfico (fls. 50 a 54).

- Carta de compromiso y consentimiento informado suscrito por la actora como Juez sensorial entrenado en fragancias (fls. 125 y 126).

De igual manera se encuentran los interrogatorios de parte absueltos por el representante legal de la encartada y por la demandante (Cd. fl. 184 records: 8:01 y 32:51), como también los testimonios de los señores Lilia Yurany Marta Calvo (Cd. fl. 184, record: 1:09:08), Alcira Leguizamo Mora (Cd. fl. 184, record: 1:28:18), Edwin Miguel Chávez Camacho (Cd. fl. 184, record: 1:55:33) y Diana Consuelo García Ramírez (Cd. fl. 184, record: 2:38:34).

Así las cosas, debe precisarse si bien las testigos LILIA YURANY MARTA CALVO y ALCIRA LEGUIZAMO MORA, en sus declaraciones informaron haber conocido a la demandante por haber sido también jueces sensoriales en Bel Star S.A., manifestando que la actora debía asistir todos los días al laboratorio en un horario de 8am a 3pm, para hacer pruebas de olfato a fragancias, portando una

---

carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

bata y un gorro para la realización de tales pruebas, asegurando que los jefes que tenían eran los químicos del laboratorio quienes les entregaban las hojas para realizar la evaluación y que no podían ausentarse del lugar en el que se evaluaban las respectivas fragancias, evaluación en donde aseguran ya se encontraban los criterios, escalas y parámetros en los cuales se debía medir la intensidad del olor de la respectiva fragancia, lo cierto es que dichas afirmaciones no merecen credibilidad a esta Sala de decisión por cuanto se mostraron parcializadas y con el ánimo de favorecer a la actora, nótese como por ejemplo la testigo Lilia Yurany refiere saber con exactitud que la actora ingreso a prestar sus servicios a favor de la accionada el 1° de febrero del 2007, no obstante cuando se le pregunta por el fecha de su ingreso refiere no acordarse, es decir, recuerda con precisión hechos de un tercero y no los propios situación que le resta credibilidad a su dicho y en cuanto a la deponente Leguizamo Mora ésta manifestó en su declaración desconocer las circunstancias en que fue contratada la actora, los motivos de su desvinculación y no dio explicación del porque sabía que la demandante debía ir todos los días a "*trabajar",* pues inicialmente manifestó que la empresa las llamaba y que luego ello cambio, no obstante no sabe cuál fue ese cambio ni cuando ocurrió.

Aunado a lo anterior se tiene que las afirmaciones de éstas deponentes, fueron desvanecidas con la restante testimonial recaudada *–Edwin Miguel Chávez Camacho y Diana Consuelo García Ramírez-* quienes fueron contestes en expresar que la demandante si bien prestó el servicio para la accionada como Juez Sensorial, la misma conformaba un panel de evaluación de fragancias, por lo que tanto ella como los demás jueces hacían una evaluación de sensibilidad de olores conforme a su percepción la cual derivaba de la capacidad olfativa de cada persona, evaluación que era plasmaba en unos formatos prestablecidos por la demanda donde ya se encontraban descritos diversos criterios de evaluación los cuales debían ser marcados de acuerdo a lo que percibiera cada juez en su olfato.

Así mismo señalaron estos deponentes que los horarios eran de acuerdo a la disponibilidad de pruebas que existieran, refiriendo que en un día se podían evaluar hasta 5 fragancias con intermedios de hora y media, como habían días, semanas o meses en que no se efectuaban, advirtiendo las pruebas eran

realizadas con los jueces que tuvieran la disponibilidad de tiempo para ello, pues se les hacía llamados telefónicos indicándoles los días en que se iba a realizar la evaluación y cada quien decidía si podía ir o no, expresando que si llegara a faltar algún juez no ocurría nada pues se podía realizar la prueba con 12 de ellos y de no estar tal número se suspendía y se hacía en otro momento la prueba olfativa de esa fragancia, asegurando por tal actividad se daba a cada juez un incentivo económico en aras de que siguieran efectuando las evaluaciones sensitivas, no obstante refirieron los declarantes era cada juez quien decidía si dejar o no el programa, igualmente indicaron que no siempre se convocaba o llamaba a los mismos jueces sino que se rotaba entre todos los capacitados para ello.

Por otro lado manifestaron no haber conocido procesos disciplinarios en contra de la actora, ni llamados de atención, precisando que los Jueces Sensoriales disponían de su tiempo pues eran ellos quienes decidían si ir o no y también en los lapsos entre la finalización de una prueba y el inicio de otra podían hacer cualquier otra actividad -leer, ver televisión, salir del laboratorio- sin que hubiese represalias por ello.

En este punto, es menester precisar, la prueba testimonial a excepción de la de las señoras LILIA YURANY MARTA CALVO y ALCIRA LEGUIZAMO MORA cuya versión no genera convicción para esta Sala de decisión en tanto como ya se dijo varias de sus manifestaciones se hicieron con el ánimo de favorecer a la actora, goza de plena credibilidad por parte de esta Sala de decisión, dado que los testimonios fueron claros, fluidos y espontáneos, narrando circunstancias precisas de sus dichos, por lo que tal prueba será valorada bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador *(artículo 61 del C.P.L.),* sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables.

De esta forma y como bien se mencionó en efecto existió una prestación personal del servicio por parte de la accionante a favor de la pasiva, no obstante se advierte que la presunción legal que de ésta prestación emana, tal como se señaló en primera instancia fue desvanecida por la traída a juicio, pues con las pruebas del proceso (documentales y testimoniales) se puede establecer con

claridad que la relación vivida entre las partes no estuvo regida por un contrato de índole laboral, en tanto en las actividades como Juez Sensorial desarrolladas por la actora en las diversas pruebas de fragancias efectuadas por BEL STAR S.A., no se evidenció la mediación de subordinación, conclusión que se arriba, en atención a la ausencia de hechos demostrativos de impartición de órdenes, llamados de atención o directrices respecto de la ejecución de la labor en la detección de alguna propiedad olfativa en las fragancias puestas como prueba para su medición, aunado a que la prestación del servicio de la actora si fue intermitente pues solo se realizaba en las fechas en que existiera programación para la toma de pruebas, siendo autónoma la demandante para desarrollar sus actividades a favor de terceros cuando no había pruebas programadas, ya que como se vio era llamada vía telefónica para realizar tal evaluación sensorial y esta podía aceptar o no, sin que el hecho de la accionante debía desempeñar su función dentro del horario asignado por la demandada para la práctica de las pruebas de olfato, implique el encubrimiento de un ilegal fraude para camuflar una vinculación laboral subordinada con el propósito de evadir las consecuencias de la misma.

Sobre este punto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que "*a pesar de ser el cumplimiento de un horario de trabajo, un indicativo de la subordinación, tal hecho no hace concluir forzosamente la existencia de la subordinación cuando del análisis de otros medios probatorios el juzgador deduce que, en realidad, existió una prestación de servicios personales de carácter independiente y autónoma (CSJ SL8434-2014; CSJ SL14481-2014).*" Sentencia SL11661 del 5 de agosto del 2015.

En la misma dirección, tampoco se advierte subordinación a causa del uso de batas con distintivos de BEL STAR ni del formato establecido por la accionada para indicar o marcar los criterios de evaluación, pues conforme a los dichos de los testigos tales elementos de higiene eran suministrados en aras de que la muestra no se contaminara y en cuanto a la elaboración del formulario de evaluación por parte de la accionada, tal hecho no luce desacertado pues la demandada debía velar por que la prueba se realizara de manera impecable y sin ningún margen de error, basándose en estándares científicos y de calidad, pues

se trataba de productos que se iban a comercializar a la población, por ende debía ser rigurosa en cuanto a la calidad del mismo.

Ahora en lo que tiene que ver con los estados de cuenta del banco AV VILLAS se tiene que de los mismos no se puede extraer que los abonos de dinero que allí se evidencian fueran realizados por la accionada, pues ni tan siquiera el nombre de la accionada aparece en los mismos tan solo se nombra "*crédito trans ACH de F …"*

Nótese igualmente que la restante prueba documental (cuentas de cobro, registros fotográficos y certificado de capacitación) solamente acreditan la prestación del servicio, entendida ésta como la ejecución de una labor determinada, lo que por si solo no genera un vínculo laboral.

Así las cosas, como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, en el caso de marras, la traída a juicio logró desvanecer la presunción del artículo 24 del C.S.T., pues conforme lo dicho, en la realidad lo que pudo existir fue un contrato de prestación de servicios, precisando en este punto, que dicho tipo de contratación no exige para su validez, formalidades tales como la escritura, *(artículo 1495 del Código Civil y articulo 824 del Código de Comercio)*, y en este orden de ideas resultan suficientes las motivaciones expuestas para confirmar la decisión de primer grado, en cuanto a que se absuelve a la demandada de las pretensiones incoadas.

Finalmente, es de advertir, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política, situación que no se presenta en autos.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en ésta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

RAFAEL MORENO VARGAS **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROSALBA VALERO AREVALO CONTRA ALBERTO ARROYAVE RESTREPO Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, trámite al que se vinculó a EDWIN ENRIQUE NUÑEZ VALERO, CLAUDIA YINETH NUÑEZ VALERO Y LUIS ALBERTO NUÑEZ VALERO (RAD. 08 2014 00593 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, representada legamente por JOHANNA ANDREA SANDOVAL como apoderada principal, conforme la escritura pública N° 3390 del 4 de septiembre de 2019 (folio 158 a 161), y a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como sustituta, de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poderes incorporados a las diligencias (folios 157 a 162) según corresponda.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 145 a 151) y COLPENSIONES (folios 152 a 156), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 4 de febrero de 2020 (Cd a folio 140, récord 28:30, acta a folios 142 y vto.), en la que resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ y el demandado ALBERTO ARROYAVE RESTREPO existió un contrato de trabajo cuya vigencia se estableció entre el 1 de diciembre de 1993 y el primero de enero de 1994 y se fijó una remuneración correspondiente a la suma de $100.000 mensuales.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** al demandado, señor ALBERTO ARROYAVE RESTREPO al pago de los aportes pensionales en favor del LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ por los días 31 de diciembre de 1993 y el primero de enero de 1994, junto con los respectivos intereses de mora con base en el salario mensual de $100.000 y con destino a COLPENSIONES, previo cálculo actuarial que realice dicha entidad.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora ROSALBA VALERO AREVALO en consideración a la parte motiva de la presente providencia*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** probada la excepción propuesta por el apoderado de la demandada COLPENSIONES denominada como inexistencia del derecho y de la obligación, relevándose el despacho del estudio de los demás medios exceptivos propuestos.*
>
> ***QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, se remitirán las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de la parte actora.*
>
> ***SEXTO: Sin COSTAS** en esta instancia."*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, advirtiendo, la juez no tuvo en cuenta "*de manera completa y razonada"* las pruebas obrantes en el expediente.

En tal sentido, sostiene, si bien se logró acreditar la existencia de un contrato de trabajo entre LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ y ALBERTO ARROYAVE RESTREPO conforme la documental de folio 18, el interrogatorio de parte y los testimonios, no entiende como no se le dan los efectos allí contenidos, en el que se puede establecer la fecha de ingreso del trabajador el 1 de octubre de 1993, lo que no es consistente con lo declarado por la juez. Además, se refiere al reporte de semanas cotizadas que obra dentro del expediente en el que se encuentran las novedades registradas, advirtiendo, se puede tener una fecha diferente de afiliación a la registrada en la historia laboral -22 de febrero de 1994-.

Dice, con tales elementos están claramente acreditados los extremos temporales de la relación laboral que existió entre el 1 de octubre de 1993 y el 1 de junio de 1994, el cargo desempeñado y el salario devengado.

Por otra parte, de tenerse en cuenta las semanas que debió cotizar el empleador LUIS ALBERTO ARROYAVE RESTREPO a favor de su trabajador LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ, así como las certificadas y los periodos en mora se tiene que efectivamente el causante dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

En ese sentido, alude, LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ tiene más de 175 semanas al sistema general de pensiones, señalando, aunque la norma que debe regir es la que gobernó al momento del fallecimiento del causante, no es menos cierto que en este asunto podría darse la posibilidad de estudiar el principio de la condición más beneficiosa y mirar si el afiliado cumplió con los requisitos establecidos en la norma inmediatamente anterior, situación que estaría satisfecha si se consideran las semanas en mora por parte de su empleador con lo cual podría darse aplicación a los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990.

Reprocha de la sentencia recurrida, que la juez *a quo* no se detuvo a analizar si la demandante cumplía con los presupuestos para acceder a la prestación reclamada en atención al principio de la condición más beneficiosa.

En síntesis, considera, se deben analizar las dos normatividades bajo las cuales podría acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, revisando el material probatorio[1] (Cd a folio 140, récord 30:00, acta a folios 142 y vto.).

---

[1] *"Señora juez, obrando en mi condición de apoderado de la parte demandante, me permito interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de distrito judicial de Bogotá en sus sala de decisión laboral contra la sentencia anteriormente notificada en estrados, recurso que me permito sustentar en los siguientes términos:*
De conformidad con la fijación del litigio establecida por su honorable despacho, el tema se circunscribe a establecer dos aspectos, el primero establecer si entre el señor LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ y ALBERTO ARROYAVE existió un vínculo de trabajo comprendido entre el 1 de octubre de 1993 y el 1 de junio de 1994, y el segundo establecer si mi representada, señora ROSALBA VAELERO AREVALO es beneficiaria del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes solicitada.
Para resolver esas hipótesis planteadas por este procurador judicial es necesario descender al material probatorio obrante dentro del plenario en los siguientes términos: Respecto del primer punto en cuanto a la relación laboral existente LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ y el señor ALBERTO ARROYAVE RESTREPO considera este procurador judicial que el a quo al momento de proferir sus sentencia no tuvo en cuenta de manera completa y razonada las diferentes pruebas obrantes dentro del plenario conforme lo siguiente.

Si bien es cierto, se logró acreditar de acuerdo a la tesis del despacho que existió un contrato entre el señor LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ y el señor ALBERTO ARROYAVE RESTREPO conforme la documental que milita folio 18 del expediente y el interrogatorio del parte absuelto por mi representada y la prueba testimonial recepcionada en el presente proceso, considera este procurador judicial que no entiende la razón por la cual si se fundamenta la existencia de un vínculo laboral con esa prueba documental que considero fundamental porque es ni más ni menos que la declaratoria que hizo en su momento el empleador el 21 de febrero de 1994 cuando inscribió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y les puso de conocimiento la entrada de ese trabajador a su cargo.

No se entiende la razón por la cual a ese documento no se le dan los efectos que en él se contienen, es decir, que efectivamente si bien es cierto, considera este procurador judicial que no existe una duda que existe un vínculo laboral entre los citados señores, no es menos cierto que efectivamente se puede establecer con este documento donde claramente se establece fecha de ingreso del trabajador 1 de octubre de 1993, razón por la cual considera este procurador judicial que no se acompasa con lo analizado por la señora juez en el sentido que ordena establecer un vínculo laboral por el termino de 2 días, del 31 DE diciembre de 1993 al primero de enero de 1994, y máxime cuando si dentro de la documental obra dentro del plenario con el reporte de semanas cotizadas, historia tradicional que obra dentro del expediente, se encuentra claramente establecido en la relación de novedades registradas, aparece la afiliación, el numero patronal, la fecha de ingreso del trabajador en su condición de trabajador del señor LUIS ALBERTO ARROYAVE RESTREPO, claramente está la fecha de ingreso, razón por la cual si en gracia de discusión se estableciera que son se le da validez a lo que a su puño y letra indicó el empleador al momento de inscribir al trabajador al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES que aparece el 1 de octubre de 1993.

Conforme a esa documental, pues sin gracia de discusión debería se podría tener otra fecha de afiliación que no es la que establece una historia laboral del 22 de febrero de 1994, pero que efectivamente la señora juez al momento de analizar el tema de los extremos laborales no tuvo en cuenta el folio 18 en su contenido total y así mismo la historia laboral tradicional que se aportó en el proceso, tanto en el expediente administrativo con la demanda inicial, hechos estos que permiten establecer con claridad que dentro del proceso sí existen y si están demostrados los extremos laborales dentro de la relación laboral y es que entro a trabajar el primero de octubre de 1993 y se retiró con ese empleador el primero de junio de 1994 porque claro está, tal y como reposa en la historia laboral aparece cuando fue el retiro que hizo el empleador, que fue el primero de 1994, razón por la cual, con el respeto adecuado considera este procurador judicial que no se le dio el alcance judicial a los documentos en listados y como consecuencia de ello se arriba a una decisión que no concuerda con lo que se logra demostrar dentro del proceso.

En este primer aspecto en materia de inconformidad es establecer que efectivamente dentro del proceso sí se encuentra acreditado que existió el vínculo laboral del señor LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ respecto del señor ALBERTO ARROYAVE RESTREPO, que los extremos laborales de dicha relación laboral fueron del 1 de octubre de 1993 al 1 de junio de 1994, que el cargo que desempeñó ahí fue el de agregado, que el salario que reportó el empleador al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES fue de $100.000. Considera este procurador judicial y solicita al honorable que efectivamente se realice una nueva valoración de esta prueba documental obrante dentro del plenario para establecer las verdaderas fechas de los extremos laborales que rigieron ese vínculo laboral.

Ahora bien, superado ese estadio del proceso se puede establecer que si se tienen en cuenta las Semanas que debió cotizar el empleador, señor LUIS ALBRETO ARROYAVE RESTREPO respecto de su trabajador LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ claramente está establecido que a las semanas cotizadas que aparecen en la historia laboral obrante dentro del plenario y teniendo en cuenta las semanas en mora que omitió el empleador cancelar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES durante el termino de vinculación del trabajador, se tiene que efectivamente el causante sí dejó causado el derecho al reconocimiento a la pensión de sobrevivientes e los siguientes término:

Tal y como se demuestra en la historia laboral tradicional obrante en el plenario claramente queda establecido que si existe una afiliación, un retiro y una deuda por parte del empleador ALBERTO ARROYAVE respecto de su trabajador y al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en segundo lugar del periodo que se encuentra acreditado dentro del plenario y existió el vínculo laboral y las semanas que reposan en la historia laboral del causante se tiene que el señor LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ entre dichos interregnos tenía acreditada no las 138.42 semanas que establece el aquo sino tiene más de 175 semanas al sistema general de pensiones, y esto conlleva a establecer la siguiente hipótesis, que tal y como se solicitó en el libelo introductorio, el presente asunto, si bien se debe regir por la norma que gobernó al momento del fallecimiento del causante que no era otra que la ley 100 de 1993 que en su redacción original, no es menos cierto que en este asunto podría darse la posibilidad de estudiar un principio de la condición más beneficiosa y mirar si al afiliado cumplió con los requisitos establecidos de la noema inmediatamente anterior.

A todas luces se puede establecer que con las semanas que se encuentran en mora por parte de este empleador, el causante sí cumplió con las semanas exigidas en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ROSALBA VALERO AREVALO en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 2 y 3, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folio 4, encaminadas a que se declare que entre el señor LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ (QEPD) y ALBERTO ARROYAVE RESTREPO, existió un contrato de trabajo entre el 1 de octubre de 1993 y el 1 de junio de 1994, lapso durante el cual el empleador no efectuó aportes a pensión a favor del trabajador. De otra parte, pide se declare que cotizó para pensión al ISS un total de 172.8 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha de su fallecimiento y que en su condición de compañera permanente supérstite del causante, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 1 de agosto de 1994. En consecuencia, se condena a COLPENSIONES a pagar a su favor las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas desde el 1 de agosto de 1994, con los reajustes de ley y los intereses moratorios previstos en la Ley 100 de 1993, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones** por cuanto se declaró la existencia

---

decreto 758 del mismo año, esto, es en sus artículos 6 y 25 donde establece que el afiliado debió haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al estado de su invalidez o 300 semanas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez.
Recuérdese que el principio de la condición más beneficiosa es de rango constitucional, que ha venido desarrollando la honorable corte suprema de justicia en su sala de casación laboral y la honorable constitucional en donde han establecido la posibilidad que si el causante no cumple con los requisitos establecido en la normatividad que se encuentra vigente al momento del fallecimiento puede ser beneficiario que se le aplique la norma inmediatamente anterior siempre y cuando cumpla con dichos requisitos, es por ello que en este punto el a quo tampoco se preocupó por establecer si con base en ese principio de la condición más beneficiosa podía adquirir o no el derecho al reconocimiento y pago de esa pensión de sobrevivientes, razón por la cual considera este procurador judicial que mi representada con las semanas que se encuentran en mora por parte del empleador ALBERTO ARROYAVE RESTREPO y que debió cotizar en su momento al señor LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ, efectivamente deja causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor a su beneficiaria que es la que hoy acude ante la instancia judicial para reclamar su justo derecho.
En este punto considera este procurador judicial que se deben analizar de manera pormenorizada las dos normatividades bajo las cuales puede acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes mi representada, es por ello que solicito se revise el material probatorio obrante dentro del plenario, se vuelva a realizar un estudio acucioso respecto del material probatorio, de las normatividades que son aplicables al caso bajo estudio, jurisprudencia que hay por parte de la honorable corte suprema de justicia en su sala de casación laboral y como consecuencia de ello se pueda establecer si mi representada cumple o no con los requisitos para acceder a su pensión de sobrevivientes en los términos peticionados en la demanda.
En estos términos como su señoría dejo presentado y sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias"

de un contrato de trabajo entre LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ y ALBERTO ARROYAVE RESTREPO, pero entre el 1 de diciembre de 1993 y el 1 de enero de 1994, fijándose como remuneración la suma de $100.000, condenando a ALBERTO ARROYAVE a efectuar el pago de los aportes pensionales correspondientes a la vigencia del contrato, junto con los intereses de mora, previo cálculo efectuado por COLPENSIONES, y se absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, lo anterior tras considerar la juez *a quo,* aunque se encontraba acreditada la prestación personal del servicio del causante a favor de ALBERTO ARROYAVE, no se tenía certeza respecto de los extremos temporales de dicho vínculo por lo que en aplicación del criterio de aproximación expuesto por la Corte Suprema de Justicia, y considerando que era claro que el señor LUIS ENRIQUE NUÑEZ laboró en los años de 1993 y 1994 al servicio de ALBERTO ARROYAVE, debían tomarse el último día de 1993 y el primero de 1994 como extremos de la relación, fijando como salario el establecido en el formulario de afiliación al sistema pensional.

Con relación a la pensión de sobrevivientes, consideró, atendiendo que el fallecimiento se produjo en agosto de 1994 (folio 12), le era aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, disposición que, atendiendo la calidad de afiliado no cotizante del causante, exigía la acreditación de 26 semanas en el año inmediatamente anterior al deceso, presupuesto que no halló satisfecho por cuanto sólo contaba con 0.28 semanas, por lo que no se había causado la prestación.

Así las cosas, la primera controversia que se trae a los estrados, se circunscribe en determinar si entre LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ y ALBERTO ARROYAVE, existió una relación de carácter laboral regida por un contrato de trabajo entre el 1 de octubre de 1993 y el 1 de junio de 1994, aspecto que pasará a dilucidarse.

Advierte la Sala, en el caso de marras no se discute la prestación personal del servicio de LUIS ENRIQUE NUÑEZ en favor de ALBERTO ARROYAVE, pues fue una conclusión a la que arribó la juez de primer grado no controvertida en esta instancia, señalando, la inconformidad de la recurrente versa únicamente respecto a los extremos temporales fijados por la juzgadora *a quo*, pues, a su juicio, en el plenario están acreditadas las fechas de inicio y terminación del contrato relacionadas en el escrito introductor.

A efectos de corroborar si la parte actora cumplió con su carga probatoria, aborda la Sala el estudio de los medios de convicción aportados al plenario, precisando desde ahora que la documental incorporada ofrece certeza a esta Sala de decisión de la temporalidad en que tuvo lugar el contrato de trabajo deprecado, como lo refiere el recurrente, aspecto que pasa a explicarse.

En el trámite se recibió el interrogatorio de parte absuelto por ROSALBA VALERO AREVALO[2], quien frente al tema del contrato de trabajo que aquí se discute señaló, LUIS ENRIQUE NUÑEZ trabajó como mayordomo en la finca la Argentina, vereda San Juan, de propiedad de ALBERTO ARROYAVE entre el 1 de octubre de 1993 y el 1 de junio de 1994. Refirió, los dos (la demandante y su compañero) se fueron a administrar la finca y vivían allá. Comenta, el 1 de junio de 1994 se retiraron porque había muchos trabajadores y estos tomaban demasiado. Le consta que hubo afiliación porque fueron los 3 (la pareja y el patrono) al seguro social, allá se vincularon a salud y pensión.

Adicionalmente se recibieron los testimonios de CARMEN ROSA RICO HERNÁNDEZ[3], LUIS ANTONIO FARIAS GARCÍA[4] y JHON ANDRÉS PIRACON RICO[5], quienes, con relación a lo que al aspecto discutido interesa, indicaron lo siguiente:

CARMEN ROSA RICO, indicó el causante trabajaba en la Argentina, una finca, para el señor ARROYAVE. Dijo que LUIS ENRIQUE trabajó del 85 al 93, “algo así” sin embargo, también mencionó que en la finca estuvo como hasta dos meses antes del fallecimiento –el cual ocurrió el 1 de agosto de 1994-. Señaló, el señor NUÑEZ se salió de la finca porque había muchos conflictos de pareja, particularmente porque él tomaba mucho.

Por su parte, LUIS ANTONIO FARIAS GARCÍA, amigo del causante desde el año 1985, refirió que LUIS ENRIQUE NUÑEZ trabajó en el colegio Nuestra Señora de Lourdes hasta 1993, luego se fue a laborar a la finca de ALBERTO ARROYAVE denominada “La Argentina” y sabe que laboró allí como hasta el 94, tenía entendido que era el administrador o capataz de la finca, así como que la relación laboral terminó por cuestiones de trago; que el jefe del causante era el señor

[2] Cd folio 72, acta folio 74, récord 06:42.
[3] Cd folio 72, acta folio 74, récord 17:56.
[4] Cd folio 72, acta folio 74, récord 36:34.
[5] Cd folio 72, acta folio 74, récord 54:16.

ARROYAVE lo que le consta porque era él que le cancelaba el salario con lo que producía la finca.

A su turno, JHON ANDRES PIRACÓN RICO, indicó conoce a la demandante y al causante desde que tiene memoria y sabe que LUIS ENRIQUE trabajaba en la finca La Argentina de propiedad de ALBERTO ARROYAVE realizando labor como agregado, lo que sabe porque este último era muy conocido en el pueblo. Mencionó unos meses antes de su deceso salió de la finca; comentó, le consta que antes de trabajar en la finca trabajó en el colegio Lourdes.

Preliminarmente, con relación a las declaraciones recién reseñadas, en consideración de la Sala cuentan con plena credibilidad como quiera que estos devienen de personas que percibieron los hechos sobre los cuales declararon, de manera directa y personal, quienes se mostraron conocedores de circunstancias personales del mismo y fueron certeros en sus afirmaciones, dando cuenta de la relación laboral que ató al causante con el demandado ALBERTO ARROYAVE. Con relación a la versión de la demandante, aunque no le está dado fabricar su propia prueba y la valoración de su dicho se realiza con mayor rigurosidad, lo cierto es que su versión luce espontánea y es consistente con lo manifestado por los declarantes.

Además, se incorporó como prueba documental "aviso de entrada del trabajador" LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ, suscrita por ALBERTO ARROYAVE RESTREPO en calidad de patrono (folios 18 y 89) donde se evidencia la siguiente información: *"numero patronal:11110102409";* "*fecha de ingreso a la empresa: 1/10/1993", "cargo: Agregado", "remuneración mensual $100.000", "el patrono suministra: vivienda",* el cual tiene sello de radicación del ISS de fecha 22 de febrero de 1994.

Así mismo, reposa reporte de semanas cotizadas periodo 1967-1994 (folios 101 y 102), en el cual se detalla la relación de novedades registrada por empleador, donde, con relación al contratante ARROYAVE RESTREPO ALBERTO, con número de aportante 11110102409, se registra novedad de ingreso el "1994/02/22" y de retiro "1994/06/01"

Pues bien, de los testimonios sintetizados y la prueba documental analizada, tal como lo dejó sentando la juez de primer grado, la relación laboral tuvo lugar entre los años 1993 y 1994. Partiendo de dicha base, en lo concerniente al extremo

inicial, es claro que el formulario de afiliación de folios 18 y 89 constituye un indicio que permite entrever que, en efecto, la relación tuvo su origen el 1 de octubre de 1993, como se anotó en el contenido de dicho formulario que fue suscrito precisamente por quien ostenta la calidad de empleador –ALBERTO ARROYAVE- el cual no fue desconocido ni tachado, y que fue efectivamente radicado en el Instituto de Seguros Sociales en la fecha que fue figura impresa en el sello de recibido como se desprende de la historia laboral aportada por COLPENSIONES (folios 101 y 102).

En este punto no está demás precisar, aunque los reportes de pago de aportes pensionales o historias laborales no son el medio idóneo para acreditar la existencia de la relación laboral, particularmente, no pueden dar cuenta certera de la prestación personal del servicio con miras a establecer el tiempo de labores[6], si constituyen un indicio de la existencia de la relación laboral, máxime cuando la misma está soportada en otros medios de convicción, advirtiendo, en autos, tal como quedó analizado, ese aspecto ya está determinado en la medida en que no se discute la relación laboral, y bajo tal entendido, la afiliación al sistema general de pensiones realizado por quien ostentó la calidad de empleador, permite inferir que el contrato tuvo su génesis en la fecha allí indicada, esto es, el 1 de octubre de 1993.

Debe anotarse igualmente, aunque la historia laboral dice que la novedad de ingreso se registró el 22 de febrero de 1994, lo cierto es que según el documento de folio 89, dicha calenda corresponde a la de radicación de la afiliación ante el Instituto de Seguros Sociales, pero, en el mismo formulario, se anotó que el inicio de la relación fue el 1 de octubre de 1993 y será esta la considerada por la Sala por corresponder a la expresada por el empleador demandado al momento de suscribir el documento.

De otro lado, en lo que toca al extremo final, según el reporte de semanas de cotización tradicional del causante, se registró novedad de retiro el 1 de junio de

---

[6] Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 24313, reiterada en la SL15929-2017, en la cual indicó:

> *«[…]Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <…el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)».*

1994 por parte del empleador ARROYAVE RESTREPO ALBERTO, data que guarda correspondencia con la versión vertida por los testigos CARMEN ROSA HERNANDEZ y JHON ANDRES PIRACON RICO, quienes fueron consistentes en señalar que el contrato de trabajo finalizó poco antes del fallecimiento del *de cujus* -1 de agosto de 1994, folio 12-, específicamente la primera, manifestó que la terminación fue como dos meses antes del deceso que acaeció el 1 de agosto de 1994 (folio 12). En ese sentido, resulta razonable tomar como calenda final del contrato la registrada en la historia laboral de LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ, por ser la reportada por aquel que fungió como su patrono.

En consonancia con lo dilucidado, habrá de modificarse la sentencia de primer grado con relación a los extremos de la relación laboral que existió entre LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ y ALBERTO ARROYAVE RESTREPO, para establecer que la misma tuvo lugar entre el 1 de octubre de 1993 y el 1 de junio de 1994, por ende en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1993 y el 21 de febrero de 1994 el demandado ALBERTO ARROYAVE RESTREPO deberá pagar el cálculo actuarial que para el efecto elabore COLPENSIONES, el cual deberá ser recibido a entera satisfacción por esta última, atendiendo que durante dicho lapso NO EXISTIÓ AFILIACIÓN. Ahora, como quiera que entre el 22 de febrero al 1 de junio de 1994 la encartada –COLPENSIONES- acepta que hay un periodo en mora (folio 104) el ex empleador deberá efectuar el pago de los tales ciclos junto con el interés moratorio respectivo, pues en ese interregno **SÍ** hubo afiliación.

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación <u>NO</u>** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias disímiles para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los segundos, esto es, en los que se presenta <u>mora patronal</u>, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, en el primero, cuando <u>no hubo afiliación,</u> caso que se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción, (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de

Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182[7].

Dilucidado lo anterior, procede la Sala al análisis de la pensión de sobrevivientes pretendida.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ, falleció el 1 de agosto de 1994, conforme se señala en el registro civil de defunción visible a folio 12, como tampoco que se encontraba afiliado a COLPENSIONES.

Así las cosas, el problema jurídico, se circunscribe en determinar si la señora ROSALBA VALERO AREVALO, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ en calidad de compañera permanente.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante -1 de agosto de 1994, folio 12-, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan:

> *"**ARTÍCULO 46.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *(...)*
>
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*

---

[7] ***2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.***

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social." (Subrayas fuera de texto)

> *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 parágrafos del artículo 33 de la presente Ley."*

En dichos términos, para que haya lugar a la prestación pensional perseguida, el causante, previo a su fallecimiento, debió dejar acreditadas las condiciones contenidas en el numeral 2 de la norma aludida.

En tal sentido, se advierte de la historia laboral aportada por la demandada COLPENSIONES (folios 104 y 105), para la fecha del deceso -1 de agosto de 1994 (folio 12)-, el *de cujus* no se encontraba cotizando, lo que no se cumpliría aun cuando se tuviera en cuenta el periodo laborado por LUIS ENRIQUE NUÑEZ al servicio de ALBERTO ARROYAVE, pues según se analizó en apartes anteriores, la relación laboral estuvo vigente hasta el 1 de junio de 1994- por lo que, en autos debe verificarse que el afiliado (QEPD) haya cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior al que se produjo la muerte (entre el 1 de agosto de 1993 y el 1 de agosto de 1994)

Así, aunque conforme el reporte de semanas cotizadas en pensiones (folios 104 y 105) el demandante tiene 0 semanas cotizadas en dicho interregno, teniendo en cuenta el tiempo trabajado por el causante con ALBERTO ARROYAVE entre el 1 de octubre de 1993 y el 1 de junio de 1994 aquí declarado, el señor NUÑEZ CRUZ, acredita un total de 34,71 semanas en el año anterior a la muerte del afiliado, con los cuales se causa el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Debe tenerse en cuenta, dentro de las semanas antes indicadas se consideró el periodo comprendido entre el 22 de febrero y el 1 de junio de 1994, respecto de las cuales, a pesar de la afiliación del trabajador al entonces ISS por parte de su empleador, no se realizó pago alguno al sistema pensional, puntualizando, resulta claro que las cotizaciones se causaron y debieron ser realizadas por el contratante, sin que la ahora demandante, como beneficiaria del fallecido afiliado, pueda ver truncado su derecho pensional por el hecho de la mora en el pago de

las mismas, ello por cuanto tal situación de mora en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado o sus beneficiarios, y en ese entendido, tal periodo debía contabilizarse en la sumatoria total, a efecto de corroborar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder al derecho pensional.

Lo anterior debido a que además de la mora, se presenta también una actitud omisiva de la entidad de seguridad social en adelantar las respectivas gestiones de cobro, como quiera que no podrían atribuirse consecuencias negativas al afiliado ante la omisión de la entidad en tal sentido, e imponerse además, la carga de cobro al mismo, pues es a las entidades y no a los trabajadores a quienes, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 "*Corresponde adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador*". Al respecto puede consultarse la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia condensada en las sentencias con radicación 34202[8], 34270 de 2008, así como 31307 y 35477 de 2009, y más recientemente en sentencia proferida dentro de la radicación No. 43781[9] del 14 de agosto de 2013, SL-552 de 2013.

---

[8] "*Y es que si bien la Sala mayoritariamente, venía sosteniendo que los períodos laborados pero no cotizados por los empleadores para pensiones, no podían tenerse en cuenta, y era éste quien debía cubrir los riegos de IVM debido a la mora; tal posición jurisprudencial fue modificada, también por mayoría de sus miembros, a partir de la sentencia del 22 de julio de 2008 radicación 34270, que en esta oportunidad se reitera, en el sentido de considerar, que para establecer las consecuencias del incumplimiento del empleador, en el pago las cotizaciones al sistema, es preciso examinar las acciones desplegadas por la administradora de pensiones, para el recaudo efectivo de los correspondientes aportes, pues si ésta ha omitido hacerlas o ha sido negligente en las gestiones de cobro, es ella quien debe asumir el pago de la pensión.*"

[9] "*El censor controvierte el cómputo de las semanas realizado por el Tribunal y se centra en los siguientes puntos: i) que en el folio 8 están acreditadas 4,285 semanas que no fueron tenidas en cuenta; ii) que antes de 1994 y dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, se reportaron 86,857 semanas, con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., que tampoco fueron contabilizadas; iii) y que el examen correcto de los listados de periodos cotizados en el régimen subsidiado, determina un total de 411,428 semanas, "(...) pues ha de tenerse en cuenta que las fechas que se repiten son las del recaudo más no hace referencia a los meses cotizados, como en forma errada lo hizo el sentenciador de segunda instancia."*

Planteada la acusación en los referidos términos, la Sala observa, en primer lugar, que en el documento de folio 11 se encuentra reflejado un periodo de afiliación del actor con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994, que, efectivamente, no se replica en el resumen de periodos pagados del folio 13, y que determinaría un total de 608 días, como lo alega el censor.

Es cierto también que dicho periodo no fue asumido por el Tribunal en su cómputo y debió serlo, pues está incluido dentro de los 20 años anteriores a la fecha en la que el actor cumplió la edad de 60 años, esto es, en el periodo comprendido entre el 4 de enero de 1986 y el 4 de enero de 2006. Por otra parte, ni el Instituto de Seguros Sociales ni el Tribunal opusieron alguna razón jurídica válida para restarle efectividad a ese ciclo. Y aunque en el documento de folio 11 se registra la anotación de deuda, ello no impide que se tenga en cuenta como tiempo valido de cotización.

Ello por cuanto, además de la jurisprudencia citada en precedencia, en el evento de no realizar las gestiones de cobro respectivas por parte de la administradora de pensiones al empleador moroso, es a dicha entidad a quien corresponde asumir las prestaciones, de ésta manera lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 35777 del 25 de mayo de 2009 al indicar que, *"Las cotizaciones causadas, consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente"*[10].

Esta Sala de la Corte ha sostenido al respecto que las entidades de seguridad social tienen el deber de perseguir, a través de los mecanismos legales pertinentes, el pago de las cotizaciones de sus afiliados, so pena de que asuman la responsabilidad por el pago de las prestaciones, y que, "(…) para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobranzas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se de por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas." Sentencia del 22 de julio de 2008, Rad. 34270, reiterada en la del 21 de marzo de 2012, Rad. 38756.

En ese sentido, el Tribunal incurrió en el error de hecho denunciado por la censura, de no dar por demostrado, estándolo, que el actor cotizó como trabajador dependiente 608 días, entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994".

[10] *"Como en el presente caso no hay discusión en el sentido de que dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de los sesenta años de edad, sólo aparecen pagadas 104,5714 cotizaciones, y que fueron causadas otras 617.1419 semanas que no se han pagado, el juicio sobre la correcta aplicación del literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 al demandante, ha de resolver sobre cómo se armonizan las exigencias especiales para acceder al derecho, con la responsabilidad de la administradora en no haber gestionado el cobro de las cotizaciones en mora.*

El sistema de seguridad social es un conjunto normativo que se endereza, en lo que aquí nos concierne, a garantizar la "sostenibilidad" financiera del sistema, imponiendo a los aportantes contribuciones parafiscales, y a las administradoras su gestión integral, a partir del momento en que se causan las cotizaciones, sobre las cuales deben desplegar especial vigilancia, haciendo los requerimientos previstos en el Decreto 2663 de 1994, y emprendiendo las acciones de cobro, en cuya cabeza las radica la ley, además de otorgarles las herramientas idóneas, como el de revestir a sus certificaciones sobre la deuda por cotizaciones, intereses y multas, del valor de título ejecutivo, y para el I.S.S. de adelantar con él un juicio de jurisdicción coactiva.

El sistema ha de propender a la efectiva prestación de protección de la seguridad social, no solo contemplando aquel escenario en el que se cumplen cabalmente con todas las obligaciones, sino también cuando el sistema funcione anormalmente y no se sufraguen las cotizaciones causadas por hechos imputables al empleador o a la administradora; la decisión que se tome no puede resultar afectando a quien ha cumplido con lo suyo, al afiliado que generó un crédito a la administradora exigible al empleador, y sin dejar de tener en consideración la "sostenibilidad" financiera del sistema.

Las cotizaciones causadas consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el

cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente.

La clasificación y declaración formal de la deuda con la seguridad social como incobrable, se ha de cumplir de conformidad con el trámite reglamentario previsto en el Estatuto de Cobranzas, el Decreto 2665 de 1988, que en su artículo 73, dice:

3. Deudas irrecuperables o incobrables. Se considerarán incobrables, las deudas por aportes, intereses y multas que tengan un mora de 25 ciclos o superior, así como las demás deudas cuyo recaudo no hubiere sido posible lograr a pesar de la gestión de cobro adelantada, por insolvencia del deudor, liquidación definitiva o desaparecimiento de la empresa, o por cualquier otra causa similar, de conformidad con el informe rendido por el apoderado del ISS y la evaluación efectuada por el funcionario de cobranzas responsable. Las deudas irrecuperables o incobrables, deberán ser calificadas por el respectivo órgano directivo del ISS, previo concepto del Comité de Cobranzas de la respectiva Seccional o UPNE.

También se tendrán como deudas incobrables, las siguientes:

a). Las declaradas prescritas por funcionario competente;

b). Las que hubieren quedado pendientes de cancelar después de liquidada legalmente una empresa, o de haberse cumplido un Concordato, o terminado el proceso de quiebra, siempre y cuando que la empresa finalice sus actividades.

c). Por pérdida del proceso donde se pretendían hacer valer;

d). Por muerte o desaparecimiento de hecho del patrono, en los casos en que no opere la sustitución patronal, o no sea cobrable a los herederos o no haya lugar a la declaración de unidad de empresa, o por otra causa similar.

e). Las que por ley o reglamento sean tenidas como tales.

Se ha de indicar que las normas que regulan el proceso de recaudo contenidas en el Decreto 2665 de 1988 mantienen su vigencia, por la remisión que a ella hace el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, y puesto que si bien se han expedido reglamentos sobre afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.

La consecuencia de declarar unas cotizaciones como incobrables la define la misma perceptiva, en los primeros incisos del artículo 75:

ARTICULO 75. EFECTOS DE LA DECLARACION DE INCOBRABLE DE UNA DEUDA. No serán tenidas como cotizadas, ni se acumularán para efectos de las prestaciones propias de los Seguros Sociales, las semanas correspondientes a los períodos de mora y respecto a los cuales los valores se declararon incobrables.

Cuando una deuda haya sido calificada como "incobrable" por el respectivo órgano directivo del ISS, será descargada contablemente de la "estimación cotizaciones de difícil cobro" y de la "cotización facturada por cobrar".

Así, entonces, la Sala ha de precisar los alcances de su jurisprudencia sobre las consecuencia de la falta de diligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de cotizaciones, a falta de esa declaración las cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones del afiliado, de diferente manera según el riesgo o de la prestación de que se trate.

Para la pensión de vejez las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su inexistencia.

El reconocimiento que se hace respecto de quien no se ha efectuado el pago completo de las cotizaciones, no puede tener el mismo carácter del que se hace respecto al que el cubrimiento de los aportes fue total. Por ello se acude para la efectiva realización del equilibrio financiero del sistema, a que ese reconocimiento se haga

Habiéndose encontrado satisfechos los presupuestos contenidos en la Ley 100 de 1993, inocuo resulta verificar la procedencia de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la cual es importante mencionar, constituyó una situación nueva no pedida en la demanda ni discutida en el trámite del proceso.

Verificada la causación del derecho, es del caso entonces determinar si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivencia, en virtud del régimen legal aplicable.

En ese orden, según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

Ahora bien, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, era de 2 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación en sentencia SL1730 de 2020[11], señalando que la lectura de la

---

de manera provisional, invocando de manera analógica la figura prevista en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, que impone a las administradoras del régimen de ahorro individual dicho reconocimiento provisional, en los eventos de incumplimiento del plazo para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión o cuando el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones de la administradora.

No obstante la precisión doctrinara anterior, en el presente caso el cargo no puede salir avante, pues se advierte que no hubo manifestación de la entidad demandada recurrente en el sentido de formular un alcance de la impugnación subsidiario, para que la condena al pago de la prestación de vejez le hubiera sido impuesta en forma provisional".

[11] *"Lo que discute en casación la censura, es la exégesis dada por el colegiado, al art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, respecto al número de años de convivencia exigidos a la compañera permanente de un afiliado al Sistema General de Pensiones, para establecer su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.*

En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el

literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual "el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes[L]"

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

"(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido"

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, ***es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia****. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias* ***pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia****; también se* ***ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional****. Por esto, dijo la Corte,* ***con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada****.*

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las

condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[…]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes "constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar".

*En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. **En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes**.*

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

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; (subraya y negrilla fuera de texto)*

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que "Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. ***Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes****" (subraya y negrilla fuera de texto).*

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de ***afiliados*** *al sistema no pensionados, y la de* ***pensionados****, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el ***literal a)*** *del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como "Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos". De su parte, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

"(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v)

en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral"

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliar como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

precitada disposición (literal a) del art. 47 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de

---

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones en dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, "*una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador",* bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañera permanente- del afiliado fallecido, postura que desde este momento acoge esta Sala de Decisión, atendiendo lo dispuesto por ese máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia.

En ese orden, sostiene la demandante haber ostentado la calidad de compañera permanente del causante a la fecha de su deceso. Así las cosas y en aras de acreditar dicha condición de la señora ROSALBA VALERO AREVALO, debe acudirse al acervo probatorio recaudado en autos.

En esa dirección, la demandante absolvió el interrogatorio de parte[12], quien señaló que vivió con LUIS ENRIQUE NUÑEZ en el Líbano Tolima en el barrio la Coloyita entre 1980 y 1994 cuando falleció, con quien procreó 3 hijos. También precisó en el tiempo que el causante trabajó en la finca La Argentina ella igualmente vivió con él, de hecho ella también trabajaba alimentando a los trabajadores. Frente a esta de prueba, insiste la Sala, su versión es valorada con mayor rigurosidad ante la imposibilidad de fabricar su propia prueba, sin embargo se encuentra soporte de sus manifestaciones con otros medios de persuasión.

Igualmente, en lo atinente a la calidad invocada por la actora, los testigos CARMEN ROSA RICO HERNANDEZ, LUIS ANTONIO FARÍAS GARCÍA y JHON ANDRÉS PIRACON RICO, amigos cercanos de la pareja, fueron consistentes en señalar que el causante siempre vivió con ROSALBA VALERO en el Líbano Tolima, en el barrio la Coloyita, con quien tuvo tres hijos a saber, LUIS ENRIQUE, EDWIN y CLAUDIA, que la convivencia se extendió hasta el fallecimiento de LUIS ENRIQUE, que los consortes nunca se separaron. Indicaron, les consta que vivieron un tiempo en la finca la Argentina, donde Rosalba alimentaba trabajadores, y que socialmente la demandante era presentada por el señor NUÑEZ CRUZ como "su esposa". Dijeron desconocer otra pareja del causante o hijos diferentes a los reseñados.

En criterio de la Sala, la prueba estudiada permite verificar la calidad de compañera permanente invocada por la demandante respecto del afiliado fallecido

[12] Cd folio 72, acta folio 74, récord 06:42.

LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ, vigente al momento de la muerte del causante de los que se deriva la continuidad de la unión, y por ende, es beneficiaria de la prestación que reclama a partir del 1 de agosto de 1994 (fecha del fallecimiento, folio 12).

Dilucidado ello, conforme lo establecido en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, se tiene que el monto de la pensión mensual por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación, advirtiendo dicha norma que en ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Efectuados los cálculos correspondientes, se obtiene un IBL de $104.046,74[13] que al aplicarle la tasa de reemplazo del 45%[14] arroja una mesada de $46.821,03 para el año 1994; no obstante, por ser esta inferior al salario mínimo vigente para esa anualidad (1994), habrá de ajustarse su valor a dicho monto, el cual corresponde a **$98.700,00**[15]. La mesada se incrementará anualmente conforme al salario mínimo decretado por el gobierno nacional.

Debe anotar esta Corporación, aunque entratándose del reconocimiento de la pensión de vejez en los que se dispone el pago del cálculo actuarial con destino a la administradora de pensiones, por omisión en la afiliación por parte del empleador, esta Sala de decisión ha supeditado la exigibilidad de la pensión al pago de dicho cálculo por parte del ex empleador, tal postura no resulta predicable

[13]

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1988	*25*	*5,124*	*21,33*	*4,162*	*$ 25.530,00*	*$ 106.255,79*	*$ 88.546,49*
1989	*365*	*6,566*	*21,33*	*3,248*	*$ 30.150,00*	*$ 97.939,36*	*$ 1.191.595,52*
1990	*365*	*8,281*	*21,33*	*2,576*	*$ 41.040,00*	*$ 105.702,02*	*$ 1.286.041,23*
1991	*212*	*10,961*	*21,33*	*1,946*	*$ 54.630,00*	*$ 106.298,00*	*$ 751.172,52*
1993	*92*	*17,395*	*21,33*	*1,226*	*$ 100.000,00*	*$ 122.607,94*	*$ 375.997,70*
1994	*152*	*21,328*	*21,33*	*1,000*	*$ 100.000,00*	*$ 100.000,00*	*$ 506.666,67*
Total días	***1211***				***Total devengado actualizado a:***	***1994***	***$ 4.200.020,13***
Total semanas	***173,00***					***Ingreso Base Liquidación***	***$ 104.046,74***
Total Años	***3,36***					***Porcentaje aplicado***	***45%***
						Primera mesada	***$ 46.821,03***
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	***1994***	***$ 98.700,00***

[14] El causante solo acreditó un total de 172,85 semanas (certificadas por Colpensiones folio 104, más las acreditadas en la sentencia por virtud de la relación laboral con ALBERTO ARROYAVE).
[15] Salario mínimo legal mensual vigente para el año 1994.

en este particular evento con fundamento en la diferenciación en la financiación de ambas prestaciones. Al tema, aunque el periodo sobre el cual recayó la orden de pago del cálculo actuarial -1 de octubre de 1993 al 21 de febrero de 1994- se tuvo en cuenta a efectos de verificar la causación del derecho pretendido, de cara a la financiación de la prestación esta no resulta indispensable, pues es claro que las reglas de causación, financiación y estructuración de la pensión de sobrevivientes no son equiparable a las de la pensión de vejez. Estas últimas son dependientes de la densidad de semanas acumuladas al sistema, lo que no ocurre en el caso de la pensión de sobrevivientes. La financiación de una pensión de sobreviviente, a diferencia de la pensión de vejez que corresponde a una cotización individual con efectos individuales o colectivos, es consecuencia del aseguramiento del riesgo de muerte de uno de los afiliados o pensionados, sujeta, entonces, al pago de la prima respectiva.

Así lo ha adoctrinado la Corte Constitucional en sentencia SU005 de 2018, en la que estableció:

> *"(…)*
>
> *170. Hoy, la causación de la pensión de sobrevivientes, de conformidad con los cambios que, a lo largo de los años, ha realizado el Legislador,* ***no es consecuencia del número de semanas cotizadas, como acaecía en vigencia del Acuerdo 049 de 1990. Esta fuente de financiación fue modificada, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por una fuente basada en el aseguramiento.*** *En efecto, en la actualidad, para garantizar el principio de solidaridad y asegurar el pago de la pensión de sobrevivientes, se exige el mantenimiento de los aportes por un periodo razonable antes de la muerte,* ***que permita financiar el pago de la prima que asegura el riesgo de muerte,*** *y en el que, además, se evidencia la permanencia del cotizante en el sistema.*
>
> *171. La finalidad de las modificaciones normativas que se introdujeron con las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, consistentes en exigir que el cotizante hubiere estado afiliado y cotizando un número mínimo de semanas en los años anteriores al fallecimiento, pretendió hacer compatibles los principios de sostenibilidad, equidad y solidaridad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. De esta forma se buscó garantizar que no cualquier aporte, a lo largo de los distintos años de cotización del afiliado fuera relevante, sino aquellos que fueran causa directa de su labor, en un periodo razonable anterior a la muerte.*
>
> *172. El financiamiento de las pensiones de sobreviviente en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 era dependiente de la estructura financiera que este contemplaba. En la actualidad, en caso de darse aplicación a tales disposiciones no existiría una fuente financiera para su pago. Por tanto, de ordenarse este, debiera ser asumido como un nuevo gasto no presupuestado, pues no formaba parte de la estructura financiera actual del Sistema de Seguridad Social. El impacto fiscal de una medida que no limita estas reclamaciones en el tiempo, sino que las deje subsistir de manera indefinida es insostenible, en la medida en que, al suponer nuevas erogaciones, no es posible*

determinar, a ciencia cierta, el número de personas que pudieran reclamar, ad finitum, la aplicación de una normativa derogada hace más de dos décadas y cuyo fundamento es una mera expectativa.

173. El hecho de que el Legislador hubiese reducido el número de semanas de cotización que exigía el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de sobrevivientes, y haber exigido una permanencia mínima en el sistema, cercana al hecho generador del derecho (la muerte del afiliado), no es un acto discriminatorio, ni vulnera el principio de equidad, como tampoco afecta las expectativas legítimas de las personas. Si bien la Constitución reconoce al Legislador una amplia libertad de configuración en materia de seguridad social, esta no solo se encuentra delimitada por las cambiantes necesidades de la población, sino que también exige considerar su sostenibilidad. Estas condiciones fueron las que dieron lugar a los cambios normativos de los años 1993 (Ley 100) y 2003 (Ley 797). Ahora, si bien el Legislador no dispuso un régimen de transición entre los diferentes cambios normativos, la jurisprudencia ha garantizado que estos no trunquen las expectativas legítimas de las personas, que, en todo caso, debe, también, considerar aquellos aspectos que dieron lugar a la modificación normativa. En caso de que estos últimos no se consideren por el juez, se petrifica el ordenamiento jurídico y se suplanta, in integrum, la potestad normativa del Legislador.

174. Finalmente, tal como se dispuso en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia son los prescritos por las leyes del Sistema General de Pensiones, y no otros. Esto quiere decir que el constituyente incorporó a la Constitución la necesidad de atender a los requisitos de las leyes vigentes del Sistema General de Pensiones, regulado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003." (Negrilla y Subrayas de la Sala)

En autos, está garantizado el pago de dicha prima en tanto el demandante tiene cotizadas más de 26 semanas según se advierte de la historia laboral del demandante (folio 104 y 105).

Precisado lo anterior, y con antelación a definir el valor del retroactivo causado a favor de la demandante, analizará la Sala la excepción de prescripción oportunamente formulada por COLPENSIONES[16], señalando, que ha sido criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia, que el derecho pensional no prescribe, no así las mesadas pensionales. Así se tiene que el derecho se causó el 1 de agosto de 1994, siendo elevada la reclamación administrativa el 1 de febrero de 2013, según puede leerse de la Resolución GNR 126741 de 11 de junio de 2013 (folios 20 a 21) la cual mantuvo suspendida la prescripción hasta el 22 de enero de 2014, cuando se notificó a la demandante (folio 27) la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto administrativo, mediante

[16] Desde la contestación de la demanda, folios36, la cual fue admitida por auto del 1 de junio de 2016 (folio 63).

Resolución GNR 341306 del 5 de diciembre de 2013 (folios 22 a 26), siendo incoada la demanda el 12 de agosto de 2014 (folio 28). En consonancia con ello, la reclamación interrumpió la prescripción de las mesadas causadas y no pagadas en los 3 años anteriores -1 de febrero de 2010-, operando dicho fenómeno respecto de las mesadas causadas y no pagadas entre el 1 de agosto de 1994 y el 30 de enero de 2010.

Lo anterior, en razón a que, por tratarse de una prestación periódica, de tracto sucesivo, la presentación de la reclamación interrumpe la prescripción respecto a las mesadas causadas y no pagadas en los tres años anteriores a la misma, siempre y cuando la demanda se presente en los tres años siguientes, debido a que esa reclamación reinicia la contabilización del término prescriptivo sobre las mesadas que no se vieron afectadas por dicho fenómeno, que fue lo que ocurrió en el examine. Ello en aplicación del criterio expuesto en sentencia SL794[17]

---

[17] "*Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente.*

Sobre el punto se pronunció la Sala, entre otras, en la sentencia del 31de mayo de 2007, radicación 26506, en donde dijo:

> *"(...).*
>
> *"El ad quem, en lo que concierne al fenómeno de la prescripción, adujo que "el fenómeno de la prescripción se interrumpió el 1 de marzo de 1996, día en que se presentó escrito de agotamiento de la vía gubernativa. Entre el 1 de marzo de 1996 y el 21 de mayo de 1999, día en que se presentó la demanda transcurrieron más de 3 años. Luego las mesadas pensionales descontadas de las pensiones de jubilación causadas con anterioridad al 21 de mayo de 1999, no son exigibles judicialmente".*
>
> *"Con fundamento en lo previsto por el artículo 488 del C.S.T. en concordancia con el 151 del C.P.T.S.S, la exégesis que realizó el Tribunal para declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda, resulta equivocada.*
>
> *"En efecto, si bien es cierto que el actor interrumpió el término prescriptivo con la reclamación administrativa, que hizo el 1º de marzo de 1996, tal fenómeno se produjo respecto de la diferencia en las mesadas pensionales que se causaron con anterioridad a dicha fecha, por lo que las nuevas obligaciones generadas con posterioridad, también podían ser interrumpidas con la presentación de la demanda, como ocurrió en este caso, sin que pueda pregonarse una doble interrupción.*
>
> *"La Corte Suprema de Justicia en torno a la figura jurídica de la prescripción, ha precisado que en materia laboral es aplicable el artículo 90 del C.P.C., por cuanto las acciones laborales pueden ser interrumpidas a través de dos mecanismos distintos que no son excluyentes, esto es, el extrajudicial, que se cumple mediante el escrito que se hace al empleador por parte del trabajador del derecho pretendido,*

radicación No. 41281 del 13 de noviembre del 2013, mediante la cual se precisó que para prestaciones que se vayan causando de manera periódica, desde luego se aplica la interrupción de la prescripción por una sola vez para cada una de las distintas mesadas que se vayan generando en el tiempo, afectándose por el fenómeno prescriptivo una vez superado tanto el lapso de suspensión, como el de interrupción en el evento en que oportunamente no se accione una vez vencidos dichos términos (Sentencia C-792 de 2006).

En tal medida contando a partir de los 3 años anteriores a la reclamación, esto es, desde el 1 de febrero de 2013, se reconocerán las mesadas causadas y no pagadas por la pasiva a favor de la actora, declarando probada la prescripción sobre aquellas generadas entre el 1 de agosto de 1994 y el 30 de enero de 2010.

Establecida como quedó la mesada pensional y determinada la prescripción, se obtiene un retroactivo a pagar a favor de la demandante de **$ 96.681.127,00[18],** liquidado entre el 1 de febrero de 2010 y el 30 de junio de 2020.

---

conforme al artículo 489 del C.S.T., en concordancia con el 151 del C.P.T.S.S., y el judicial, que se surte con la presentación de la demanda, en los términos y condiciones a que alude el artículo 90 del C.P.C. Así lo explicó en sentencias de 16 de septiembre y 13 de diciembre de 2001, radicaciones 15791 y 16725, respectivamente, al igual que en la de 7 de marzo de 2003, radicación 18515.

"Resulta claro que tratándose de obligaciones de cumplimiento instantáneo, en una fecha única, la prescripción opera igualmente en un solo momento, esto es, en una fecha cierta contada desde que aquella obligación se hizo exigible. Tal es el caso de la cesantía, la prima de servicios o la compensación de las vacaciones.

"Pero frente a derechos que se causan periódicamente como son las mesadas pensionales, dicho fenómeno prescriptivo se contabiliza también periódicamente, es decir, frente a cada mesada, en la medida de su exigibilidad.

"En esas condiciones, frente al primer tipo de obligaciones la prescripción solo se interrumpirá con un escrito, en los términos del artículo 489 del C.P.L y S.S.; distinto del caso de las segundas obligaciones, de tracto sucesivo, toda vez que, respecto de ellas podrán elevarse varias reclamaciones, obviamente frente a cada derecho individualmente considerado, vale decir, cada mesada pensional.

"Corresponde, reiterar que conforme con el artículo 90 del C. de P. C. la interrupción del término prescriptivo opera también con la presentación de la demanda, y por lo tanto, puede aplicarse esa figura jurídica respecto a derechos no reclamados por vía extrajudicial, como en el caso de mesadas pensionales, cuya causación se haya producido en el tiempo transcurrido desde la última reclamación escrita elevada por el beneficiario. La misma consideración cabe frente a cualquier derecho laboral, es decir que presentada la demanda y surtido su trámite acorde con los términos del precepto comentado, se interrumpe la prescripción y en caso de reconocimiento se cumple desde tres años atrás a la aludida presentación.
(...)".

18

Tabla Retroactivo Pensional

Vale apuntar que se autoriza a COLPENSIONES a efectuar los descuentos correspondientes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud*"[19].

En lo que hace a los intereses moratorios, respecto de los cuales solicita la parte demandante se condene a la demandada, a juicio de la Sala en el caso de autos no es procedente su imposición, en virtud de lo expuesto en la Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013, como quiera que se presentó un debate fáctico jurídico razonable y sólo hasta éste fallo se determinó que le asiste el derecho a la accionante para acceder a la prestación, en calidad

Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/01/94	*31/12/94*	*22,60%*	*$ 98.700,00*		
01/01/95	*31/12/95*	*22,59%*	*$ 118.933,50*		
01/01/96	*31/12/96*	*19,46%*	*$ 142.125,00*		
01/01/97	*31/12/97*	*21,63%*	*$ 172.005,00*		
01/01/98	*31/12/98*	*17,68%*	*$ 203.826,00*		
01/01/99	*31/12/99*	*16,70%*	*$ 236.460,00*		
01/01/00	*31/12/00*	*9,23%*	*$ 260.100,00*		
01/01/01	*31/12/01*	*8,75%*	*$ 286.000,00*		
01/01/02	*31/12/02*	*7,65%*	*$ 309.000,00*		
01/01/03	*31/12/03*	*6,99%*	*$ 332.000,00*		
01/01/04	*31/12/04*	*6,49%*	*$ 358.000,00*		
01/01/05	*31/12/05*	*5,50%*	*$ 381.500,00*		
01/01/06	*31/12/06*	*4,85%*	*$ 408.000,00*		
01/01/07	*31/12/07*	*4,48%*	*$ 433.700,00*		
01/01/08	*31/12/08*	*5,69%*	*$ 461.500,00*		
01/01/09	*31/12/09*	*7,67%*	*$ 496.900,00*		
01/02/10	*31/12/10*	*2,00%*	*$ 515.000,00*	*13,00*	*$ 6.695.000*
01/01/11	*31/12/11*	*3,17%*	*$ 535.600,00*	*14,00*	*$ 7.498.400*
01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 566.700,00*	*14,00*	*$ 7.933.800*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 589.500,00*	*14,00*	*$ 8.253.000*
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 616.000,00*	*14,00*	*$ 8.624.000*
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 644.350,00*	*14,00*	*$ 9.020.900*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 689.454,00*	*14,00*	*$ 9.652.356*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 737.717,00*	*14,00*	*$ 10.328.038*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 781.242,00*	*14,00*	*$ 10.937.388*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*14,00*	*$ 11.593.624*
01/01/20	***30/06/20***	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*7,00*	*$ 6.144.621*
Total retroactivo				***$ 96.681.127,00***	

[19]Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

"De *otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de ¡994-, está obligado a ello*

de beneficiaria, para lo cual fue necesario acudir al acervo probatorio recaudado y declarar la existencia de la relación laboral, y en esa medida existían razones atendibles que justifican la omisión en el reconocimiento, y en ese orden se absolverá de ésta pretensión.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se revocarán los numerales tercero y cuarto y se modificarán los numerales primero y segundo la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas por esta Sala decisión.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de los demandados.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito, en el sentido de establecer que existió un contrato de trabajo entre LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ y ALBERTO ARROYAVE, entre el 1 de octubre de 1993 y el 1 de junio de 1994.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito, en el sentido de condenar al demandado ALBERTO ARROYAVE RESTREPO a realizar el pago de los aportes a pensión a favor de LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ por el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1993 y el 21 de febrero de 1994 previo cálculo actuarial que para el efecto elabore COLPENSIONES, el cual deberá ser recibido a entera satisfacción por esta última. Así mismo, se dispone el pago de los aportes a pensión a favor de LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ por el periodo comprendido del 22 de febrero al 1 de junio de 1994 junto con el interés moratorio respectivo.

TERCERO: REVOCAR los numerales TERCERO y CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito y en su lugar, DECLARAR que la

señora ROSALBA VALERO AREVALO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente supérstite del afiliado LUIS ENRIQUE NUÑEZ CRUZ.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión especial de sobrevivientes, a partir del 1 de agosto de 1994, en cuantía inicial de **1 SMLMV.**

QUINTO: **DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante la suma de **$96.681.127,** por concepto de retroactivo, causado entre el 1 de febrero de 2010 y el 30 de junio de 2020, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad.

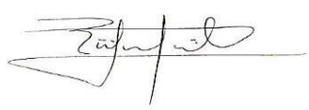
SÉPTIMO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a hacer las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo adeudado.

OCTAVO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y se imponen a cargo de los demandados.

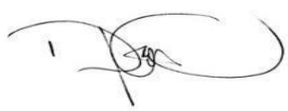
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NELLY ESMERALDA DÍAZ GRANADOS CONTRA ACCIÓN S.A.S, SINERGIA GLOBAL EN SALUD S.A.S Y HOSPITAL EN CASA S.A. (RAD. 07 2018 00496 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por las demandadas SINERGIA GLOBAL EN SALUD S.A.S y HOSPITAL EN CASA S.A. (folios 124 a 126), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de enero de 2020 (Cd fl. 118 record 25:21 acta a folio 119) en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas ACCIÓN S.A.S, SINERGIA GLOBAL EN SALUD S.A.S y HOSPITAL EN CASA de todas y cada de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante NELLY ESMERALDA DÍAZ GRANADOS.*
>
> ***SEGUNDO**: Dadas las resultas del proceso, se **DECLARA** probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas en sus contestaciones.*
>
> ***TERCERO**: Las **COSTAS** son a cargo de la demandante y las agencias en derecho se tasan en favor de las demandadas en cien mil pesos cada una.*
>
> ***CUARTO**: Por ser totalmente desfavorable esta sentencia a la trabajadora demandante, el despacho ordena el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** ante el superior para que se revise la legalidad de lo decidido."*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, aludiendo el desconocimiento de la jurisprudencia vertida por las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, y acusa la sentencia de "*ser violatoria de la ley sustancial"* por ignorar hechos y pruebas, así como apreciar erróneamente, otras, lo que, a su juicio, conllevó a la aplicación indebida de los artículos 1, 14, 21, 28, 43, 45, 55, 61, 64, 65, 127, 128 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo, 1546, 1613 y 1614 del Código Civil, 25 y 53 de la Constitución Política.

Lo anterior, en razón a que no se tuvo en cuenta que se "*desdibujó"* el contrato de obra o labor, pues la pasiva no logró demostrar que se haya enviado la comunicación de la terminación del contrato entre HOSPITAL EN CASA y ACCIÓN S.A.S, el cual alega vigente hasta 2021, y en esa medida, dice, la obra o labor no ha culminado porque es una empresa que requiere permanentemente de enfermeras.

De otro lado sugiere, la actora prestó sus servicios a diferentes empresas y no solo a negocios internacionales, de haber sido ello así y existir la comunicación dentro del proceso, el despido era efectivo y eficaz, pero en este momento no lo es[1] (Cd fl. 118 record 26:06 acta a folio 119)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

[1] "*Su señoría. Presento recurso de alzada toda vez que hay un desconocimiento por parte del despacho de la jurisprudencia emitida por la corte constitucional y por la sala laboral de la corte suprema de justicia, acuso la sentencia recurrida de ser violatoria a la ley sustancial al ignorar algunos hechos y pruebas y apreciar erróneamente otras , lo que condujo a la aplicación indebida del artículo 61 del código sustantivo del trabajo, el artículo 64 del código sustantivo del trabajo y el artículo 132 de la misma encuadernación y a la falta de aplicación, siendo del caso el articulo 1546 1613 y 1614 del código civil artículos 25 y 53 de la constitución política de Colombia, artículos 1, 14, 21, 28, 43, 45, 55, 65, 127, 128 y 129 del código sustantivo del trabajo.*

Teniendo en cuenta que se desdibujo el contrato de obra o labor, las empresas demandadas en ningún momento lograron probar que HOSPITAL EN CASA le haya enviado comunicación ni la aportaron en el transcurso del proceso de haber enviado comunicación de la terminación del contrato entre hospital en casa y ACCIÓN S.A.S se encuentra vigente hasta el año 2021, la obra o labor no ha culminado porque es una empresa donde se necesitan continuamente las enfermeras y también quedo probado aquí en esta audiencia que la señora NELLY ESMERALDA DIAZ GRANADOS prestó el servicio a otras empresas diferentes a NEGOCIOS INTERNACIONALES, si la obra o labor hubiese sido para negocios internacionales, al existir la comunicación y obrar en el proceso, era efectivo y eficaz el despido, en este momento no es eficaz toda vez que se contrató como enfermera para hospital en casa y había más necesidades de enfermeras toda vez que prestó a otras EPS a otros pacientes. Así dejo sentado mi recurso de alzada"

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante NELLY ESMERALDA DIAZ GRANADOS las pretensiones relacionadas a folios 9 y 10, sustentadas en los supuestos fácticos narrados a folios 4 a 8, las cuales están encaminadas a que se declare la nulidad absoluta o la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la empresa ACCIÓN S.A.S., en razón a que la labor para la que fue contratada no había terminado y el objeto del contrato no ha desparecido. En consecuencia se condene a ACCIÓN S.A.S y solidariamente a SINERGIA GLOBAL EN SALUD S.A.S y al HOSPITAL EN CASA S.A, a pagar a su favor los salarios, aportes a seguridad social, intereses a las cesantías y prima de servicios dejados de percibir desde su desvinculación hasta que se haga efectivo el pago total de los mismos y mientras se mantenga vigente el vínculo laboral como consecuencia del despido ilegal, junto con la indexación, la sanción por "*pago atrasado de cesantías"* y las multas a las que se refiere el literal c) del artículo 19 del Decreto 24 de 1998 por incumplimiento de la Ley. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a las demandas de las pretensiones incoadas en su contra por la parte actora, luego de considerar, en primer lugar, que no existía controversia frente a la existencia del contrato de trabajo de la demandante con la empresa de servicios temporales ACCIÓN S.A.S, así como tampoco respecto a que fue enviada como trabajadora en misión a HOSPITAL EN CASA S.A., advirtiendo, no se superó el tiempo de contratación que debe existir con este tipo de empresas pues la actora solo laboro seis (6) meses. Con relación a la terminación, señaló al momento de darse por finalizado el contrato de trabajo la causa alegada -terminación de la obra contratada por parte de la usuaria o contratista- se puede calificar como justa por lo cual no hay lugar establecer la ineficacia o nulidad del despido, precisando, no se peticionó el pago de la indemnización por despido injusto.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

De este modo sea lo primero señalar, no existe controversia frente a la existencia del vínculo laboral entre la demandante y ACCIÓN S.A.S E.S.T. a través de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, entre el 3 de octubre de 2017 y el 19 de abril de 2018, lapso en el que se desempeñó como trabadora en misión para la empresa HOSPITAL EN CASA S.A., aspectos que además de haber sido descartados del debate probatorio y establecidos por el *a quo* sin reparos en el recurso, se constatan con las documentales de folios 33, 34, 35, 60, 61, 106 y 111.

Establecido lo anterior, y de conformidad con los argumentos de la alzada, en virtud del principio de consonancia, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si es procedente declarar la nulidad o ineficacia del despido de la demandante.

Para resolver es importante anotar, persigue la actora se declare la nulidad o ineficacia del despido, situación que sustentó en que, aunque se aduce en la carta de terminación (folio 61) que el finiquito obedece a la finalización de la obra o labor para la cual fue contratada, dicha circunstancia no está acreditada y por el contrario, dice, esta sigue vigente por cuanto la relación entre HOSPITAL EN CASA y ACCIÓN S.A.S no ha terminado.

En ese orden, para dilucidar el asunto, se hace necesario precisar que, entendido un acto jurídico como toda manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es posible reflexionar que el despido, al ser una declaración de voluntad expresada unilateralmente por el empleador de dar por terminada la relación laboral que lo vincula con el trabajador, puede tenerse como tal, de lo que se sigue, que es susceptible de ser anulado.

Sin embargo, en el ámbito del derecho laboral, se han establecido las circunstancias en las que se puede predicar la ineficacia del despido, que generalmente se configura por no cumplir ciertas exigencias legales al momento de efectuarlo, como sería el caso de desconocer el fuero sindical o circunstancial, la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, o de personas en estado de discapacidad, el fuero de acoso laboral, entre otros, en cuyo caso habría lugar a dejar sin efectos la terminación del contrato de trabajo, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, como si el vínculo nunca se hubiere extinguido.

Ahora, aunque no se aduce ni en el recurso, ni en la alzada, cuál es el fundamento para declarar la nulidad o ineficacia pretendida, puede inferirse que para la accionante la causa invocada para la finalización del contrato no es lícita; no obstante, debe tenerse en cuenta que, la "causa" en el marco de las obligaciones, debe concebirse como el motivo que induce al acto y que solo puede hablarse de ilicitud cuando la misma es contraria a las buenas costumbres o al orden público (1524 del C.C.)

Lo anterior obliga a diferenciar entre la "causa", establecida como requisito esencial de la existencia de las obligaciones, que entratándose del despido corresponde a la voluntad de terminar el vínculo contractual, y la "causa" como motivo o fundamento que soporta la decisión, estas últimas contenidas en la legislación laboral.

La extinción de una relación de trabajo, encuentra motivación o causa, en la simple posibilidad que le otorga la Ley a las partes de deshacer el vínculo en cualquier momento, pues ni el trabajador ni el empleador, están obligados a permanecer atados en virtud de un contrato de manera indefinida, decisión ésta que puede ser tomada de mutuo acuerdo o de manera unilateral, siendo necesario, para este último caso, verificar la ocurrencia de una causa justa, pues de no existir, indefectible operarán las consecuencias jurídicas que consagra el artículo 64 del C.S.T.

Sugiere lo anterior, que cuando la decisión autónoma de finalizar el vínculo adolece de una justificación o motivación enmarcada en las situaciones que la norma consigna, el resultado no es su ilegalidad, debido a que es la Ley la que autoriza que se haga en dichos términos, por el contrario, lo que procedería es el pago de la indemnización correspondiente.

En el sub examine, se halla que por parte del empleador sí fue alegado un modo legal poner fin a la relación de trabajo que unió a las partes, pues así se manifestó en la comunicación entregada a la ex trabajadora, la que enmarcó la demandada ACCIÓN S.A.S al tenor de lo establecido en la cláusula segunda del contrato de trabajo suscrito con esa sociedad que señala: "*la duración del presente contrato estará determinada por la realización de la obra o labor contratada y en*

consecuencia las partes acuerdan expresamente que el mismo se terminará por terminación de la obra o labor contratada", tal como puede leerse del folio 61, decisión que encuentra respaldo en el literal d) del numeral primero del artículo 61 del C.S.T[2], por lo que es claro que existiría causa legal para proceder como lo hizo la pasiva ACCIÓN S.A.S, siendo posible, en consecuencia, sentar la discusión sobre si la causa alegada en realidad correspondía al modo legal señalado, pero así no se planteó el litigio.

Además, la declaratoria de ineficacia, como ya se anotó, procede en situaciones particularísimas, las que, dicho sea de paso, se encuentran establecidas en la legislación, pactos o convenciones colectivas y en el reglamento interno de trabajo.

Por los argumentos esbozados, es claro entonces que no logró probarse que el finiquito de la relación laboral estuvo afectada de nulidad alguna por lo que no hay lugar a condenar a la pasiva, al reintegro y pago de salarios y demás prestaciones deprecadas, como lo estableció el juez de primer grado, debiendo confirmarse la sentencia en este aspecto.

Es importante señalar que no se adentrará la Sala en el estudio de si la razón invocada por la demandada ACCIÓN S.A.S para poner fin al vínculo laboral constituye o no una justa causa, como quiera que, como bien lo señaló el *a quo,* en este proceso no se reclamó el pago de la indemnización por despido sin justa causa y, en todo caso, tal concepto no fue objeto de alzada, advirtiendo, las motivaciones que sobre el particular realizó el recurrente fueron en pro de acreditar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, que como ya se dijo, no resulta procedente por no enmarcarse dentro de las circunstancias que se han previsto para decretar la ineficacia o nulidad del despido.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia del Tribunal, por el estudio de los motivos expresamente sustentados por el recurrente, conforme a las motivaciones que anteceden, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia objeto de apelación.

---

[2] *Artículo 61. Subrogado L. 50/90, art. 5°. Terminación del contrato. 1. El contrato de trabajo termina: (…)*

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a las motivaciones que anteceden.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $300.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

---

d) Por terminación de la obra o labor contratada."

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GILBERTO CASTAÑO HERNANDEZ CONTRA OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES S.A.S. -COOBUS S.A.S.- y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. (RAD. 06 2018 00316 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de TRANSMILENIO S.A. (folios 134 y 135), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada TRANSMILENIO S.A., contra la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de enero del 2020 (Cd. fl. 120, record 28:41 acta a fl. 118), en la que se resolvió:

> ***"CONDENAR** a la sociedad OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES – COOBUS S.A., a reconocer y pagar al demandante Señor GILBERTO CASTAÑO HERNÁNDEZ, los siguientes valores y conceptos así:*
>
> *A. La suma de: $3.720.000, por concepto de salarios correspondientes al periodo comprendido entre junio y septiembre 3 de 2014.*
> *B. La suma de: $1.395.000, por concepto de bonificación por igual periodo anterior.*
> *C. La suma de: $223.200, por concepto de auxilio de transporte por el periodo comprendido entre junio y septiembre 3 de 2014.*
> *D. La suma de: $1.614.167, por concepto de cesantías correspondientes a las anualidades 2013, 2014.*
> *E. La suma de: $157.126, por concepto de intereses sobre las cesantías correspondientes a los años 2013 y 2014.*

F. La suma de: $1.004.000, por concepto de prima de servicios correspondiente al año 2014.
G. La suma de: $375.000, por concepto de vacaciones por el periodo último correspondiente al 19 de enero de 2014 y el día 3 de septiembre de igual año.
H. La suma de: $1.700.000 por concepto de indemnización por despido indirecto.
I. Los aportes en salud por los ciclos de julio, agosto y septiembre, 3 días de 2014; y por los aportes en pensión por los ciclos de mayo, junio, julio, agosto y septiembre, 3 días de 2014; con sujeción a un salario base de: $1.200.000, con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión. Se aclara que esta condena corre igualmente a cargo de TRANSMILENIO en forma solidaria, es decir, la referida a los aportes en Salud y Pensión.
J. Se fulmina condena por los intereses moratorios contabilizados desde la fecha de extinción del vínculo jurídico hasta cuando se produzca el pago de la obligación por concepto de salarios y prestaciones sociales.
K. La suma de: $5.609.934, correspondiente a la sanción regulada por la Ley 50 de 1990 artículo 99, por la falta de consignación del auxilio de cesantías del año 2013.

*Se **ABSUELVE** de las restantes pretensiones de la demanda.*

*La excepción de prescripción se **DECLARA** probada parcialmente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*

COSTAS** a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de $2.500.000, por concepto de agencias en derecho.**”

La anterior decisión fue aclarada de oficio por la Juez *a quo* quien indicó:

“Acto seguido se aclara la sentencia anterior, en el sentido de la condena solidaria Coobus – Transmilenio, recae únicamente en relación con los aportes en salud y pensión como se determinó en el fallo anterior y en todas las condenas restantes la condena recae únicamente frente al Operador Solidario de Propietarios Trasportadores Coobus S.A.S.

Lo resuelto queda legalmente notificado a las partes en estrados.” (Record: 35:08)

Inconforme con la sentencia, la apoderada de la demandada TRANSMILENIO S.A. promovió la alzada en primer lugar respecto de las condenas impuestas pues aduce que no se entiende ni se identifica con claridad cuáles son los conceptos con lo que se determinó el salario base para su imposición, aunado a que no se hizo un estudio respecto del proceso liquidatorio que se promovió y se adelanta por la Superintendencia de Sociedades, no se hizo referencia al reconocimiento que ya se le efectuó al demandante dentro de dicho proceso, ni se indagó si ya se había efectuado algún tipo de reconocimiento o pago a la fecha.

En lo que tiene que ver con los aportes a salud, manifiesta que dentro del plenario no se observa que con la falta de pago por parte del empleador de dichos aportes se haya generado un perjuicio al demandante, brillando por su ausencia dichas pruebas por lo que la condena frente a los aportes en salud no estaría llamada a

prosperar en atención a que la jurisprudencia ha indicado que no tiene vocación de prosperidad si no se acredita que con la falta de pago se haya generado un perjuicio al trabajador.

Respecto de la prescripción solicita se haga un estudio a si aplica respecto a los aportes en pensión y respecto a los aportes en salud frente a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.

Finalmente en lo que tiene que ver con la solidaridad expresa no haberse revisado la excepción propuesta, porque no se identifica el objeto social que se limita a la gestión, organización y planeación del sistema mas no a la explotación, no se indaga nada respecto al tema de la excepción y la prohibición legal contenida precisando Transmilenio, tiene esa limitación, por lo que no podría prestar el servicio de transporte ya que no hace parte de su actividad normal y en ese orden de ideas, la responsabilidad solidaria que se pretende endilgar, pues no prosperaría, solicitando se haga una revisión del contrato de concesión, el desarrollo del mismo y un estudio concienzudo respecto al objeto social pues asegura que el simple hecho de que se hable de explotación colateral en el tema tecnológico, no significa que implique la explotación del servicio de transporte.

Igualmente indica, se revise también todos los conceptos y si eventualmente puede prosperar una revisión de la liquidación o ajuste de las condenas impuestas. (Cd. fl. 120 Record: 31:36)[1].

---

[1] "Gracias Señora Juez. Respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia antes proferida en los siguientes puntos, en principio, pues para que el Honorable Tribunal estudie:

No se entiende ni se identifica con claridad cuáles son los conceptos de los cuales se determinó el salario base, toda vez que no se hace una condena por bonificación, por auxilio de transporte sin indicar y sin tener en cuenta que la prestación del servicio se limitó a cierto tiempo y no se hizo un estudio respecto del proceso liquidatorio que se promovió que se adelantó y se adelanta por la Superintendencia de Sociedades.

De igual manera, no se refiere respecto al reconocimiento que ya se le efectuó a este Señor, dentro de dicho proceso, no se indagó si ya se había efectuado algún tipo de reconocimiento o pago a la fecha.

En lo que tiene que ver con los aportes a salud, vale la pena indicar que dentro del plenario no se observa que con la falta de pago por parte del empleador de dichos aportes se haya generado un perjuicio al demandante, de hecho brilla por su ausencia dichas pruebas por lo que la condena frente a los aportes en salud no estaría llamada a prosperar en atención a que la jurisprudencia ha indicado que no tiene vocación de prosperidad si no se acredita que con la falta de pago se haya generado un perjuicio al trabajador.

Ahora, en lo que tiene que ver con la prescripción solicito se revise la misma, toda vez que, se puede declarar de manera parcial y solicito pues se haga un estudio a si aplica respecto a los aportes en pensión y respecto a los aportes en salud frente a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.

Y en lo que tiene que ver a la solidaridad lo único que se indica es que existe una condena solidaria en atención a que es una actividad conexa, no se revisa la excepción propuesta, no se identifica el objeto social se

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 6 a 7 vto, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 4 a 6, aspirando se declare que entre la empresa COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN existió un contrato laboral a término indefinido desde el 19 de enero del 2013 hasta el 3 de septiembre del 2014, con un promedio salarial de $1.838.000, el cual terminó por causas imputables al empleador por incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato, así mismo se declare que Transmilenio es solidariamente responsable del pago de las acreencias laborales adeudadas, en consecuencia se condene al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo por causas imputables empleador, los salarios del 1° junio al 3 de septiembre del 2014, bonificaciones, subsidio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de cesantías, dotaciones, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, daño moral por la terminación del contrato, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso; **obteniendo el accionante sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones, pues se condenó a COOBUS S.A.S. a pagar salarios adeudados, bonificaciones, auxilio de transporte, cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido indirecto, aportes en salud y pensión, condena sobre la cual se declaró solidariamente responsable a Transmilenio, intereses moratorios

---

limita a la gestión, organización y planeación del sistema mas no a la explotación, no se indaga nada respecto al tema de la excepción y la prohibición legal contenida y en lo que se refirió también en los alegatos de conclusión y en la defensa, en el sentido de indicar que la excepción que opera frente al artículo 34 de la configuración de la responsabilidad solidaria es frente a que tiene que ser una actividad ordinaria, una actividad que tiene que ser desempeñada por la supuesta beneficiaria, en este sentido, Transmilenio, tiene dicha esa limitación, por lo que no podría prestar el servicio de transporte no hace parte de su actividad normal y en ese orden de ideas, la responsabilidad solidaria que se pretende endilgar, pues no prosperaría.

Por lo que solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se haga una revisión del contrato de concesión, el desarrollo del mismo y un estudio concienzudo respecto al objeto social adicional, porque el simple hecho de que se hable de explotación colateral en el tema tecnológico, no significa que implique la explotación del servicio de transporte, la explotación colateral tiene que ver con explotación de servicios como publicidad, lo cual, es diferente a la prestación o explotación del servicio público de transporte, frente al cual, pues existe prohibición legal y frente a la cual, el Juzgador de instancia no hizo referencia.

En ese orden de ideas, solicito al Honorable Tribunal, se revise también pues todos los conceptos y se revise si hay eventualmente prosperar una revisión de la liquidación o ajuste de las condenas impuestas. Muchas gracias. ”

desde la fecha de extinción del vínculo hasta que se efectúe el pago de salarios y prestaciones sociales e indemnización por no consignación de cesantías, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción pero solo en favor de Transmilenio y absolviendo de las restantes pretensiones de la demanda, todo lo anterior tras considerar que COOBUS no acreditó el pago de los derechos laborales debidos al actor, advirtiendo que las actividades desarrolladas por el contratista no son ajenas a las desarrolladas por Transmilenio S.A., es decir la prestación del servicio público, por lo que declaró la responsabilidad solidaridad de ésta sociedad pero únicamente respecto de los aportes a salud y pensión debidos, pues frente a las restantes acreencias si bien operaba la solidaridad declaró probada la excepción de prescripción.

De esta manera, inicialmente se estudiará el recurso de apelación de TRANSMILENIO S.A., relacionado con la solidaridad, para lo cual resulta oportuno memorar dicha figura jurídica está prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34[2], frente a la cual la posición reiterada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación Nº 28438 de 20 de febrero de 2007[3], es que el dueño de la obra, debe responder solidariamente por las

---

[2] *"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero* ***el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas. *(Negrillas de la Sala)*

[3] *"…****En este caso ocurre, que el Instituto Nacional de Vías fue el dueño de la obra contratada por el contratista empleador incumplido, como lo estableció probatoriamente el Tribunal. Por ello, si bien el numeral 2º del artículo 134B de la Ley 446 de 1998 denunciado por falta de aplicación, da a los jueces administrativos la competencia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho originados en una relación laboral de carácter legal y reglamentaria, es innegable que los derechos del demandante se invocaron con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del ente estatal, para efectos de la satisfacción de las deudas provenientes de ella, sin que se discutiera la naturaleza del carácter laboral del contrato que unió al servidor acá demandante, orientándose ésta a la imposición de la condena solidaria.***

Respecto de ello de manera reiterada esta Sala de Casación ha sostenido, que:

"(…)el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios,

obligaciones generadas por el empleador o contratista incumplido, **desde luego, si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista**, situación que ha sido reiterada, entre otras en sentencias con radicación Nº 35864 de 1º de marzo de 2010 y SL11655 del 2 de septiembre de 2015.

Dado lo anterior, es necesario traer a colación el objeto social de cada una de las empresas citadas a juicio, inicialmente el del OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, aportado en medio magnético por esta accionada a folio 71 y que fue impreso para mayor claridad (ver fls. 123 a 126) el cual se encuentra dirigido a lo siguiente (fl. 127):

> *"La sociedad tendrá por objeto operar la concesión, cuyo objeto es la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema sito (...)".*

De otra parte, el objeto social de la demandada en solidaridad TRANSMILENIO S.A., está plasmado a folio 75 vuelto y 76, en el cual se lee algunos apartes:

> *"Corresponde a TRANSMILENIO S.A. la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo las modalidades de transporte terrestre automotor, (...) En desarrollo de este objeto la sociedad podrá ejecutar todos los actos o contratos y solicitar las autorizaciones legales que fuesen necesarias y/o convenientes para el cabal cumplimiento de este"*

---

las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes".

"'(...)La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada"' (Sent., 23 de septiembre 1960, "G.J.", XCIII, 915).

"No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieren la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado"(sentencia del 26 de septiembre de 2000, Rad. 14038).

Tal y como lo diferencia la sentencia, la solidaridad proviene de la ley y se constituye en parte del efecto de la responsabilidad, trayendo al responsable solidario como un garante de las obligaciones que emanan del empleador; siendo esa la vinculación entre el trabajador su empleador y el dueño o beneficiario de la obra, mas no el contrato de trabajo, que como se dijo no se alegó respecto de la entidad estatal demandada.

Así mismo en el CONTRATO No. 005 de 2010 suscrito por TRASMILENIO S.A. y COOBUS S.A., se indicó que el objeto de tal acuerdo sería (fls. 128)[4]:

> *"(…) Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá –SITP- la concesionario, en la zona 3) FONTIBON (…)".*

Siendo los propósitos de éste contrato los siguientes (fl. 129)[5]:

> *"3.1 Garantizar la prestación del servicio público esencial urbano masivo de pasajeros en condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad (…).*
>
> *3.2. Implementar un sistema de transporte público de pasajeros organizado, eficiente y sostenible para la ciudad de Bogotá e incentivar la optimización y actualización tecnológica para garantizar su continuo mejoramiento."*

Y en cuanto a las labores desempeñadas por el demandante, en virtud del contrato de trabajo suscrito con COOBUS S.A.S., se tiene que fue el de OPERADOR DE PATIO BUS (ver contrato fl. 16), cuyo objeto básicamente fue desarrollar las actividades de esa empresa (clausula tercera fl. 16 vto).

En ese orden de ideas, a juicio de esta Sala de decisión, en el caso de marras no se dan los presupuestos para la procedencia de la declaración de la responsabilidad solidaria, por cuanto las actividades desarrolladas por el actor en virtud del contrato con COOBUS no son propias del objeto de Transmilenio, contrario a ello, sobre Transmilenio existe la prohibición de operar el transporte y de hacer parte o asociado de empresas que se encarguen de dicho objeto social, conforme se consagra en el numeral 6° del artículo 3° del Acuerdo 04 de 1999, cuya copia se aportó por la demandada Transmilenio en medio magnético (Cd. fol. 104) y que en lo pertinente reza (fl. 131)[6]:

> *"TRANSMILENIO S.A. no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas.*
>
> *TRANSMILENIO S.A. será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o terminen*

[4] Impreso para mayor claridad de los anexos de la contestación de la demanda de Transmilenio S.A., aportados en medio magnético a folio 104.

[5] Ibídem

[6] Impreso para mayor claridad de los anexos de la contestación de la demanda de Transmilenio S.A., aportados en medio magnético a folio 104.

> *anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o los contratos".*

Así las cosas, iterando que la actividad ejecutada por el actor no es del giro normal de TRANSMILENIO S.A., en la operación del transporte y teniendo en cuenta que el hecho de haberse beneficiado de la labor del demandante, por sí solo no tiene el alcance de generar la procedencia de la responsabilidad solidaria en los términos previstos en el artículo 34 del C.S.T., contario a lo concluido por la *a quo*, deberá absolverse a Transmilenio y en consecuencia se revocará parcialmente la sentencia de primer grado en lo pertinente.

Finalmente respecto de los argumentos dirigidos a la revisión de las condenas impuestas por acreencias laborales, pago de aportes a salud, prescripción de aportes a pensión y revisión de la liquidación de las sumas a pagar al demandante, se advierte que ante la inexistencia de la solidaridad no resulta procedente acometer a su estudio, precisándole a la recurrente que incluso la Juez de primer grado de manera oficiosa aclaró la providencia, indicando que la solidaridad procedía únicamente respecto del pago de los aportes en salud y pensión (Cd. fl. 120, record: 35:08) y como ya se dijo al no existir la solidaridad reclamada por el accionante, por sustracción de materia no se analizará la procedencia del reconocimiento y pago de los mismos (aportes a salud y pensión).

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las conclusiones expuestas se revocará parcialmente la sentencia de primer grado, para absolver a Transmilenio de las pretensiones incoadas en su contra, confirmando en lo demás.

SIN COSTAS en ésta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la demanda **TRANSMILENIO S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra, especialmente lo atinente a la declaración de

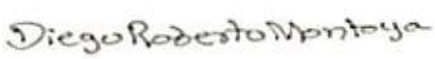
la responsabilidad solidaria, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR parcialmente la sentencia de primer grado para precisar que las condenas allí impuestas solo estarán a cargo de la demandada COOBUS S.A.S.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, conforme a las motivaciones anteriormente expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en ésta instancia.

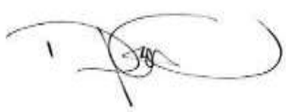
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE DIONICIO SORZA MARTÍNEZ CONTRA EDGAR XAVIER STIVEN MORENO SANCHEZ (RAD. 06 2018 00060 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, de la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de septiembre del 2019 (Cd fl. 46, record 6:50 acta a fl. 44) en la que se resolvió:

> ***"ABSOLVER** al accionado señor EDGAR XAVIER STIVEN MORENO SANCHEZ de las pretensiones del demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*
>
> ***COSTAS** a cargo de la parte demandante vencida en el proceso, se fija la suma de $300.000 por concepto de agencias en derecho"*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor JOSE DIONICIO SORZA MARTÍNEZ, las pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folio 5, encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el periodo comprendido del 12 de marzo de 2012 al 14 de mayo del 2016, el cual termino de manera injusta por parte del demandado, en consecuencia se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, vacaciones, primas de servicios, dotaciones indemnización por no consignación de las cesantías, reconocimiento y pago de servicios médicos, incapacidades y medicamentos por no afiliación a la EPS ni ARL, costas y agencias en derecho, indexación de los dineros dejados de cancelar, derecho *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto por cuanto se absolvió al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar la ausencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, pues ni tan siquiera se acreditó el vínculo jurídico con el accionado ni los extremos alegados en la demanda.

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo vigente del 12 de marzo del 2012 al 14 de mayo del 2016 (fl. 4 pretensión No. 1), en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la parte demandada se opone a las pretensiones, razón por la cual precisa la Sala, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse

primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Inicialmente debe precisar la Sala que por no haber sido aceptados por el accionado los hechos de la demanda (fls. 19 a 22) y, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el actor, corresponde en primer lugar definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el demandado, correspondiendo por tanto a éste último desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[1].

En ese orden, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, destacando de los interrogatorios absueltos por las partes, las siguientes manifestaciones:

EDGAR XAVIER STIVEN MORENO SANCHEZ[2] (DEMANDADO) afirmó haber conocido al demandante en mayo del 2014 por cuanto le fue hacer un trabajo a su casa ya que éste manejaba una retroexcavadora, el cual fue contactado a través del señor Carlos Bogota, asegurando nunca prestó servicios a su favor.

Manifestó el accionado que desde el año 2015 se dedica al alquiler de maquinaria pesada, pero no es propietario de ninguna de ellas, es intermediario, pues le prestan los equipos y el los alquila a los operadores quienes le pagan por hora de uso de las mismas, sin que tenga injerencia alguna en las labores que desempeñan los operarios de cada máquina, simplemente las alquila,

---

[1] *"El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.). A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."*

[2] Cd fl. 43, record: 7:20

precisando el accionante nunca le ha solicitado el servicio de alquiler de retroexcavadora.

JOSE DIONISIO SORZA MARTÍNEZ[3] (DEMANDANTE) refirió que su profesión u oficio es el de operador de maquinaria pesada, manifestando conocer al señor Carlos Bogota por cuanto éste utilizó sus servicios como operario, precisando que fue por intermedio de Carlos Bogota que conoció al demandado en mayo del 2014, por cuanto el accionado requirió los servicios del actor para realizar unas obras en su finca (la del demandado), manifestando que luego de ello aproximadamente en octubre del 2014 empezó a trabajar con el accionado operándole una retroexcavadora de propiedad de aquel.

Por otro lado señaló que le pidió al demandado como un favor personal la expedición de una certificación laboral con el fin de presentarla a una entidad bancaria en aras de obtener un crédito para la compra de un lote, señalando el actor que si bien en tal documental se indica que inició labores en marzo del 2012 con un salario de $3.000.000 ello no es verdadero, ya su labor inició fue en octubre del 2014 devengado un valor por hora.

De igual forma se recaudó prueba testimonial de la cual se destaca la siguiente sinopsis:

JOSE RAFAEL RODRÍGUEZ RIVAS[4], informó que conoce al demandante, como operario de retroexcavadora toda vez que éste le realizo un servicio de explanación en su finca, aduciendo que fue Edgar Xavier Moreno quien envió al demandante a realizar tal labor ya que el testigo solicitó ante el demandando dicho servicio el cual duró 28 o 32 horas, señalando que el pago lo hizo fue directamente al demandado, por lo que asegura el actor si trabajó para el señor Moreno Sánchez; sin embargo desconoce si la retroexcavadora es de propiedad del actor o del demandado, tampoco sabe cuándo inició ni cuando termino el vínculo laboral del demandante con el accionado, desconociendo de igual manera la existencia de remuneración, mencionando haber visto al actor desarrollando su función de operario en otros lugares y para otras personas, así

[3] Cd fl. 43, record: 18:48
[4] Cd fl. 43, record: 34:25

mismo expresó que durante el tiempo en que el actor le realizó el trabajo al testigo quien supervisó tal labor fue éste y no el demandado.

MAURICIO CORREA[5], afirmó trabajar en una estación de servicio de combustible, razón por la cual conoce al accionante ya que éste con frecuencia acudía a dicho lugar a tanquear una retroexcavadora, aduciendo que fue el demandante el que le dijo que trabajaba para Edgar Xavier Moreno quien autorizo a que el actor acudiera a dicha estación de servicio a tanquear la máquina, siendo cancelado tal servicio por el propio demandado, manifestando el testigo conocer que el accionado tiene un alquiler de retroexcavadoras, asegurando no saber cuándo se vinculó y desvinculó el actor con el demandado, ni percibir que éste le impartiera ordenes al accionante cuando iban juntos a la estación de servicio.

Como prueba documental se aportó a folio 8 la misiva a la cual hace alusión el accionante en su interrogatorio de parte, expedida por el señor XAVIER MORENO SANCHEZ, fechada del 16 de junio del 2015, donde se consiga que el demandante "*labora en nuestra empresa con el cargo de OPERARIO DE MAQUINA RETROESCAVADORA. En Supatá Cundinamarca Desde el 17 de marzo del 2012, devengando un salario mensual de (3.000.000)….con un contrato a término indefinido".*

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador *(artículo 61 del C.P.L.),* sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, si bien con las declaraciones del testigo JOSE RAFAEL RODRIGUEZ RIVAS podría extraerse que se dio una prestación personal del servicio por parte del actor y en favor del accionado por lo menos durante esas 28 o 32 horas que señala el declarante duró el trabajo desarrollado por el accionante, se tiene que contrastadas las versiones del testigo y del accionado las mismas resultan contradictorias, en tanto el primero (testigo) señaló que quien se encargó de enviar la maquinaria y el operador fue el accionado, y éste por su parte comentó

[5] Cd fl. 43, record: 45:33

que su función únicamente se limitaba al alquiler de los equipos para que los operarios desarrollaran sus funciones en donde fueran requeridos.

Precisándose si bien las manifestaciones expuestas por el accionado en su interrogatorio no pueden ser tenidas en cuenta pues ello sería fabricar su propia prueba, lo cierto es que la declaración del citado testigo resulta precaria, ya que el mero dicho del señor RODRIGUEZ RIVAS no es prueba suficiente para acreditar la prestación del servicio del accionante en favor del demandado, pues no se aportó otro medio de convicción diferente que apoye la versión dada por el declarante, advirtiéndose el deponente desconoce las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se dio la prestación personal del servicio, en tanto no le consta ni tiene conocimiento sobre las condiciones específicas en que se dio la misma en favor del accionado, incluso señaló el testigo que fue él quien supervisó y dirigió la labor del actor durante esas 28 o 32 horas. En ese orden de ideas, se itera ante la inexistencia de otra prueba que corrobore las manifestaciones del testigo, no resulta por ende creíble su versión, luego ha de concluirse el señor JOSE DIONICIO SORZA MARTINEZ pecó en cuanto a su deber de probar la prestación del servicio a favor del señor MORENO SÁNCHEZ a efectos de aplicar la presunción legal que operaría en su favor.

Ahora bien, en cuanto a la misiva visible a folio 8, es menester precisar que dicha documental no tiene el alcance de ser un medio probatorio que dé cuenta de la existencia de un vínculo laboral en los términos solicitados desde el libelo introductor, pues, si bien dicha documental es suscrita por el accionando indicando que el actor "*labora en nuestra empresa"*, no se sabe a cuál empresa se hace referencia, aunado a que su contenido fue desvirtuado con la propia confesión del actor en el interrogatorio de parte quien afirmó que tal carta fue expedida únicamente por un favor que le hizo el demandado para la solicitud de un crédito, indicando el demandante no ser cierta la fecha de inicio de labores allí señalada ni tampoco el salario descrito, aclarando el actor que a él le pagaban era por horas (sin mencionar quien le cancelaba tal dinero) y en todo caso como se ha venido indicando a lo largo de esta providencia, no existe medio probatorio alguno que permita establecer que el señor Edgar Xavier Moreno Sánchez tuvo algún vínculo contractual laboral con el actor.

En ese orden, se concluye, como se ha venido indicando que no se acreditó la prestación del servicio del señor JOSE DIONISIO SORZA MARTINEZ a favor del demandado, EDGAR XAVIER STIVEN MORENO SANCHEZ, generando la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada.

Así las cosas, el accionante debía acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en la norma precitada, siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba".*

En consecuencia, iterando la ausencia de material probatorio a efectos acreditar la prestación personal del servicio en favor del encartado, necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del actor frente al encartado, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio.

Así las cosas y agotada como está la competencia de la Sala, dado que se arriban a las mismas conclusiones halladas por la a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

Sin COSTAS en ésta instancia.

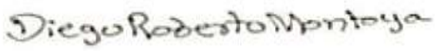
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

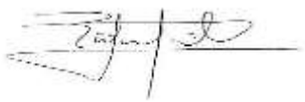
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del circuito de Bogotá, **pero** por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ésta instancia.

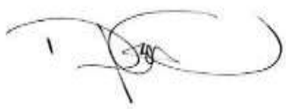
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUILLERMO NURY CORTES GUERRERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 06 2016 00333 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA KATHERIN LAMPREA MARTINEZ, como apoderada sustituta de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO (folio 192)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (folios 188 a 191), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, de la sentencia proferida

por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de octubre de 2019 (Cd folio 184, récord 11:49, acta folios 170 y 171) en la que se resolvió:

> *"**CONDENAR** a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar al demandante Señor GUILLERMO NURY CORTÉS GUERRERO, la suma de $9.850.778, correspondiente al retroactivo de las mesadas pensionales, por el periodo comprendido entre el día 2 de julio de 2012 y el día 31 de mayo de 2014, junto con la indexación de las sumas debidas, desde la exigibilidad de la obligación hasta cuando se produzca el pago de lo debido. Lo anterior, sin perjuicio de las diferencias futuras causadas por el accionante, a partir del día 1 de junio de 2014 hasta cuando se produzca el cumplimiento del fallo.*
>
> *Se **ABSUELVE** de las restantes pretensiones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. Se aclara que la indexación objeto de condena aplica de igual forma a la condena futura por diferencias pensionales a partir del día 1 de junio de 2014 hasta cuando se produzca el cumplimiento del presente fallo.*
>
> ***COSTAS** a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de $1.800.000 por concepto de agencias en derecho."*

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la providencia, toda vez que mediante Resolución GNR 38848 del 16 de marzo de 2013, reconoció y liquidó la pensión del actor conforme a derecho, con el IBL más favorable esto es, el de toda la vida laboral en virtud de lo previsto en la Ley 100 de 1993, sin que existan valores a favor del actor[1] (Cd folio 184, récord 11:49, acta folios 170 y 171).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor GUILLERMO NURY CORTÉS GUERRERO, las pretensiones relacionadas a folio 4, sustentadas con los supuestos fácticos narrados a folios 5 a 6, solicitando principalmente, se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de

[1] *"Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial – Sala Laboral, solicitándole se revoque el fallo proferido en esta instancia, teniendo en cuenta que mi representada conforme a derecho y liquidó debidamente la prestación a la aquí demandante, mediante Resolución GNR 38848 del 16 de marzo de 2013, puesto que, al hacer el reconocimiento, reconoció la prestación con el IBL más favorable esto es con el de toda la vida laboral, en aplicación al artículo de la Ley 100 de 1993, el cual, arrojó un IBL de $1.255.600 (Sic).*

vejez con fundamento en el ingreso base de liquidación de los últimos 10 años o subsidiariamente, de toda la vida laboral, según le sea más beneficioso o favorable, al pago de los intereses moratorios o la indexación y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable** por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión del demandante y a pagar un retroactivo a favor de este, debidamente indexado, teniendo en cuenta un IBL de los últimos 10 años que arrojó una mesada pensional para el 2 de julio de 2012 de $1.539.263,46 que resultaba superior a la cancelada por COLPENSIONES, procediendo a liquidar el retroactivo neto, entre el 2 de julio de 2012 y el 31 de mayo de 2014 en cuantía de $9.850.778.

En este orden de ideas, no es motivo de controversia en esta instancia, la calidad de pensionado que ostenta el demandante, tal y como puede verificarse en la Resolución No. 038848 del 16 de marzo de 2013 (fls. 17 a 22) a través de la cual se le otorgó el derecho pensional de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, a partir del 9 de agosto de 2012 en suma de $1.098.579 (fl. 20 vto.), la cual fue reliquidada por Colpensiones mediante Resolución GNR 215401 de 12 de junio de 2014, en cuantía de $1.105.631, a partir del 2 de julio de 2012 (folios 24 a 26).

De tal manera y frente a la reliquidación respecto de la pensión de vejez otorgada al pensionado, en relación con el IBL, es de advertir, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (18 años y 6 meses), pues al 1º de abril de 1994, contaba con 41 años de edad[2], razón por la cual debe darse aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo, situación aplicable al caso de autos en tanto el señor CORTÉS GUERRERO cuenta con 2236,43 semanas en total, conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones a folios 157 a 161.

Por lo anterior, le solicito al Honorable Tribunal a la hora de hacer la revisión verifique que mi representada obro conforme a derecho y en el caso concreto no existen valores a favor del demandante, por lo que procede en el caso concreto se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones. Muchas gracias."

[2] Nació el 25 de junio de 1952, conforme a la cédula de ciudadanía de folio 80.

Así las cosas, es clara la procedencia del cálculo del IBL del actor con el promedio de lo devengado tanto en toda su vida laboral, como el de los 10 últimos años tal como lo dispuso la *a quo.*

Establecido lo anterior, procede la Sala a resolver las inconformidades expuestas por COLPENSIONES y estudiará el presente litigio en lo que le fue desfavorable a esta en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en su favor.

En este orden de ideas, lo primero que se advierte es que si bien el demandante indicó en el escrito introductor que existían pagos realizados por AVIANCA no reflejados en su historia laboral (hecho quinto, folio 5), inconformidad que según lo anotado eran referentes al IBC reportado por su ex empleador, lo cierto es que tales deficiencias fueron saneadas por COLPENSIONES luego de actualizar el resumen de semanas cotizadas (folios 157 a 164) en virtud del requerimiento que para el efecto realizó la juez de primer grado (folios 154), procediendo a actualizar los IBC de los ciclos 2001-08 a 2008-06, "*conforme a los pagos realizados por el empleador AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A. NIT 890100577, originados en las liquidaciones financieras elaboradas por el ISS en su momento"* (folios 155 y 156)*,* las cuales resultan consistentes con el detalle de folio 55.

En esta dirección y afectos de establecer si la liquidación de la pensión del promotor del litigio presenta inconsistencias, procede esta Sala de decisión a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, para lo cual se tendrán en cuenta los IBC reportados en la historia laboral de folios 157 a 164 actualizada a 25 de junio de 2019, incorporada por Colpensiones

Conforme a lo anterior, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, se realizaron los cálculos matemáticos los cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolos al plenario y que arrojaron como IBL de los 10 últimos años de aportes del actor (que fueron los solicitados en la demanda y los considerados por la juez en la sentencia), tomándolos a julio del 2012, la suma de $1.763.195,49 al cual se le aplica una tasa de remplazo equivalente al 90% atendiendo el número de semanas cotizadas y que

por demás no está siendo discutida, para una mesada pensional de **$1.586.876**[3] para el año **2012**, suma que resulta superior a la otorgada por Colpensiones en la Resolución GNR 215401 de 12 de junio de 2014 (fls. 24 a 26) que lo fue equivalente a **$1.105.631** (fl. 26), por lo que en efecto le asiste derecho al demandante de obtener la reliquidación de su pensión; sin embargo, como quiera que la mesada obtenida por la Sala es levemente superior a la liquidada por la juez de primer grado -$1.539.263,46-, no se modificará la sentencia por resultar perjudicial para la parte a favor de quien se surte la consulta.

En lo que corresponde al retroactivo, como quiera que la juez realizó la liquidación únicamente entre el 2 de julio de 2012 y el 31 de mayo de 2014, por no encontrar prueba del valor de la mesada que se le ha cancelado con posterioridad a esa fecha al demandante, la Sala constatará dicha cifra, la cual hechos los cálculos respectivos arroja un valor de $11.059.886,66[4], misma que luego de descontar lo correspondiente a los aportes de salud sobre las mesadas ordinarias (como lo estableció la *a quo)* corresponde a $8.960.196,60[5], por lo que habrá de modificarse la sentencia en este aspecto.

3

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
2002	*209*	*66,729*	*109,16*	*1,636*	*$ 1.010.674,64*	*$ 1.653.295,20*	*$ 11.517.956,53*
2003	*360*	*71,395*	*109,16*	*1,529*	*$ 1.056.000,00*	*$ 1.614.538,87*	*$ 19.374.466,49*
2004	*360*	*76,029*	*109,16*	*1,436*	*$ 1.126.000,00*	*$ 1.616.633,42*	*$ 19.399.601,03*
2005	*360*	*80,209*	*109,16*	*1,361*	*$ 1.189.000,00*	*$ 1.618.127,55*	*$ 19.417.530,64*
2006	*360*	*84,103*	*109,16*	*1,298*	*$ 1.440.327,83*	*$ 1.869.405,49*	*$ 22.432.865,85*
2007	*360*	*87,869*	*109,16*	*1,242*	*$ 1.311.161,50*	*$ 1.628.822,91*	*$ 19.545.874,96*
2008	*360*	*92,872*	*109,16*	*1,175*	*$ 1.330.739,33*	*$ 1.564.084,03*	*$ 18.769.008,41*
2009	*360*	*100,000*	*109,16*	*1,092*	*$ 1.486.333,33*	*$ 1.622.442,82*	*$ 19.469.313,86*
2010	*360*	*102,002*	*109,16*	*1,070*	*$ 1.974.916,67*	*$ 2.113.460,27*	*$ 25.361.523,23*
2011	*360*	*105,237*	*109,16*	*1,037*	*$ 2.037.416,67*	*$ 2.113.326,47*	*$ 25.359.917,60*
2012	*151*	*109,157*	*109,16*	*1,000*	*$ 2.172.596,03*	*$ 2.172.596,03*	*$ 10.935.400,00*
Total días	***3600***			***Total devengado actualizado a:***		***2012***	***$ 211.583.458,60***
Total semanas	***514,29***					***Ingreso Base Liquidación***	***$ 1.763.195,49***
Total Años	***10,00***					***Porcentaje aplicado***	***90%***
						Primera mesada	***$ 1.586.875,94***
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	***2012***	***$ 566.700,00***

4

Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***Mesada otorgada***	***Diferencia***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
02/07/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 1.539.263,46*	*$ 1.105.631,00*	*$ 433.632,46*	*6,97*	*$ 3.020.972,80*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 1.576.821,00*	*$ 1.132.608,40*	*$ 444.212,60*	*13,00*	*$ 5.774.763,85*
01/01/14	*31/05/14*	*1,94%*	*$ 1.607.411,00*	*$ 1.154.581,00*	*$ 452.830,00*	*5,00*	*$ 2.264.150,00*
				Subtotal desde 02/7/2012 a 31/05/2014			***$ 11.059.886,66***

5

Mesadas ordinarias	*$ 10.182.041,59*
Descuento salud 12%	*$1.221.844,99*
RETROACTIVO NETO	***$8.960.196,60***

Frente a la condena de indexación, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, resulta procedente el pago indexado de las sumas adeudadas, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la reliquidación pensional y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores habrán perdido poder adquisitivo, confirmándose en este punto la decisión de primer grado.

Finalmente, en lo que toca a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones desde la contestación de la demanda (folio 92)[6], se tiene que en el caso bajo examen, el reconocimiento pensional como ya se dijo se realizó a través de Resolución No. GNR 038848 (fl. 17 a 22), decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición según puede leerse en la Resolución GNR 215401 de 12 de junio de 2014 (folio 24), los que solo fueron resueltos en este último acto administrativo, en la cual se modificó la cuantía de la pensión y la data a partir de la cual se iniciaría su pago (folios 24 a 26), presentando solicitud de reliquidación el 7 de marzo de 2016 (folio 58) la cual fue negada mediante Resolución GNR 94104 del 5 de abril siguiente (folios 33 a 36), siendo incoada la demanda el 18 de julio de 2016 (folio 1) por tanto, no se superó el término trienal que para la operatividad de la prescripción exige el artículo 151 del C. P. del T. y la S.S., debiendo confirmarse también la sentencia de primera instancia en este aspecto.

[6] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 31 de julio de 2017 (folio 106)

De ésta manera se agota la competencia de la Sala y conforme a las anteriores consideraciones, atendiendo además el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia modificando únicamente lo atiente al valor retroactivo que debe ser cancelado al actor.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de precisar que el valor del retroactivo neto a cancelar a favor del actor, entre el 2 de julio de 2012 y el 31 de mayo de 2014 asciende a $8.960.196,60.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAIME HERRERA VILLANUEVA CONTRA EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (RAD. 05 2019 00179 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARIA CAMILA CAMARGO RUEDA, como apoderada judicial de la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, en los términos y para los efecto del poder incorporados a las diligencias (folio 128).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (folios 125 a 127), pues el demandante guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante contra la sentencia proferida por

el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 21 de enero de 2020 (Cd. a folio 113, récord 14:24 acta folios 114 a 118), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor JAIME HERRERA VILLANUEVA.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS***
>
> ***CUARTO:** En caso de que este fallo no fuere apelado CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES* (sic)*"*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JAIME HERRERA VILLANUEVA, las pretensiones relacionadas a folio 3, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 2 y 3, aspirando se declare que la demandada le debe reajustar la mesada pensional devengada en un 15% conforme a la Ley 4° de 1976, a partir del 1° de enero del 2001, acogiéndose a lo establecido en los artículos 20 y 23 de la Convención Colectiva de 1980, en consecuencia se condene al pago de las diferencias resultantes del reajuste efectuado conforme a la Ley 4 de 1976, debidamente indexadas, costas del presente proceso y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a las pretensiones** por cuanto se absolvió a la demandada, tras considerar que la Convención Colectiva respecto de la cual solicita su aplicación no contempla el reajuste peticionado, advirtiendo los reajustes se realizan de conformidad con las disposiciones legales.

En este orden de ideas, el problema jurídico en esta instancia consiste en determinar, la procedencia del reajuste establecido en la Ley 4 de 1976, por lo que en este sentido se aborda el estudio respectivo.

Así las cosas, lo primero que debe advertir esta Sala de decisión antes de verificar si el accionante es o no beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para 1980 aportada a folios 35 a 43, es que al demandante le fue reconocida por parte de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA una pensión mensual vitalicia de jubilación de carácter especial contemplada en el Decreto Ley 895 del 3 de abril de 1991, esto es, una de orden legal y no convencional conforme se lee de la Resolución No. 1138 del 10 de julio de 1991 (folios 120 a 122)[1], por ende no se puede dar estudio a las pretensiones como si se hubiese reconocido una pensión convencional y solo en gracia de la discusión se tiene que en dicha convención colectiva citada nada se dispuso respecto de los reajustes de las mesadas pensionales de conformidad con la Ley 4 de 1976 (ver arts. 11 y 12 de la Convención fls. 40 y 40 vto.), sin que se puede entender que al citarse en el artículo 20 convencional (folio 42) los artículos 7 y 9 de la mencionada ley se establezca también la aplicación de los demás postulados allí contenidos, como lo hace ver el demandante, pues para la procedencia de esta petición el acuerdo colectivo debía expresamente señalarlo.

Ahora estudiando el derecho pretendido conforme a lo establecido en la Ley 4 de 1976 (art. 1° parágrafo 3), y en atención a que, como ya se dijo, al actor se le reconoció la pensión con base en una norma de estirpe legal y no convencional, se tiene que este los reajustes anhelados, perdieron vigencia con la expedición de la Ley 71 de 1988 -19/12/1988-, norma a través de la cual se dispuso que todas las pensiones reconocidas tanto en el sector privado como en el público se reajustarían en el mismo porcentaje en que se incrementara por el Gobierno el salario mínimo legal mensual[2] y la cual resulta aplicable a la situación pensional del accionante, ya que fue pensionado en vigencia de esta Ley -71 de 1988- y no de la Ley 4 de 1976, la cual como ya se dijo en lo que tenía que ver con el reajuste de la mesada pensional fue derogada tácitamente por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, precisando el sistema de reajuste pensional ha sido paulatinamente reestructurado con esta norma y también con lo dispuesto en el artículo 14 de la

[1] Documental impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado por la encartada en medio magnético a folio 91.

[2] ARTÍCULO 1. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

Ley 100 de 1993[3]. Sobre este punto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL1509, Radicación No. 67664 del 9 de mayo del 2018.[4]

---

[3] ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

[4] "(…) *El derecho a conservar el poder adquisitivo de la mesada pensional no implica tener derecho a un determinado monto de incremento, como condición más beneficiosa, sin tener en cuenta si con él se está actualizando o se está aumentando su valor. La forma de actualizar el valor de la mesada es dinámica, siempre dependerá de las condiciones económicas en las que se encuentre el país, y no se puede invocar un derecho adquirido, o la condición más beneficiosa o el principio de favorabilidad respecto de un monto de incremento concedido en determinada época, si las condiciones económicas existentes al momento de su adopción han variado. Ya esta Sala en la sentencia CSJ SL del 19 de octubre de 2011, no. 41105, había planteado lo siguiente:*

> *Lo que sucede es que si ese 15% de reajuste automático mínimo, ordenado por la regla de derecho que se examina [artículo 1º Ley 4 de 1976], se analiza sin relacionarlo con el contexto económico de la época, se podría pensar que resulta exorbitante frente a los bajos índices de depreciación monetaria presentados últimamente en nuestro país; empero, no hay que olvidar que para esos momentos de nuestra historia, el envilecimiento del poder adquisitivo de la moneda colombiana era notablemente alto, si se le compara con el que muestran los índices actuales.*
>
> ***Sin embargo, lo anteriormente discurrido resulta útil para ratificar que con la expedición de la Ley 71 de 1988, el esquema de incremento pensional contemplado en el ordenamiento de 1976, perdió vigor, así como también, la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, significó que desde el 1º de abril de 1994, el reajuste de las pensiones debe coincidir con la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.***
>
> *Es así, porque a partir del entendido de que la teleología del incremento fijo porcentual de las pensiones, responde a la necesidad de evitar en lo posible la reducción, en términos reales, de la capacidad de compra de lo que se recibe por ese concepto, una lógica aplicada dentro de ese mismo marco hermenéutico, impone asumir que, en la medida en que el comportamiento del proceso inflacionario sufra modificaciones, el legislador adopta los correctivos necesarios para que, lo que antes era adecuado para los fines propuestos, más adelante no genere consecuencias exactamente contrarias al objetivo buscado.*
>
> ***Es decir que, no obstante la desviada exégesis del ad quem, en cuanto restringió el derecho al reajuste de la señora RIOS DE ARBELÁEZ, la acusación no cobra entidad suficiente para quebrar el fallo gravado, dado que para el año 2000, que es desde cuando solicita se le aplique el mismo, ya se encontraba en vigencia el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por manera que son éstos los incrementos que gobiernan la materia desde el 1º de abril de 1994, que no los de ordenamientos legales que ya dejaron de regir, además porque lo contrario implicaría desatender el mandato del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo.***

Por su parte, en la precitada sentencia C-110 de 2006, la Corte Constitucional concuerda con el anterior razonamiento de esta Sala, a saber:

> *Ciertamente, dentro de una política pública dirigida a recuperar y mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones en todos los sectores -público, oficial, semioficial, privado y las pagadas por el ISS-, el Congreso de la República, a través de las leyes 71 de 1988 y 100 de 1993, se dio a la tarea de reestructurar sustancialmente el sistema de reajuste pensional contenido en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, en especial, lo relacionado con la manera como se procedía a tal reajuste.*
>
> *Así, la fórmula contenida en el artículo acusado para llevar a cabo el reajuste anual de las pensiones, fue inicialmente <u>modificada</u> por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, en el cual se dispuso*

expresamente que las pensiones a que hacía referencia el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976 se reajustarían de oficio cada vez y en el mismo porcentaje en que fuere incrementado el salario mínimo legal mensual, aclarando también que dicho reajuste tendría vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo. El precepto es del siguiente tenor:

*"**ARTÍCULO 1°. Las pensiones a que se refiere el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976**, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, **serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.***

***PARÁGRAFO.** Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo." (Negrillas fuera de texto original).*

Siguiendo el texto de la norma citada, la modificación introducida por la Ley 71 de 1988 al sistema de reajuste pensional previsto en la Ley 4ª de 1976 consistió en que, mientras bajo esta última ley el reajuste resultaba de promediar dos salarios -el vigente para el año inmediatamente anterior al reajuste y el vigente para el año en que debía operar el incremento-, arrojando un aumento inferior al porcentaje del salario mínimo, con la ley 71 el reajuste correspondía al mismo porcentaje en que se incrementaba por el Gobierno Nacional para el respectivo año, el salario mínimo legal mensual.

En este sentido, considerando que en uno y otro caso las fórmulas de reajuste pensional son distintas e incompatibles, es claro que el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976 fue derogado tácitamente por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, disposición esta última que fue ignorada por el actor, en cuanto no la incorporó a los planeamientos de la demanda ni hizo alusión alguna a la misma.

***Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social, avanzando en la política de garantizar el poder adquisitivo constante de las pensiones, procedió a modificar el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, disponiendo, como regla general, que todas las pensiones se reajustarían anualmente y de oficio el primero (1°) de enero de cada año, ya no en el mismo porcentaje en que se incrementaba el salario mínimo, sino teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor -IPC- certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior**. Sobre el particular dispone la norma:*

*"**ARTICULO 14.- Reajuste de Pensiones.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, **se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.** No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno." (Negrillas fuera de texto).*

La misma Ley 100 de 1993, a través de los artículos 142 y 143, complementó el régimen de reajuste pensional en dos aspectos: (i) reconociendo a favor de todos los pensionados una mesada adicional, a cancelar con la mesada del mes de junio de cada año, y (ii) concediendo un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994. Tales preceptos consagran:

***"ARTÍCULO 142. Mesada adicional para pensionados.** Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

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

***ARTÍCULO 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados.** A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte,*

Razones por las cuales, sin más consideraciones, resulta improcedente acceder a los anhelos del accionante, encontrando por ende acertada la actuación del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA mediante Resolución 2709 de 13 de diciembre de 2018 (folios 54 a 59), motivos suficientes que dan lugar a prohijar la decisión de primera instancia, pero por lo motivos aquí expuestos.

En los términos expuestos y agotada como se encuentra esta instancia por el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, habiéndose arribado a la misma decisión del Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia consultada, pero atendiendo a las razones expuestas en esta sentencia.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

---

tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

***PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal."*

Así las cosas, en el entendido que las normas laborales son por expresa disposición legal de orden público y de aplicación inmediata (C.S.T. art. 16), se tiene que la fórmula de reajuste pensional contenida en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, estuvo vigente y produjo efectos jurídicos sólo hasta la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, hecho éste que tuvo ocurrencia el día 19 de diciembre de ese mismo año tal y como aparece registrado en el Diario Oficial N° 38.624 del 22 de diciembre de 1988. Por tanto, el reajuste conforme al promedio que resultara entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, previsto en el artículo 1° de la Ley 4 de 1976 y cuestionado por el actor, sólo rigió hasta el año de 1988.

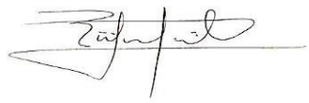
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las razones aquí consignadas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

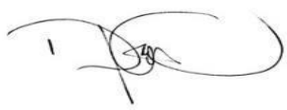
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PAUBLO ANTONIO LÓPEZ MURILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES (RAD. 05 2019 00055 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 85 a 87 y 88 a 91), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante de la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 5 de diciembre de 2019 (Cd a folio 65, récord: 32:27, acta a folios 78 a 81), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el Señor PAULO ANTONIO LÓPEZ MURILLO.*
>
> ***TERCERO: COSTAS** a cargo del demandante, 1 SMLMV como agencias en derecho.*
>
> ***CUARTO:** en caso de que este fallo no fuere apelado **CONSÚLTESE** con el superior.*
>
> *El presente fallo queda notificado en estrados a las partes. Apoderada de la parte demandante, alguna manifestación."*

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se acceda

a las pretensiones de la demanda, amparando los derechos constitucionales que le asisten.

En primer lugar, advierte, quedó probado que el actor ostenta la calidad de pensionado cumpliendo así el primero de los requisitos; además, asegura, se demostró que la mesada pensional devengada para el año 2018 era inferior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para esa anualidad, por lo cual, dice, tiene derecho a la mesada 14.

Expone, no tuvo en cuenta el Despacho el principio de favorabilidad el cual es aplicable incluso cuando una sola norma admite diversas interpretaciones, precisando, Colpensiones en la Resolución SUB 1264439 refiere que la mesada se debe analizar año a año para verificar si le asiste o no el derecho a la mesada 14.

De otro lado, refiere, no podía arrebatársele la mesada adicional porque se trataba de un derecho adquirido, legalmente reconocido por Colpensiones en el acto administrativo que le otorgó la pensión, no siendo correcto el procedimiento adelantado por la administradora para revocar el derecho que ya estaba ejecutoriado y el cual llevaba más de 10 años gozando[1] (Cd a folio 65, récord: 32:56, acta a folios 78 a 81).

---

[1] "*Gracias señoría. De manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir en los siguientes términos:*

Frente a la decisión del despacho de no conceder las pretensiones de la demanda, se entiende que quedó plenamente demostrado que mi poderdante ostenta la calidad de pensionado mediante la Resolución número 016219 del año 2006, razón por la cual, cumple con el primer requisito para ser beneficiario de la mesada 14.

Así mismo, se demostró que la mesada pensional de mi mandante para el año 2018 era de $2.067.789, suma que para ese momento era menor a los 3 Salarios Mínimos, puesto que para el año 2018 el Salario Mínimo en Colombia era equivalente a $781.242, que al multiplicarlo por 3, da $2.343.726.

Además, el despacho no tuvo en cuenta el principio de favorabilidad en cuanto a la interpretación más favorable en materia laboral, teniendo en cuenta que tanto la entidad judicial como administrativa debe optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Más allá de la duda ante dos normas la jurisprudencia sostiene que este principio se aplica inclusive cuando una sola norma admite diversas interpretaciones y como se indicó en el transcurso del proceso Colpensiones en la Resolución SUB 1264430 indica y hace alusión al concepto número 2013-33006353 indicando que para el reconocimiento de la mesada 14, se debe analizar año a año la suma para verificar si le asiste o no el derecho a la mesada 14, esto es validar sí año a año cumple o no con el segundo requisito de la mesada 14, esto es, que la mesada pensional sea igual o inferior a los 3 SMLMV.

Además, omitió entender que un derecho adquirido se diferencia de la mera expectativa, y por derecho adquirido la doctrina y la jurisprudencia ha entendido que es el patrimonio de una persona es el derecho que

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante PAUBLO ANTONIO LÓPEZ MURILLO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el respectivo acápite (folio 4), las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 1 y 2, aspirando se declare que tiene derecho a que COLPENSIONES le siga reconociendo y pagando la mesada 14 en adelante y mientras subsistan las causas que le dan origen a la prestación, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación y las costas. **Obteniendo sentencia totalmente adversa a sus aspiraciones,** por cuanto se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que, como el demandante causó su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y la cuantía de su mesada pensional fue superior a los 3 SMLMV para esa anualidad, el demandante no adquirió el derecho a percibir la mesada 14.

En esa orientación, en primer término, debe indicarse, no es motivo de controversia, al demandante le fue reconocida pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 2006, mediante Resolución No. 016219 del 28 de abril de 2006 (folio 8), expedida por el ISS, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud del régimen de transición, con una mesada inicial en cuantía de $1.252.341.

---

ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica que hace parte de él, por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien por quien lo creó o lo reconoció legítimamente.

Como se evidencia en el proceso, este derecho lo reconoció legalmente Colpensiones en su momento mediante la Resolución número 016219 del año 2006, así mismo, la Corte Constitucional ha indicado que el tema de mesada pensional para hacer la revocatoria de una Resolución es necesario atenderlo con bastante cuidado toda vez que si habla de garantía constitucional, se relacionan con el mínimo vital, la vida y la dignidad humana, razón por la cual, el procedimiento que adelantó Colpensiones para la revocatoria de este derecho, no es el que corresponde de acuerdo a lo establecido legalmente, toda vez que, el acto administrativo se encontraba ejecutoriado para ese momento, puesto que mi mandante llevaba gozando más de 10 años dicho beneficio.

En ese sentido le solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, que revoque la sentencia emitida por el presente despacho y como consecuencia ordene al demandado a cumplir con las pretensiones solicitadas en la demanda, y de esta forma se amparen los derechos constitucionales que le asisten a mi representado. Gracias su señoría."

Pues bien, es menester dilucidar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesada adicional de junio reclamada.

Al respecto, debe memorarse, por virtud de lo consagrado en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, *"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."*[2]

Sin embargo, en la misma disposición normativa, se encuentra la excepción a la aplicación del inciso en cita, esto es el parágrafo 6° transitorio en el que se establece:

> *"**Parágrafo transitorio 6º.** 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".*

De tal manera, aunque no se especificó en el acto administrativo de reconocimiento pensional (folio 8) la data de causación de la prestación por vejez a favor del actor, pues solo se indicó que se empezaría a pagar la prestación a partir del 1 de mayo de 2006, atendiendo la normatividad aplicable -artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año- se tiene que los 60 años de edad los cumplió el 24 de diciembre de 2005 (folio 9[3]), fecha para la cual, según la información entregada por Colpensiones (CD folio 65- folios 15 a 72) contaba con 990,57 semanas en los 20 años anteriores a la edad, por lo que, en esa fecha -24 de diciembre de 2005- causó el derecho pensional.

Así, como quiera que la pensión se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 -29 de julio de 2005- y con anterioridad al 31 de julio de 2011, inicialmente podría darse aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 6º antes citado, no obstante, la cuantía de la mesada pensional se estableció en la suma de $1.252.341, y para la data del reconocimiento del derecho pensional del actor (1 de mayo de 2006- folio 8) el salario mínimo

---

[2] *"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".*

[3] Nació el 24 de diciembre de 1945.

mensual legal vigente correspondía a $408.000, resultando evidente que la cuantía de la mesada pensional supera los tres salarios mínimos mensuales legales vigentes[4], lo que excluye al actor del reconocimiento de la mesada pretendida en los términos del parágrafo 6 iterando que en dicha disposición normativa, exceptúa de la exclusión definitiva de la procedencia de la mesada adicional bajo el condicionamiento que la mesada pensional no supere 3 salarios mínimos y el derecho se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

De igual forma, atendiendo los argumentos de la alzada, no sobra agregar, en el asunto no es posible dar aplicación al principio de favorabilidad en tanto la disposición, contrario a lo asentado en el recurso, no admite más de una interpretación, es decir, para la Sala resulta claro que para causar el derecho a la mesada 14 deben concurrir los presupuestos previstos en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, que se adquiera el estatus pensional con anterioridad al 31 de julio de 2011 y que la cuantía inicial de la mesada sea inferior a 3 salarios mínimos, requisitos que se verifican al momento de entrar a disfrutarse la prestación, allí nace el derecho con independencia del comportamiento que a futuro tenga la mesada pensional, esto es, si asciende o desciende su valor; entonces, es claro que de no causarse el derecho en los términos del precitado acto legislativo, aunque el monto de la mesada posteriormente resulte inferior a los 3 SMLMV, ya no habrá lugar a reconocer y pagar la mesada adicional de junio.

En síntesis, la mesada adicional de junio no se causa o verifica anualmente, su causación depende de la data de adquisición del estatus de pensionado y del monto inicial que le sea reconocido, el cual no debe superar los 3 salarios mínimos.

Finalmente debe anotar la Sala, en el caso del demandante no es correcto hablar de derecho adquirido, pues aunque Colpensiones canceló la mesada adicional de junio al actor hasta el año 2017 (folios 11 a 18), esa sola circunstancia, esto es, el yerro de facto cometido por la Administradora en el pago citado, desconociendo flagrantemente el acto legislativo, no puede ser sinónimo de creación del derecho en favor del actor, ni lo hace beneficiario de la mesada que reclama, máxime teniendo en cuenta que, como quedó analizado en precedencia, no concurrieron en cabeza del demandante los requisitos para hacerse acreedor de la misma a

[4] Tres salarios mínimos para el año 2006 equivale a: $408.000X3= $1.224.000

partir de los cuales pudiera ahí si concluir la existencia de un derecho adquirido a su favor.

Agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, habiéndose arribado las mismas conclusiones del a quo lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

COSTAS en apelación a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en apelación a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DANIEL PACHECO MONTES CONTRA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES Y EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, trámite al que se vinculó como llamadas en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A. Y CONFIANZA S.A. (RAD. 05 2016 00298 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 361 a 367, 368 a 371 y 372 a 373), con excepción de las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A. quienes guardaron silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y CONFIANZA S.A., respectivamente, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 21 de octubre de dos mil diecinueve (2019) (Cd a folio 339, récord 45:34, acta a folio 340 a 342), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., CONFIANZA, a pagar a DANIEL JOSÉ PACHECO MONTES, la suma de $20.331.000, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.*
>
> ***SEGUNDO: NO DECLARAR** probadas las excepciones propuestas por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., CONFIANZA.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y LIBERTY SEGUROS S.A., y declarar probada de oficio la excepción de indemnización a cargo de un tercero*

asegurador a favor de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., en LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

***CUARTO: SIN COSTAS** en este proceso.''*

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales del demandante y CONFIANZA S.A., respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, la parte actora refiere, cuando se analizó el caso no consideró necesario llamar a otras empresas de servicios temporales con las que el demandante cumplió funciones para el Fondo Nacional del Ahorro, pues lo que querían evidenciar era "*la relación laboral que había entre el Fondo Nacional del Ahorro y (…) el señor DANIEL PACHECO MONTES"*.

En ese entendido, solo vio que eran responsables el FNA y Optimizar en solidaridad, pues aunque no se cumple con el tiempo de 6 meses y luego un año con la empresa, si se acredita lo relacionado a las funciones específicas cumplidas por el actor que no fueron transitorias o por servicios ocasionales o accidentales y por el contrario fue denominado como "*otros trabajadores propios del FNA, que cumplían funciones específicas*", por lo que considera, se vulneró la ley en una de sus dimensiones.

De otro lado, dice, es necesario ampliar la responsabilidad de Confianza, pues la indemnización debe ser hasta el auto de liquidación definitiva de la empresa[1] (Cd a folio 339 record 46:41, acta a folio 340 a 342).

---

[1] *'' Si su señoría, solicito el recurso de reposición en subsidio el de apelación, en virtud de lo siguiente:*

Primero, la norma no solo se desfigura por el tiempo sino también por digamos la labor que cumple la persona, en este sentido, nosotros cuando analizamos el caso, digamos que no vimos la necesidad de llamar a las otras empresas con las que mi poderdante, el Señor Daniel Pacheco, cumplió las funciones al FNA, toda vez que lo que queríamos evidenciar era digamos la relación laboral, que había entre el FNA y mi poderdante, el Señor Daniel Pacheco Montes.

En este sentido, pues solamente vimos que era responsable tanto Optimizar como el FNA, en solidaridad, si bien es cierto, no se cumple digamos el tiempo de 6 meses, y luego un año con la empresa, cierto, que es un tópico especifico de la Ley, si se cumple el otro que se evidencio digamos en el acervo probatorio que tiene que ver con las funciones específicas que cumple mi poderdante, las cuales, nunca digamos dentro de las pruebas se vieron que eran de forma transitoria o por servicios ocasionales o accidentales, sino por el contrario, mi poderdante fue llamado como fue denominado otros trabajadores propios del FNA, que cumplían funciones propias del FNA, como lo es revisar documentos, asesorar en la contratación, etc.

Entonces mi poderdante en ningún momento cumplió con este eje especifico de la Ley, que tiene que ver con servicios temporales, sino que, por el contrario, cumplía funciones específicas del FNA, entonces en ese sentido, vemos que si se viola la Ley, en un sentido, en una dimensión.

Por su parte CONFIANZA S.A. indica, en los términos del artículo 64 del C.G.P., existe una falta de legitimación en la causa frente al llamamiento realizado por el Fondo Nacional del Ahorro, debido a que esa entidad no ostentaba la titularidad de la póliza sobre la que se sustentó su integración, pues los beneficiarios eran los trabajadores en misión en los términos del artículo 18 del Decreto 4369 de 2006. Adicionalmente, refiere, aunque esa sociedad fue vinculada al proceso que se realizó ante el Ministerio de Trabajo, en el que se afectaron algunas pólizas vigentes para la época del contrato del actor, advierte, su integración a este litigio se dio con ocasión a una póliza específica sobre la que no versó la condena, no siendo posible que se ordene el pago con fundamento en pólizas no determinadas en este asunto.

De otro lado, alega, no puede extendérsele el pago de la sanción moratoria pues se trata de un tercero de buena fe, vinculado en virtud de los contratos de seguros que ya fueron afectados por el Ministerio del Trabajo. En todo caso, advierte, desde el 30 de septiembre de 2015 los trabajadores promovieron un trámite ante dicha Cartera Ministerial con el fin de afectar la póliza expedida por esa aseguradora, el cual fue resuelto de manera definitiva el 21 de abril de 2017, fecha en la cual, por resolución se ordena el traslado de las liquidaciones a la aseguradora para realizar los pagos correspondientes, los que se efectuaron entre septiembre y noviembre de ese año (2017), y en ese sentido, dice, no hubo demora pues se hicieron los pagos una vez agotado el proceso administrativo que era ajeno a la voluntad de esa Compañía[2] (Cd a folio 339 record 49:32, acta a folio 340 a 342).

Bueno, por otro lado, si en todo caso, esto no se lograra hacer efectivo, es necesario ampliar también la responsabilidad de Confianza, toda vez que esta indemnización debe ser hasta el auto de liquidación definitiva de la empresa."

[2] "*Me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo proferido, teniendo en cuenta, que este desnaturaliza el llamamiento en garantía, teniendo en cuenta, que en virtud del artículo 57 del CPC, hoy artículo 64 del CGP, reza que el llamamiento en garantía, es que quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir a otro la indemnización del perjuicio que llegara a sufrir o reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en un proceso que se promueva o lo promueva, o quien de acuerdo a la Ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir en la demanda o dentro del término para contestarla que dentro del mismo proceso se resuelva tal relación.*

Por lo tanto, insiste esta apoderada en que existió falta de legitimación en la causa por parte del FNA, para llamarnos en garantía, teniendo en cuenta, también el artículo 18 del Decreto 4369 del año 2006, que dispone que la efectividad de la póliza, expedida por Confianza, se hará a solicitud de los trabajadores en misión, cuando la Empresa de Servicios Temporales, se encuentra en iliquidez, y que sea en la ocurrencia de uno de los hechos, perdón, y que el funcionario competente, procediera por solicitud de los trabajadores en misión hacer efectiva la póliza de garantía mediante un acto administrativo que declarará el siniestro, y ordenará directamente a la compañía de seguros a realizar el pago de salarios, prestaciones sociales e

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante DANIEL PACHECO MONTES las pretensiones visibles a folio 3, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 1 a 3, aspirando de manera principal se declare solidariamente responsable al FONDO NACIONAL DEL AHORRO para que con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., cancelen las prestaciones sociales que se le adeudan. En consecuencia, se condene a las demandadas a pagar a su favor las cesantías e intereses a las cesantías, causadas entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de noviembre de 2015 (sic), la prima de servicios por el lapso comprendido entre el 1 de junio y el 30 de septiembre de 2015 y las vacaciones causadas entre el 12 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, junto con la

---

indemnizaciones con base en las liquidaciones que para tal efecto elabore el inspector de trabajo en el lugar donde presto el servicio.

Por lo tanto, me encuentro en desacuerdo con el fallo, teniendo en cuenta que el FNA, no constaba o no tenía titularidad en la póliza expedida por mi representada, teniendo en cuenta que aquí, solamente se encontraba como aceptado los trabajadores en misión y existió una omisión por la parte demandante, al no vincularlos dentro del presente proceso, si bien es cierto, nos vincularon en el proceso que se llevó a cabo en el Ministerio de Trabajo, y Confianza realizó la afectación de algunas pólizas de seguros que se encontraban vigentes para la existencia del contrato de trabajo, no es dable, que nos vinculen nuevamente o es más, nos condenen, ya que se nos vinculó a este proceso por una póliza específica y no nos pueden condenar por otras pólizas que no se encuentran determinadas dentro de este proceso y no se pueden hacer efectivas, teniendo en cuenta, pues lo ya manifestado.

Así mismo, me permito indicar que no puede hacerse efectiva a Confianza el pago de la indemnización moratoria, teniendo en cuenta, que somos terceros de buena fe, únicamente estamos vinculados por unos contratos de seguros, que fueron afectados mediante resoluciones del Ministerio del Trabajo.

Así mismo, me permito hacer un recuento de los hechos, el 30 de septiembre de 2015, fecha en la que terminó el contrato laboral con Optimizar, los trabajadores iniciaron un proceso ante el Ministerio, para afectar la póliza de disposiciones legales expedidas por Confianza. El 30 de diciembre de 2016, el Ministerio expide la resolución declarando el siniestro, afectando dos pólizas. Esas resoluciones fueron objeto de recurso de reposición y de apelación. El 21 de abril de 2017, el Ministerio resuelve la apelación y queda en firme la resolución que declaró el siniestro, el Ministerio ordena a la liquidadora trasladar todas las liquidaciones a la aseguradora para realizar los correspondientes pagos.

El 18 de julio de 2017, después de un arduo trabajo, porque eran más de 1600 trabajadores, la liquidadora, envía las liquidaciones a Confianza. En los meses de septiembre a noviembre de 2017, Confianza paga las sumas ordenadas por el Ministerio en un tiempo de 2 o 3 meses.

Por lo tanto, no se nos puede hacer entender que hubo demora en los pagos efectuados, teniendo en cuenta, que pues somos terceros de buena fe, no teníamos relación laboral con los demandantes y la fecha de nuestro pago se dio después de un largo proceso administrativo iniciado por los trabajadores ante el Ministerio, pues lo cual, es totalmente ajeno a la voluntad de la aseguradora.

Por lo tanto, en ese sentido, dejo presentado mi apelación."

indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., la indexación y las costas[3]. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones por cuanto se condenó a CONFIANZA S.A., como llamada en garantía, a pagar a favor del actor la suma de $20.331.000 por concepto de indemnización moratoria, absolviendo a las demás demandadas de las pretensiones en su contra. Lo anterior, tras considerar el juez de primera instancia que hubo mala fe de la empleadora OPTIMIZAR S.A., por lo que procedía el pago de la sanción moratoria hasta el 15 de febrero de 2016, calenda en la que se admitió el proceso de reorganización de la demandada OPTIMIZAR S.A. ya que en su criterio, a partir de esta última fecha se entiende que cesa la mala fe del empleador en el no pago de prestaciones y demás acreencias. Con relación a la solidaridad, señaló aunque se pudo establecer que el demandante prestó sus servicios a favor del Fondo Nacional del Ahorro a través de diferentes empresas de servicios temporales, de estas solo fue vinculada OPTIMIZAR S.A., por lo que no era posible analizar la concurrencia del "*llamado carrusel de las Empresas de Servicios Temporales",* es decir, entrar a determinar si se violaron las normas que regulan este tipo de empresas. Bajo tal escenario, dijo, el término del contrato con esa EST se sujetó a los términos de la ley (no superó el año), enfatizando, tampoco se discutió que el Fondo Nacional del Ahorro fuera el verdadero empleador. Con relación a la llamada en garantía CONFIANZA, refirió que no existía falta de legitimación pues no importa quien la convocó a litis, se podía resolver el derecho a favor del empleado independientemente de cómo fue llamada a integrar el contradictorio por cuanto se discute un derecho laboral de un trabajador en misión que tenía póliza, que aunque no se aportó esta última, se deduce de la Resolución del Ministerio del Trabajo donde fue declarado el siniestro, de allí que no exista argumento plausible para no condenar a dicha aseguradora.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

[3] Es de advertir que en trámite de la audiencia inicial, la apoderada judicial de las convocantes aclaró que el 19 de octubre de 2017 le fueron reconocidas y pagadas las prestaciones sociales y vacaciones reclamadas, situación que fue confirmada por OPTIMIZAR S.A., por lo cual el litigio se fijó únicamente frente a la sanción moratoria, excluyendo igualmente el examen sobre la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y OPTIMIZAR S.A.

En el presente asunto no es objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre el demandante y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., entre el 12 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, a través del cual prestó sus servicios como trabajador en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, aspectos que además de no haber sido objeto del proceso ni del recurso de apelación, encuentran asidero en los documentos de folios 12, 19 y 96 a 100.

En primer lugar abordará la Sala los planteamientos del recurso propuesto por el demandante que procuran la revocatoria de la absolución del Fondo Nacional del Ahorro, ante la ausencia de solidaridad declarada en el fallo objeto de impugnación.

En tal sentido, valga recordar, la norma parte de la premisa de que la empresa de servicios temporales funge como verdadera empleadora y la contratante como usuaria, por lo que la solidaridad deviene de la superación del término máximo de contratación y no de la existencia de los elementos propios del contrato, como la subordinación, entre el trabajador en misión y la usuaria. Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante sentencia de fecha 22 de febrero del año 2006, radicación No 25717[4].

---

[4] *"En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de1997, radicación 9435.*

Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales. Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo

Ahora, es del caso precisar que en el asunto no se presenta discusión en cuanto a que el demandante prestó sus servicios como trabajador en misión al Fondo Nacional del Ahorro, en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre esa entidad y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.[5], advirtiendo que en el fallo objeto de apelación se estableció que el verdadero empleador era la EST, pues la existencia de la relación laboral con esa sociedad ni siquiera hizo parte de la discusión sentada en la fijación del litigio.

Ahora, en el evento que la vinculación del demandante no se enmarcara dentro de una contratación temporal como trabajador en misión, para los casos en que la Ley expone se pueden llevar tales vinculaciones, y por el contrario, se tratara de una función propia y permanente del giro normal del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, como lo sugiere el demandante en el recurso de apelación, lo propio era concluir que no era trabajador en misión, sino que la relación laboral fue directamente con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador, siendo en consecuencia la empresa temporal demandada simple intermediaria, y por tanto, responsable solidaria de las obligaciones a favor de los trabajadores. No obstante, admitir este giro, iría en contravía del principio de congruencia según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido propuestas si así lo exige la ley, y que no podrá condenarse al

---

ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

Es éste entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

" Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T." (Lo resaltado es de la Sala*).*

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones".

[5] Situación que puede constatarse con la documental que reposa en el medio magnético de folio 114, y con los contratos de folios 176 a 188.

extremo demandado por un objeto distinto al pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

En ese orden, siendo indiscutible en esta instancia la vinculación del demandante mediante contrato de trabajo a la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR, del 12 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015 (folio 19), periodo en el cual el accionante se desempeñó como trabajador en misión ante la usuaria FNA, no es dable concluir que esta última resultó solidaria laboralmente con aquella respecto de la indemnización insoluta de que es titular el trabajador.

Sobre el tema se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en sentencia SL-16350 de 2014, en los siguientes términos:

> *""LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO*
> *"Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T, pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de representante convencional del patrono E.S.T, con el alcance previsto por artículo 1, inciso 1 del Decreto 2351 de 1965 (C.S.T art 32) esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad se contrae tan solo frente al representado, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación.*
>
> *"Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de* ***suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.***
>
> *"Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobrecosto sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad*

> *corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento.*
>
> *"Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, art 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.*
>
> *"Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones. (C.S.T, arts 14 y 43)"* (Negrilla y Subrayas de la Sala).

En consonancia con tal pronunciamiento, en el caso bajo examen, dada su vinculación como trabajador directo de la empresa de servicios temporales llamada a juicio, en modo alguno el FONDO NACIONAL DEL AHORRO está llamado a responder solidariamente por las acreencias laborales que la empleadora dejó de pagarle oportunamente a su trabajador y por la cual fue condenada a pagar la indemnización moratoria.

No sobra agregar que el lapso de duración de la vinculación laboral se enmarca dentro del precepto legal contenido en el art. 77 de la Ley 50 de 1990[6], según el cual las empresas usuarias sólo pueden contratar con empresas de servicios temporales[7] por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más[8], es decir 1 año, el que no se superó en el presente asunto.

---

[6] Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de la labores ocasionales, accidentales o transitorias a que sé refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) mes más.

[7] Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias, para reemplazar personal en vacaciones, licencia e incapacidad por enfermedad o maternidad, o por incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías, períodos estacionales de cosechas y prestación de servicios.

[8] Situación regulada nuevamente en el artículo 13 del Decreto reglamentario 24 de 1998: Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado en este aspecto.

Ahora, en relación con la indemnización moratoria impuesta a cargo de CONFIANZA S.A. como llamada en garantía, por la mala fe endilgada a la empleadora OPTIMIZAR S.A. en el impago de prestaciones sociales a favor del trabajador, calculada entre la fecha de terminación del contrato de trabajo -30 de septiembre de 2015- y la de admisión al proceso de reorganización -15 de febrero de 2016-, que de acuerdo a lo manifestado por la apoderada del actor en su recurso debe prolongarse hasta el auto de liquidación definitiva de la empresa, deben hacerse las siguientes precisiones.

Sentado está por la jurisprudencia, que la indemnización moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador[9], examinando la situación específica del mismo en cada caso; de tal manera, en el sub judice, la empresa demandada OPTIMIZAR S.A. –empleadora-

---

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

PARAGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> **Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.**

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en el presente Decreto.

[9] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).*

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).

debió pagar las acreencias laborales del actor el 30 de septiembre de 2015, fecha en la cual se terminó el contrato de trabajo.

Ahora, a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral del demandante, tal como así lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, el cual reza:

> *"ARTÍCULO 17. EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE ADMISIÓN AL PROCESO DE REORGANIZACIÓN CON RESPECTO AL DEUDOR. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso".*

Al tenor de lo anterior, resulta claro para la Sala, una vez presentada la solicitud de admisión a proceso de reorganización de la sociedad OPTIMIZAR S.A., y habiendo sido admitida la compañía, a esta no le era posible realizar pagos sin la autorización del Superintendente de Sociedades, situación que la ubica en el campo de la buena fe en el impago de las acreencias correspondientes al actor, a partir de dicha calenda –admisión del proceso de reorganización-, que en el caso ocurrió el 15 de febrero de 2016 (folio 15 vto.).

Así entonces, a juicio de la Sala, si bien las circunstancias de insolvencia del empleador y sus consecuencias, no pueden ser trasladadas al trabajador, si puede apreciarse en el asunto que se estudia, la empresa demandada OPTIMIZAR S.A. actuó en ejercicio de las órdenes impartidas por la Superintendencia de Sociedades, en cuanto se determinó la imposibilidad de hacer pagos relacionados con sus obligaciones, entre otras medidas, que pueden apreciarse en el aviso de

reorganización (folio 359[10]), por lo que la mala fe de OPTIMIZAR S.A. por su omisión en el pago se desvirtúa a partir de su admisión en el proceso de reorganización, que en el caso de autos, se insiste, ocurrió el 15 de febrero de 2016 (folio 15 vto.). En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia del 5 de octubre de 2005, radicado 25456[11].

---

[10] Documento extraido del CD de folio 114, impreso para mayor calidad.

[11] *"(...) Cuando la colegiatura resuelve la segunda instancia, plasmó como argumentos para confirmar la indemnización moratoria, que por el incumplimiento del deber de cancelar en forma oportuna las prestaciones sociales se presumía la mala fe, lo que ocurría por no haberse demostrado la razón de su incumplimiento, habiéndose aceptado en la primera audiencia de trámite que no se había cancelado las prestaciones sociales, con el argumento de que ello se debió a que se trataba de procesos que conllevaban a una liquidación, que conforme a la ley facultaban al liquidador para convocar a las personas que se creyeran con derecho a realizar algún reclamo.*

Agregó el Tribunal, que es cierto que la jurisprudencia ha tenido en cuenta que el trabajador participa de las ganancias y no de las pérdidas y que el proceso de liquidación de la empresa no la exoneraba del pago oportuno de los derechos sociales al momento de finiquitar el contrato.

El censor argumentó, que la sociedad demandada "se encuentra en proceso de liquidación forzada por decisión autónoma de la Superintendencia Nacional de Salud, "y que la causa o motivo de la terminación de los contratos de trabajo no se le podían imputar", para lo cual se apoyó en la jurisprudencia donde la Corte consideró que la situación de iliquidez y de insolvencia de una sociedad, cuya liquidación obligatoria era decretada por la autoridad competente, se convertía en un factor que evitaba la imposición de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., dado que las consecuencias de dicha liquidación impedían la viabilidad de la empresa como unidad de explotación económica y generadora de fuente de empleo.

Pero es de advertir, que la regla sentada por la Corte no puede considerarse como absoluta hasta el punto de que siempre que una empresa se encuentre en estado de liquidación obligatoria, ese hecho automáticamente la exonere de la referida sanción, pues aún encontrándose en ese estado, es posible que incurra en actos que demuestren mala fe en el no pago de salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato de trabajo.

Tampoco puede admitirse como premisa general que las situaciones de iliquidez o de insolvencia y la intervención económica estatal sean circunstancias que impongan necesariamente la sanción regulada por el citado artículo 65 del Estatuto Sustantivo Laboral, como así lo dejó definido la Corporación, verbigracia en la sentencia del 10 de octubre de 2003, radicación 20764, en la que además recordó que los <los jueces deben valorar previamente, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones adeudados a un trabajador al momento de la terminación del contrato para efectos de determinar si dicha renuencia es o no de buena fe>.

No obstante lo acotado, en el asunto de marras, debe decirse que el Tribunal edificó la condena por la indemnización cuestionada por el recurrente en una incorrecta interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque, a pesar de admitir que la demandada está en proceso de liquidación, tal como lo había expuesto la defensa, citando para el efecto y como apoyo jurídico el Decreto 663 de 1993 y la Ley 510 de 1999, no la consideró de buena fe, no sólo porque el trabajador no participaba de los riesgos o pérdidas sino de las ganancias como lo dice el Art. 28 del C.S.del T., sino porque estimó que no estaba exonerada de hacer la liquidación de las prestaciones <e incluir al trabajador dentro de los créditos de la entidad, haciéndolo parte dentro del respectivo proceso>.

Como bien puede observarse, el ad quem reconoció que la accionada estaba en proceso de liquidación por intervención de la Superintendencia Nacional en Salud conforme al Decreto 663 de 1993 y Ley 510 de 1999, y sin más investigación le fulminó condena por indemnización moratoria, no percatándose que en las Sociedades donde el Estado entra a mediar a través del Ministerio de Salud – Superintendencia Nacional de Salud -,conforme al Inciso 3º del Art. 116 de la Carta Política y artículo 116 del Decreto 663 de 1993, en armonía con los cánones 23, 24 y 25 de la Ley 510 de 1999 y 28 a 32 del Decreto1922 de 1994, tiene la facultad de ordenar la toma de posesión para liquidar la sociedad, cuando se de alguna de las causales

En consecuencia de lo anterior, la sanción moratoria impuesta debe ser limitada a la admisión en el proceso de reorganización empresarial, como lo estableció el

---

contempladas en la ley, como ocurrió en el asunto en estudio según se colige de la resolución 1052 de Junio 1º de 2001, en la que entre otras disposiciones ordenó la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión y la separación de los Administradores y Directores de sus cargos, entrándose a nombrar el respectivo liquidador, que si bien es cierto continua representando a la entidad, debe ceñirse a las funciones y responsabilidad que le señala la ley.

Lo acotado indica, que a partir del ordenamiento de la toma de posesión para liquidar la empresa, decretada por resolución 1052 de Junio 1º de 2001, el liquidador no podía hacer ningún pago de obligaciones, porque se había suspendido; de allí que la defensa de la accionada, se hubiera fundado en que no se le podía imputar mala fe en la no cancelación de los salarios y prestaciones sociales debidos, pues todo obedecía a los trámites propios del proceso de liquidación social, elemento suficiente como constitutivo de buena fe; entendiéndose por ella la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente al trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos, de fácil comprensión por el Juzgador, valiéndose de todos los elementos de juicio que estén a su disposición.

Sobre el tema debatido dijo esta S ala, en sentencia del 31 de mayo de 2001, radicación 15571, lo siguiente:

<Sin duda el Tribunal Superior no apreció adecuadamente los elementos de juicio a que se refiere el ataque, pues si bien descartó la buena fe de la demandada al no cancelar los salarios y prestaciones sociales debidos a la finalización del contrato de trabajo, con fundamento en que sus dificultades económicas no la excusaban de cumplir con las obligaciones laborales, no se detuvo a analizar las consecuencias de toda índole derivadas del hecho de que la sociedad Quintex se hallara en liquidación obligatoria.

"En efecto, tal situación comporta el reconocimiento estatal, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de una extrema insolvencia que impide la viabilidad de la empresa hasta el punto de concluirse que solo procede la realización de los bienes sociales, para obtener en forma ordenada y con arreglo a la ley el pago de las obligaciones pendientes. Para el caso, ello se desprende en forma manifiesta del documento visible a folios 221 a 226 del expediente, en cuanto contiene el auto 4350 de 3 de septiembre de 1996, mediante el cual la mencionada Superintendencia dispuso, entre otras cosas, abrir el trámite de liquidación obligatoria de Quintex, embargar y secuestrar todos sus bienes, haberes y derechos y designar un liquidador.

"De otra parte, con arreglo al documento de folios 137 a 144, el liquidador y representante de la sociedad se dirigió al Ministerio del Trabajo aduciendo en suma que la liquidación obligatoria configura una fuerza mayor que suspende los contratos de trabajo y entre otras razones expuso:

"<Se observa entonces que la decisión no es por responder a una manifestación de voluntad de los administradores, ni de los acreedores, accionistas o trabajadores de la empresa, sino un acto de autoridad competente, pues impone la voluntad legal ocurrida la causal para la decisión, sin que ninguna de las anteriores personas (...) tenga la posibilidad de resistirlo.

"<"La liquidación de la empresa trae implícita la disolución de la persona jurídica, para todos los efectos legales, situación de fuerza mayor que impide el cumplimiento del objeto para el cual fueron contratados los trabajadores...>.

"Desde otro enfoque, es patente que el entendimiento de suspensión del contrato de trabajo ante la liquidación obligatoria, fue responsabilidad del liquidador, así como el no pago de las deudas laborales exigibles a la terminación del nexo. Ello se reconoce en la propia carta de renuncia (ver, folios 3 y 4), pero igualmente es dable desprenderlo del hecho de la liquidación. Y si bien éste funcionario actúa como representante legal, también emerge que su misión fundamental está en lograr una liquidación patrimonial rápida, progresiva y con arreglo a la ley.

"Pues bien de éstos elementos de juicio se impone concluir que la actitud del liquidador frente al demandante, obedece exclusivamente al ánimo de ejecutar cabalmente sus atribuciones y no al interés de perjudicarlo, por lo que resulta ostensible la buena fe de la sociedad en liquidación>".

juez de primer grado, debiendo confirmarse entonces la sentencia de primer grado en este punto.

Frente a la alzada formulada por CONFIANZA, parte la Sala por advertir que le asiste razón a esta sociedad en referir la falta de legitimación frente a las condenas impuestas en su contra, por cuanto la indemnización moratoria correspondía asumirla a OPTIMIZAR S.A. en su calidad de empleador del demandante, sociedad ésta que no llamó en garantía a la aseguradora CONFIANZA S.A pues la vinculación de esta compañía se originó con ocasión del llamado que hiciera el FONDO NACIONAL DEL AHORRO (folios 234 a 235)[12], quien por demás, no tenía relación jurídica o contractual con dicha aseguradora que la habilitara para pedir reparación o reembolso alguno de esta, pues las pólizas sobre las que fundó las peticiones del llamamiento son a favor de los trabajadores en misión de OPTIMIZAR S.A.

Al punto, memórese, con el llamamiento en garantía, y según lo estatuido en el artículo 64 del C.G.P., se habilita al llamante a convocar a un tercero que le proteja y pague por él o le reembolse lo que erogó por razón de la condena, figura que a su vez posibilita que un demandado llame en garantía a otro demandado (demanda de coparte).

Sobre el tema el maestro DEVIS ECHANDÍA explicaba que

> "(…) *con alguna frecuencia ocurre que una de las partes -demandante o demandada-* ***tiene el derecho contractual o legal de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio o la restitución del pago que llegue a soportar como resultado, por existir entre él y ese tercero una relación de garantía,*** *es decir, aquella en virtud de la cual ese tercero (garante) está obligado a garantizar un derecho del demandante y, en consecuencia, a reponer a la parte principal (garantizada) lo que haya dado o perdido en virtud de la acción de otra persona. En otras ocasiones, el derecho a citar al tercero proviene de una relación jurídica distinta, existente entre los dos, respecto a la cosa materia del litigio, como cuando el tenedor demandado en reivindicación denuncia al verdadero poseedor en cuyo nombre tiene el inmueble. Esa citación puede prevenir (sic) también de la pretensión excluyente de un tercero sobre la misma cosa"*[13]).

Además la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, advirtió que para que proceda el llamamiento en garantía se requiere que exista –la garantía-,

[12] Llamamiento admitido por auto del 9 de abril de 2018 (folio 143 a 144)
[13] " Devis Echandía, Hernando, nociones generales de derecho procesal civil, segunda edición, Temis, Bogotá 2009, página 519.

es decir, que este último, por ley o por contrato, esté obligado a indemnizar al llamante por la condena al pago de los perjuicios que llegare a sufrir, o que esté obligado, en la misma forma, al "*reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia*"[14]. Sobre el particular ha sostenido esa Corporación:

> *"El llamamiento en garantía es uno de los casos de comparecencia forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal o contractual de garantía que lo obliga a indemnizarle al citante el "perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia" que se dicte en el proceso que genera el llamamiento.*
>
> ***La justificación procesal del llamamiento en garantía, previsto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil*-hoy artículo 64 del C.G.P.-, *no es otra que la de la economía, pues lo que se procura es hacer valer en un mismo proceso, las relaciones legales o contractuales que obligan al tercero a indemnizar, sin perjuicio, claro está, de las garantías fundamentales del proceso, que en manera alguna se ven conculcadas. Por tal razón, la Corte ha sostenido que "El texto mismo del precepto transcrito indica que el llamamiento en garantía requiere como elemento esencial que por razón de la ley o del contrato, el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago" (Sent. de 11 de mayo de 1976).***
>
> *(...)*
>
> *Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo **es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica, o la "proposición anticipada de la pretensión de regreso" …, o el denominado "derecho de regresión" o "de reversión"**, como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, "a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia" (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, **la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (in eventum), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia**, "se vea compelido a resarcir un*

---

[14] *"(...) como el vocablo mismo así lo indica, para que proceda el llamamiento en garantía requiérese que la halla; es decir, que exista un afianzamiento que asegure y proteja al llamante contra algún riesgo, según la definición que de garantía da la Real Academia Española. O, en otras palabras, que el llamado en garantía, por ley o por contrato, esté obligado a indemnizar al llamante por la condena al pago de los perjuicios que llegare a sufrir, o que esté obligado, en la misma forma, al "reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia", según los términos del artículo 57 del C. de P. Civil".*

Agregó además que "el llamamiento en garantía se produce, al decir de Guasp, «cuando la parte de un proceso hace intervenir en el mismo a un tercero, que debe proteger o garantizar al llamante, cubriendo los riesgos que se derivan del ataque de otro sujeto distinto, lo cual debe hacer el tercero, bien por ser transmitente: llamado formal, o participante: llamado simple, de los derechos discutidos». En uno y otro caso precísase, como se dejó dicho antes, que haya un riesgo en el llamante, que por ley o por contrato deba ser protegido o garantizado por el llamado; o según palabras del Art. 57 ya citado, que el llamante tenga "derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia" Sentencia Sala de Casación Civil, CSJ. radicado 2393 del 14 oct. 1976, reiterada en sentencia SC1304 de 2018.

> *perjuicio o a efectuar un pago", como lo ha dicho la Corte."*(Negrilla y Subrayas de la Sala)

Sin embargo, tal relación sustancial no puede entrar a ser estudiada si no se formula la demanda (llamamiento en garantía) con el lleno de los requisitos que establece la ley (artículo 65 del C.G.P.), esto es, si no se aduce la existencia de la misma, pues esta es una discusión que se resuelve entre el llamado y el llamante solo cuando este último es vencido en juicio, luego de agotarse el debate jurídico y probatorio respectivo, con el respeto de la garantía al debido proceso que le asiste a ambas partes, entre ellas, el derecho de defensa y contradicción.

Atendiendo lo expuesto, aunque eventualmente exista una póliza a favor de OPTIMIZAR otorgada por CONFIANZA, en virtud de la cual pudiera trasladarse la carga de asumir el pago de la condena a esta última, lo cierto es que la empresa de servicios temporales demandada no formuló pretensión alguna contra la aseguradora –como lo exigen los artículos 64 y siguientes del C.G.P.- a efectos de resolver sobre esta relación material, figura que aquí no puede entrar a verificarse por no haber sido alegada quien en últimas es la que debe asumir el pago de la sanción moratoria impuesta, esto es OPTIMIZAR S.A.,

En orden a lo anterior, no siendo CONFIANZA S.A. llamada en garantía de OPTIMIZAR S.A. quien en últimas, según se infiere de las consideraciones expuestas por el juez de primer grado en el fallo apelado, es sobre quien recae la sanción moratoria en su calidad de ex empleador por haber incurrido en mora en el pago de las prestaciones causadas a favor del demandante, sin justificación válida para proceder de tal manera, debe revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia para establecer que la indemnización ordenada a favor del trabajador deberá ser pagada por OPTIMIZAR S.A. en calidad de empleador y no por CONFIANZA S.A., quien se insiste, no está legitimada para ser condenada como llamada en garantía de OPTIMIZAR en tanto dicha relación sustancial no fue objeto de debate probatorio.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se revocará parciamente el numeral primero de la providencia

apelada para disponer que el pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador este a cargo de OPTIMIZAR S.A.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para establecer que la indemnización ordenada a favor del demandante deberá ser pagada por OPTIMIZAR S.A. en calidad de empleador y no por CONFIANZA S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERNANDO VILLARUEL ADARME CONTRA PALMAS MONTERREY S.A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 02 2018 00619 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, representada legamente por CLAUDIA LILIANA VELA, como apoderada principal y a la abogada KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, como sustituta, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poderes conferidos (folios109 y 111 a 115), respectivamente.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 105 a 108, 116 a 120, 121 a 122), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Palmas Monterrey S.A., de la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de enero de 2020 (Cd. folio 101, récord 23:53, acta a folios 99 y 100), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante HERNANDO VILLARRUEL ADARME quien se identifica con cedula de ciudadanía 5.714.814 y la demandada PALMAS MONTEREY S.A. existió un contrato de trabajo desde el cuatro de abril de 1983 al 19 de mayo de 1986.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a PALMAS MONTERREY S.A. a pagar al demandante HERNANDO VILLARRUEL ADARME el cálculo actuarial por el periodo comprendido del 4 de abril de 1983 al 19 de mayo de 1986 teniendo en cuenta el último salario devengado, esto es $32.000.*
>
> ***TERCERO: CONDENANR** en **COSTAS** a la parte demandada PALMAS MONTEREY S.A. dentro de las que debe incluirse por concepto de agencias en derecho la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra."*

Inconforme con la decisión, el apoderado de PALMAS MONTERREY S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas en su contra.

Se aparta el recurrente de la postura asumida por la juez de primer grado, señalando, no es culpa de la sociedad que el Estado colombiano se haya tardado más de 20 años en poner en marcha el ISS, más en zonas como Puerto Wilches donde el demandante prestó sus servicios.

Advierte, la obligación de reconocer pensiones o trasladar aportes al Instituto de Seguros Sociales conforme a la ley y la jurisprudencia vigente para la época, surgía respecto de trabajadores que llevaban más de 20 años vinculados a la empresa, requisito que no cumple el demandante, pues entre el inicio del contrato y el "*4 de abril de 1983*", fecha en la que se afilió al ISS, transcurrieron solo tres años.

De otro lado, alude, el cálculo actuarial al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, está concebido como una sanción a los empleadores omisos, empero, la empresa nunca incumplió la obligación de afiliación al ISS, es más, incluso, según quedó probado, afilió al trabajador en la ciudad de Bogotá un año antes de que surgiera el deber de afiliarlo, actuando de buena fe. Insiste, no puede incumplirse un mandato legal que no se había expedido.

Finalmente, califica de elevada la condena en costas si se tienen en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos que motivaron el accionar de esa parte, así como la postura jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que se mantuvo hasta el

2014, advirtiendo, actuó bajo los presupuestos de confianza legítima, siendo variadas las reglas de afiliación 9 años después de que finiquitó el contrato de trabajo[1] (Cd. folio 101, récord 25:10, acta a folios 99 y 100).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

[1] "*Su señoría, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir y lo argumento de la siguiente manera:*

El despacho consideró que en cabeza de mi representada estaba la obligación de efectuar el pago del cálculo actuarial de que trata el artículo 33 de la ley 100 de 1993, pero nos apartamos de esa postura bajo los siguientes presupuestos, pues de ninguna manera es culpa de mi representada que el estado colombiano se haya demorado más de 20 años en poner en marcha el instituto de seguros sociales, más aun en las zonas que están alejadas del centro del país, por ejemplo Puerto Wilches que fue el lugar donde el demandante prestó sus servicios, no obstante y teniendo en cuenta que la obligación de afiliar a sus y trabajadores al instituto del seguros sociales en Puerto Wilches surgió a partir de 1987, con anterioridad mi representada con absoluta buena fe y un buen actuar respetuoso de los derechos laborales, buscó la manera de afiliarlo en la ciudad de Bogotá, pues haciéndolo.

También hay que tener en cuenta que la obligación de reconocer las pensiones o trasladar los aportes al instituto de seguros sociales conforme a la ley o la jurisprudencia que se encontraba vigente para la época surgía para los trabajadores que llevaban más de 20 años vinculados a la respectiva empresa, pero entre la fecha en la cual inició el contrato de trabajo, es decir el 4 de abril de 1983 y la fecha en la cual se dio la afiliación a los riegos de pensión en el instituto de seguros sociales pasaron menos de tres años, es decir, pasaron más de tres años trabajando al servicio de PALMAS MONTEREY.

También hay que tener en cuenta que el cálculo actuarial dispuesto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 está concebido como una sanción o la consecuencia que conlleva a los empleadores el hecho de omitir la afiliación de sus trabajadores al instituto de seguros sociales para ese entonces, pero mi representada en ningún momento estaba incumplió tal obligación porque como está fuera de discusión dentro del presente proceso porque así se logró probar, un año antes que tuviera la obligación de afiliar al trabajador lo afilió en la ciudad de Bogotá , es decir, el sistema pensional ni siquiera estaba concebido para que él lo afiliara en el año 1986 porque como lo planeó el estado colombiano y como lo llevaba planeado durante 20 años, lo obligación en su cabeza surgía el año siguiente. No obstante, reitero, en un actuar de buena fe lo afilió en la ciudad de Bogotá.

Entonces no puede alguien incumplir un mandato legal que no se había expedido, es decir, un mandato legal que se expidió siete años después fue el que incumplió mi representada.

Debe tenerse en cuanta que la condena en costas que se impuso en la presente sentencia es bastante elevada si se tienen en cuenta los fundamentos fáctico y jurídicos y lo prolongado en el tiempo que se mantuvo la postura de la corte suprema de justicia bajo la que mi representada se mantuvo, porque no se vino a cambiar sino en el año 2014, mi representada estaba actuando bajo todos los presupuestos de la confianza legítima que ha explicado la corte constitucional, es decir, la relación laboral se acabó en 2005 y nueve años después le surge una obligación pensional, ¿es que acaso la incumplió mientras estuvo vigente el contrato de trabajo? Pues no, ¿Incumplió omitiendo la afiliación del trabajador al seguro social? Pues no, lo afilió un año antes, ¿La corte suprema de justicia había morigerado el contenido? Es decir, ¿había dispuesto que los trabajadores debían trasladar el cálculo actuarial al instituto de seguros sociales? No, ocurrió nueve años después que terminó el contrato de trabajo.

En ese orden de ideas, honorables magistrados, solicito se analicen nuevamente los fundamentos fácticos dentro del presente proceso, porque no se puede olvidar que mi representada actuó bajo el principio de la buena fe que es indiscutible y bajo el principio de confianza legítima, cumplió todas las obligaciones que le imponía el ordenamiento jurídico colombiano. Entonces le solicito al honorable tribunal superior de Bogotá revocar la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar absolver a mi representada de las condenas impuestas. Muchas gracias"

Constituyeron los anhelos del demandante HERNANDO VILLARUEL ADARME las pretensiones relacionadas a folios 1 y 2, las cuales encuentran sustento en los hechos relacionados a folio 1; solicitando se declare que entre este y PALMAS MONTERREY S.A. existió un contrato de trabajo, y que esta última no realizó los aportes a pensión entre el 4 de abril de 1983 y el 19 de mayo de 1986. En consecuencia, se ordene a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial, el cual deberá ser cancelado por PALMAS MONTERREY S.A. Pidió igualmente condenar COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez con los incrementos de ley y mesadas adicionales a partir del 2 de abril de 2018, debidamente indexado. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se condenó a Palmas Monterrey S.A. al pago del cálculo actuarial por el tiempo en el que al actor no estuvo afiliado, esto es, del 4 de abril de 1983 al 19 de mayo de 1986, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que si bien no existía cobertura del ISS en el municipio donde el actor prestó sus servicios, la empleadora debió hacer los aprovisionamientos necesarios de los aportes pensionales de su extrabajador. Con relación a la pensión, le advirtió a Colpensiones, únicamente en la parte considerativa, que debería proceder al estudio de la prestación pensional, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, una vez reciba el cálculo actuarial, aspecto que no fue incluido en el resuelve del fallo.

Así pues, en primer lugar, de acuerdo con los términos de la apelación ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por el recurrente en la alzada, en virtud del principio de consonancia, quien no controvirtió la existencia de la relación laboral con el demandante, sino que mostró inconformidad frente a la condena al pago del cálculo actuarial dispuesto por la Juzgadora inicial.

De esta manera, a efecto desatar la alzada, debe señalar la Sala, si bien la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos venía exponiendo el criterio según el cual no era obligatorio realizar la afiliación y por ende la cotización de aportes a pensión, por el hecho de que en el lugar donde se prestó el servicio por parte del trabajador no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales, y por esa razón no se podía hablar de incumplimiento imputable al empleador, no siendo este responsable de dichos aportes por el tiempo en el que no hubo cobertura de dicho Instituto, en Sentencia SL 9856 del 16 de julio de 2014 dentro de la Radicación

No. 41475[2], fue reexaminado el tema considerándose inviable estimar que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligaciones respecto de los periodos

---

[2] *Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.*

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que «la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfanamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros"».

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de

efectivamente trabajados por su empleado, con fundamento en que ello desconoce la protección integral que se debe al trabajador, pasando por alto que éste último no tiene por qué ver frustrado su derecho, al excluirse el periodo durante el cual prestó su servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, pues esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

---

lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes. Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal".

Agregó la Corte en dicho pronunciamiento que el empleador tiene una serie de compromisos por los periodos en los que no existió cobertura, y no se puede imponer la afectación del derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo; por lo tanto el empleador debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, como quiera que sólo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

Sobre el mismo aspecto también puede consultarse la sentencia SL 3892 del 2 de marzo del 2016.[3]

A más de lo anterior, debe tenerse en cuenta, la posición asumida por la Corte Constitucional y que puede leerse por ejemplo en la sentencia T-784 de 2010, en la cual concluyó que:

---

[3] *"En lo que atañe a los* ***tiempos de servicio prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria****, situación que claramente difiere de la ausencia de afiliación por omisión acabada de ver, esta corporación, igualmente, le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en comento; como se puede apreciar en las sentencias CSJ del 22 de julio de 2009, No. 32922; del 24 de enero de 2012, No. 35692 y SL 17300 de 2014, donde se impuso condena en este sentido, por haberse encontrado que el empleador, si bien no tuvo el deber de afiliación al ISS en todo el tiempo de la prestación del servicio, de todas formas sí era de su cuenta la pensión mientras no hubo afiliación, y que los contratos de trabajo estaban vigentes cuando comenzó a regir el nuevo sistema integral de seguridad social.*

(…)

Así fue como esta corporación reconoció el principio de la protección integral de la seguridad social al trabajador subordinado, la cual se logra a través de la entidad de la seguridad social respectiva, siempre y cuando se den las exigencias legales y reglamentarias a cargo del empleador, en cualquier evento en que él deba la atención de riesgos, esto es por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la seguridad social ante la falta de cobertura del ISS, o por la omisión del responsable ya sea en la afiliación o en el pago de las cotizaciones debidas, o porque, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, se trata de una empresa que pertenece al sector petrolero que fue llamado a afiliarse mucho después, a partir del 1º de octubre de 1993.

Y tales exigencias deben servir para garantizar que el empleador responda al ISS por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo por su cuenta, pues solo en ese evento él puede liberarse de la carga que le correspondía; sobre todo porque no puede imponérsele al trabajador que, ante la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el nuevo ente de seguridad social, los cuales estaban en cabeza del empleador al momento de la subrogación, pierda el derecho adquirido, con base en el artículo 260 del CST, a que sus tiempos de prestación del servicio como trabajador subordinado sean computados para obtener la pensión y tenga que comenzar de cero ante el nuevo sistema, y quedar como si no hubiese estado aplicando para conseguir una pensión, a causa de la implementación del nuevo régimen de ese entonces, el cual justamente fundamenta la adquisición de este derecho vitalicio en la suma de cotizaciones al sistema, con independencia de si prestó sus servicios o no ante un mismo empleador."

> *"i. La ley 6ª de 1945 asigna a los empleadores la obligación de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.*
>
> *ii. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumirá esta obligación de forma progresiva en reemplazo de las empresas a ello obligadas.*
>
> *iii. Cuando el Instituto asumía el pago de dichas prestaciones, el empleador debía realizar un aporte proporcional al tiempo que el trabajador había laborado en la empresa –artículo 72 de la ley 90 de 1946-.*
>
> *Como puede observarse, a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 adquirió carácter general la obligación por parte de los empleadores de afiliar al régimen de seguridad social en pensiones a sus trabajadores, incluidos incluso aquellos patronos del sector privado que se dediquen a la industria del petróleo.*
>
> *Sin embargo, resulta fundamental para la solución del caso en concreto resaltar que, si bien para las empresas de petróleos la obligación de afiliar sus empleados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales surgió con la expedición de la resolución 4250 de 1993, la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para hacer los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación surge con el artículo 72 de la ley 90 de 1946, plenamente aplicable a las empresas de petróleos.*
>
> *En resumen, desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste. Aunque, el llamado de afiliación a las empresas que se dedicaban a la actividad petrolera y a los trabajadores de éstas, se hizo con posterioridad, esto no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el tiempo es que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales."*

Valga precisar, aunque la cita jurisprudencial se refiere particularmente al caso de las petroleras, la situación allí expuesta es aplicable al asunto de marras en tanto hace referencia a la falta de cobertura y la obligación del empleador de realizar los aprovisionamientos para las cotizaciones al sistema de seguridad social, que es en últimas lo que aquí no cumplió la demandada.

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por el gestor judicial de la enjuiciada PALMAS MONTERREY S.A., en cuanto da a entender su actuar de buena fe, bajo la premisa que no existía disposición normativa alguna que la facultara para la realización de la afiliación del demandante y el correspondiente pago de los aportes, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

Finalmente, en lo que atañe a la condena en costas procesales, se advierte que la discusión sobre el valor de este concepto se debe hacer en la etapa procesal

correspondiente como lo señala el artículo 366 del C.G.P, no siendo éste el momento para pronunciarse sobre su eventual cuantía. En todo caso, según la disposición enunciada la condena en costas procede contra la parte vencida en juicio, siendo en este caso precisamente la demandada PALMAS MONTERREY S.A, y, en esa medida, procede la confirmación de la sentencia de primer grado en este punto.

En los términos que anteceden no hay lugar a acceder a la revocatoria deprecada, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, procediendo la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada PALMAS MONTERREY S.A.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por la Juez 2 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PALMAS MONTERREY S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR VIRGINIA SANCHEZ CONTRA FABIO GÓMEZ TARQUINO y solidariamente contra la sociedad MAREAZ LTDA. (RAD. 02 2017 00705 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por el demandado Fabio Gómez Tarquino, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de diciembre del 2019 (Cd. fl. 72, record 25:23 acta a folios 73 y 74), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** al demandado FABIO GÓMEZ TARQUINO, a pagar a la administradora del Régimen de Pensiones a la que se encuentra afiliada la demandante y en caso de no estarlo a la que ella elija y a favor de la aquí accionante VIRGINIA SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 51.644.883, el valor de los aportes correspondientes por el tiempo laborado por la actora, esto es, desde el 1° de enero de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2009, los cuales deberán liquidarse conforme al salario devengado en dichos periodos.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** al demandado FABIO GÓMEZ TARQUINO, de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante VIRGINIA SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 51.644.883, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a la sociedad MAREAZ LTDA., representada legalmente por el Señor JUAN MARÍA MATIZ UNTERKOFLER, o quien haga sus veces de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante*

> *VIRGINIA SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 51.644.883, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente provisto.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.*
>
> ***QUINTO: ORDENAR** (Sic) en COSTAS a la parte demandada FABIO GÓMEZ TARQUINO, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV."*

Inconforme con la decisión, la parte actora recurrió la decisión en relación con la absolución de la solidaridad respecto de la sociedad Mareaz Ltda., expresando que la norma señala que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra será responsable a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales o propias de su negocio, considerando que en el presente proceso con la prueba testimonial y con los interrogatorios de parte que se recibieron en el debate probatorio, se encuentra demostrado que el beneficiario de la obra era la sociedad Mareaz y las actividades desplegadas por su representada correspondían a actividades propias de tal sociedad.

Expresó que en el interrogatorio de parte, absuelto por quien viniera a la diligencia como representante legal de la misma, éste manifestó que dentro de sus actividades estaba la fabricación y suministro de bolsos, chaquetas, elaboración de cachuchas, lo cual se verifica con el certificado de existencia y representación legal de la demandada Mareaz Ltda. y se corrobora tanto con el testimonio del señor Diego, como con el interrogatorio de parte de la señora Virginia Sánchez, donde manifiestan que ellos elaboraban mercancías única y exclusivamente para Mareaz.

Así mismo aduce, si bien es cierto, el empleador de la demandante era el señor Fabio, no es menos cierto que el beneficiario de la obra era la sociedad Mareaz y no correspondía a actividades extrañas a la razón social o al objeto social desplegado por ella, por lo tanto, considera que debió haberse declarado la responsabilidad solidaria, pues los elementos están dados por virtud de la declaración del interrogatorio de parte del mismo representante legal quien acepta que era el señor Fabio quien elaboraba los productos que ellos comercializaban, es decir, no se trata de una actividad extraña al objeto social desarrollado, y que

coincide totalmente con la declaración rendida por el testigo, que laboró por más de 25 años, con el demandado. (Cd. fl. 73, record: 27:02)[1]

Por su parte la curadora *ad litem* del señor FABIO GÓMEZ TARQUINO apela la decisión proferida en primera instancia, en cuanto a la declaración de la relación laboral y las condenas impuestas incluyendo las costas, solicitando se revise la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma, por cuanto, en su sentir no evidencia una prueba de donde se establezca cual es la fecha de inicio y cuál es la fecha de terminación que se indicó en la sentencia, la cual se fundamenta en los recibos o comprobantes de pago de los cuales no se tiene fe realmente de quien es la persona que los expide, no hubo un reconocimiento de este documento, ni por el testigo ni en el interrogatorio de parte del demandante o del demandado y no tiene ninguna firma, solo tienen el nombre del señor Fabio

[1] "Señora Juez, respetuosamente manifiesto que interpongo el recurso de apelación parcial frente al fallo que se acaba de proferir, en cuanto tiene que ver con la solidaridad que se estaba solicitando respecto de la sociedad Mareaz Ltda., en cuanto a las obligaciones que le asistían y a los derechos que le asistían a mi representada, al considerar que el despacho se apartó de lo preceptuado del artículo 34 que cito como parte del fundamento de su decisión.

Señala el despacho que no encontró probado ninguno de los elementos, señala la norma que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, será responsable a menos que se trate de actividades, de labores extrañas a las actividades normales o propias de su negocio.

En el presente proceso considero que con la prueba testimonial y con los interrogatorios de parte que se recibieron en el debate probatorio, se encuentra demostrado que el beneficiario de la obra era la sociedad Mareaz y las actividades desplegadas por mi representada correspondían a actividades propias de la sociedad Mareaz.

En el interrogatorio de parte, absuelto por quien viniera a la diligencia como representante legal de la misma, manifestó que dentro de sus actividades estaba la fabricación y suministro de bolsos, chaquetas, elaboración de cachuchas, e incluso así estaba verificado en el certificado de existencia y representación legal de la demandada Mareaz Ltda., afirma que ellos eran quienes suministraban la mercancía e insumos al Señor Fabio demandado principal en el proceso para la elaboración de mercancías a favor de su compañía.

Situación que también es ratificada no solamente en el interrogatorio de parte evacuado por el representante legal, sino que también fue afirmado de manera contundente. Coincidían tanto en el testimonio del Señor Diego, como el interrogatorio de parte rendido por la Señora Virginia Sánchez, donde manifiestan que ellos elaboraban mercancías única y exclusivamente para Mareas.

O sea, si bien es cierto, su empleador era el Señor Fabio y así es reconocido, no es menos cierto que el beneficiario de la obra era la sociedad Mareaz y no correspondía a actividades extrañas a la razón social o al objeto social desplegado por la sociedad Mareaz, por lo tanto, considero que debió haberse declarado la responsabilidad solidaria por parte de la sociedad Mareaz, en cuanto al pago de las condenas, así fuese solamente respecto de la condena impuesta que fue el pago de aportes a Seguridad Social, pero consideramos que los elementos están dados por virtud de la declaración del interrogatorio de parte del mismo representante legal quien acepta que era el Señor Fabio quien elaboraba los productos que ellos comercializaban, es decir, no se trata de una actividad extraña al objeto social desarrollado, y que coincide totalmente con la declaración rendida por el Señor Diego, que laboró por más de 25 años, que incluso llegó a ser jefe directo de mi representada y lo mismo fue ratificado al unísono por parte de mi representada también en su interrogatorio de parte.

Por lo tanto, considero que debió haberse accedido a la solidaridad por lo que se interpone el recurso de apelación para que el Honorable Tribunal valore esta situación y se tome la decisión y se revoque en este sentido. Gracias."

Gómez Tarquino, expresando no pueden tener ningún valor probatorio por no tener la firma ni siquiera de la demandante, razón por la cual considera los recibos no son prueba de la existencia de ninguna relación laboral, ni su fecha de inicio, ni su fecha de terminación.

Por otro lado señala, que se tiene como fundamento de la demanda el testimonio del señor Diego Martin para señalar que el señor Fabio Gómez Tarquino, si era el empleador de la demandante, y no la empresa Mareaz Ltda., pero no se tiene ese mismo testimonio cuando dice como lo alega bien la parte demandante que el objeto social que realiza la empresa demandada Mareaz Ltda., es exactamente el mismo por el cual se realizaba la labor y por la cual fue contratada la demandante, indicando que si se va a tener en cuenta para la existencia de la declaración de la relación laboral, también se tenga en cuenta lo dicho en cuanto al objeto del contrato y lo que hacia la empresa Mareaz. (Cd. fl. 73, record: 27:02)[2]

---

[2] "Si su señoría, me permito presentar recurso de apelación para que sea modificado parcialmente en cuanto a la declaración de la relación laboral, en la condena y en la condena en costas también. Fundamento de la siguiente forma:

Le solicito al Honorable Tribunal revisar la declaración de la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma, por cuanto, no veo una prueba en donde se establezca cual es la fecha de inicio y cuál es la fecha de terminación que se estableció en la sentencia.

En la demanda, señala la demandante que la fecha de inicio de la relación laboral es 2 de junio de 2002. En los fundamentos de las sentencia la Señora Juez señala que el testigo Diego Martin que la fecha de iniciación es 2 de junio de 2002, pero en la sentencia se señala que la fecha en que inicio la relación laboral es del 1 de enero de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2012 (Sic), al parecer se fundamenta en los recibos o comprobantes de pago del cual no se tiene fe realmente de quien es la persona que los expide, no hubo un reconocimiento de este documento, ni por el testigo ni en el interrogatorio de parte del demandante o del demandado y no tiene ninguna firma, tienen el nombre del Señor Fabio Gómez Tarquino, pero como curadora y pues por desconocer el documento, no puedo tener una tacha pero tampoco puede tener ningún valor probatorio teniendo en cuenta, que no tiene la firma ni siquiera de la demandante, los recibos por lo tanto, no son prueba de la existencia de ninguna relación laboral, ni su fecha de inicio, ni su fecha de terminación.

Adicionalmente, se tiene en cuenta como fundamento de la demanda el testimonio del Señor Diego Martin para señalar que el Señor Fabio Gómez Tarquino, si era el empleador de la demandante, y no la empresa Mareaz Ltda., pero no se tiene ese mismo testimonio cuando dice como lo alega bien la parte demandante que el objeto social que realiza la empresa demandada Mareaz Ltda., es exactamente el mismo por el cual se realizaba la labor y por la cual fue contratada, la labor que realizaba la demandante.

El Señor Diego Martin, decía: fabricar, producir bolsas, cachuchas, propiedad de la empresa Mareas Ltda., y para ellos, ellos eran unos contratistas únicos. Eso lo dijo el Señor Martin en su declaración, entonces le solicito al Tribunal que revise si se va a tener en cuenta, este testimonio porque su tacha se considera que este testigo es lo suficientemente fehaciente se tenga en cuenta en su totalidad. Si se va a tener en cuenta para la existencia de la declaración de la relación laboral, también se tenga en cuenta lo dicho en cuanto al objeto del contrato y lo que hacia la empresa Mareaz.

Por lo tanto, solicito que se revoque la sentencia en cuanto a la existencia de una relación laboral, que realmente los dichos de la demandante o del representante legal no son suficientes, por cuanto estos no son prueba en el proceso, sino únicamente su confesión, y dentro de lo que señaló la demandante que realizó el contrato con el Señor Fabio Gómez no hay que olvidar que también señaló que en algunas ocasiones tenía relación con los representantes de la empresa Mareaz Ltda., y el hecho de que haya firmado el contrato con el Señor Fabio Gómez Tarquino, no significa que el realmente sea su empleador, porque realmente lo que precisamente he tratado de resaltar es que el Señor Fabio Gómez Tarquino, era un representante de Mareaz Ltda., y lo que se quiere es burlar una real relación laboral. Es todo su señoría muchas gracias."

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante VIRGINIA SANCHEZ en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 21 y 22, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 22 y 23, aspirando principalmente se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con el señor Fabio Gómez Tarquino, como también solicita se declare solidariamente responsables a los demandados del pago de los derechos y acreencias laborales causadas en vigencia de la relación laboral, en consecuencia se condene al pago de salarios dejados de cancelar, primas de servicios, auxilio de cesantías, sanción por no consignación del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, sanción por el no pago de los intereses sobre las cesantías, horas extras, indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, condenas *ultra y extra petita,* indexación de las condenas, agencias en derecho y costas del proceso; **obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, pues se declaró la existencia del contrato de trabajo pero del desde el 1° de enero del 2007 hasta el 30 de septiembre del 2009 conforme a los desprendibles de nómina aportados con la demanda, condenando únicamente al pago los aportes a seguridad social en pensiones, tras encontrar la *a quo* acreditada la prestación personal del servicio a favor del demandado Fabio Gómez Tarquino sin que éste la hubiera desvirtuado, advirtiendo que si bien no se acredito el pago de prestaciones sociales y vacaciones dado que el contrato termino en el año 2009 sin existir reclamación de sus derechos, acudiendo a la jurisdicción únicamente hasta el 26 de octubre del 2017, tales derechos se vieron afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción quedando a salvo los aportes a pensión que son imprescriptibles. Respecto de la solidaridad se absolvió de ésta a la sociedad MAREAZ LTDA., al no existir prueba que acreditara la relación comercial de la persona natural demandada con la sociedad accionada, ni que ésta fuera la beneficiaria de los servicios prestados por la actora al señor Fabio Gómez Tarquino.

Pues bien, dadas las argumentaciones expuestas en los recursos de apelación, se procederá al estudio de la apelación interpuesta por el demandado FABIO GÓMEZ TARQUINO en atención a que muestra principalmente inconformidad en la declaratoria de existencia del contrato de trabajo del cual deriva la condena impuesta en sentencia de primer grado.

En esa dirección, es de advertir, desde la réplica al libelo, éste demandado negó que se hubiera presentado relación contractual alguna, aduciendo no existe prueba que acredite la relación laboral y mucho menos la existencia de los extremos temporales respecto de los cuales se afirma se desarrolló tal vinculo (fls. 60 a 62), razón por la cual precisa la Sala, para que exista un contrato de trabajo deben conjugar los 3 elementos señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber: la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, empero dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C.S.T., al trabajador le basta acreditar la prestación personal del servicio para que el Juez tenga entendido que la misma estuvo regida por un contrato de trabajo, si es que el demandado no logra en aras de hacer valer su defensa de inexistencia del vínculo laboral, acreditar que tal prestación del servicio no fue ininterrumpida, ni subordinada sino autónoma o que no hubo salario sino el pago de honorarios o el precio de una obra, etc (casación laboral mayo 5 /92), en el periodo aludido, en ese sentido se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, que refiriéndose al tema señaló: *"…esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador, indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, más no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley"*[3].

Así pues, deberán analizarse las circunstancias que se presentaron en la realidad a efecto de determinar si, en los términos expuestos por la apoderada de la persona natural demandada en la alzada, se logró o no probar por parte de la demandante la prestación del servicio a favor del señor FABIO GOMEZ TARQUINO, para lo cual acudiremos al acervo probatorio recaudado en autos,

[3] *Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral. Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicación No. 34223, Acta No. 08, Bogotá, D. C., trece (13) de abril de dos mil diez (2010).*

iniciando con los interrogatorios de parte, de los cuales se extrae la siguiente sinopsis:

El representante legal de la sociedad MAREAZ LTDA[4], expreso no conocer a la demandante pero si al señor FABIO GOMEZ TARQUINO debido a que él es contratista de su empresa, indicando este se dedica a la producción de los artículos que comercializa la sociedad y está ubicado en las mismas instalaciones de MAREAZ LTDA. porque se le alquila un espacio para que cumpla con el objeto contractual que tiene con la sociedad, precisando la empresa le da las órdenes de compra y él debe cumplir con el pedido allí descrito en la orden, manifestando que los insumos y máquinas son de propiedad del señor Fabio Gómez, quien también subcontrata personal para cumplir con las ordenes de pedido.

La demandante por su parte refirió haber laborado para el señor FABIO GOMEZ TARQUINO, quien siempre le prestó los servicios a la empresa MAREAZ LTDA., manifestando que la planta quedaba en las mismas instalaciones de la sociedad limitada, refiriendo que todo el trabajo efectuado era para MAREZ, igualmente indicó que el señor Fabio Gómez le pagada quincenalmente y le daba "*un papelito"* como comprobante de nómina, salario que ascendía al mínimo de cada época más las horas extras laboradas, precisando que nunca recibió órdenes, ni dinero ni cumplía horario para la empresa MAREAZ LTDA.[5]

Igualmente se recibió el testimonio del señor DIEGO MARTIN CORTES ZAMUDIO[6] el cual manifestó conocer a la demandante porque trabajaron juntos para el señor FABIO GOMEZ TARQUINO, el testigo del 7 de mayo de 1990 al mes de mayo del 2015 como supervisor de operarios y la actora quien conforme a su dicho quien ingreso en el mes de junio del año 2002 primero en oficios varios y luego como operaria de máquinas de coser, en donde se encargaba de fabricar bolsos, cachuchas y cosmetiqueras, aduciendo el deponente dichos productos eran para la empresa MAREAZ LTDA., igualmente señalo que lo operarios se encontraban en el 4 piso del edificio de tal sociedad y las oficinas administrativas en el tercer piso, refiriendo la existencia de 80 a 100 operarios contratados por Fabio Gómez Tarquino.

[4] CD. FL. 66, Record: 21:10
[5] CD. FL. 66, Record: 30:47
[6] CD. FL. 66, Record: 39:54

De acuerdo a lo anterior, para esta Sala de decisión no cabe duda de la prestación personal del servicio por parte de la actora y a favor de FABIO GÓMEZ TARQUINO, pues así se logró acreditar con el testimonio recaudado, quien por haber sido compañero de labores de la actora tiene conocimiento del vínculo contractual aquí alegado, razón por la cual se le otorga credibilidad a sus dichos aunado que no se mostró parcializado y dio las razones de sus declaraciones pues indicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la relación laboral de la actora con el señor Gómez Tarquino, precisándose no tiene importancia la denominación al vínculo jurídico le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

En ese orden, como ya se dijo se encuentra plenamente acreditada la prestación del servicio por parte de la demandante, sin que la persona natural demandada hubiese desvirtuado la presunción del artículo 24 del C.S.T, iterando, era carga probatoria de éste encartado, demostrar que en la relación vivida con la actora no medio la subordinación, y ante la inexistencia de medios probatorios, lo que impone significar, es que la relación con la actora estuvo regida por un contrato de trabajo, tal y como lo señaló la Juez *a quo*, empero teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la alzada, no sobra reiterar, que la declaración de la existencia del contrato de trabajo deriva de la aplicación de la presunción legal mencionada, destacando frente a los elementos del contrato, como se ha venido señalando se acreditó la prestación personal del servicio, frente a la subordinación, aunado a que no fue desvirtuada, se tiene que la actividad realizada por la demandante a favor de la encartada no podría encajarse como una profesión liberal[7] a efectos de que se entendiera que era ejecutada sin la mediación de subordinación.

Ahora bien, establecida la existencia del vínculo, se procede a verificar si en efecto se probaron los extremos de la relación laboral vivida entre las partes, dado que

---

[7] *Decreto 350 de 1997:*

"Artículo 25. Definición de profesión liberal. Para efectos de la exclusión de que trata el artículo 44 de la Ley 383 de 1997, se entiende por profesión liberal, toda actividad en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico."

es otro de los puntos objeto de reproche por la recurrente, advirtiéndose de conformidad con la postura de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual se evidencia entre otras en sentencia del 6 de marzo de 2012 radicado 42167 y la SL 905 de 2013 radicado 37865, la falta de certeza en los extremos temporales del contrato no puede conllevar a la improcedencia de las pretensiones, pues debe tenerse como extremos los que se logren acreditar dentro del proceso.

De acuerdo a lo anterior, en aras de determinar las fechas de inicio y terminación laboral del contrato que unió a la señora VIRGINIA SÁNCHEZ con FABIO GOMÉZ TARQUINO, advierte esta sala decisión la precariedad de prueba frente a este punto, pues en primer lugar el testimonio rendido por el señor CORTES ZAMUDIO tan solo indica haber conocido a la actora en el mes de junio del 2002, data que si bien concuerda con lo señalado en el hecho primero de la demanda (fl. 22), lo cierto es que con tal manifestación no se acredita la continuidad de la prestación del servicio en los términos expuestos por la accionante en el libelo.

Aunado a lo anterior, si bien con la demanda se aportaron varios comprobantes de nómina (folios 4 a 20), en los cuales se anota el nombre del demandado y su identificación "*FABIO GOMEZ TARQUINO – NIT 19.296.725*", resulta que además de que fueron aportados por la propia demandante lo que equivaldría a fabricar su propia prueba, no se encuentran suscritos por el demandado, precisando si bien la firma no es la única forma de verificación de autenticidad de un documento[8], lo cierto es que para para establecer la autenticidad de un documento se debe tener certeza de quien lo ha suscrito, manuscrito o elaborado (*artículo 244 del C.G.P*[9]

---

[8] Sentencia SL 2689 del 16 de julio del 2019: *"Al respecto, considera la Sala que la firma no es la única forma de verificación de autenticidad de un documento, pues existen otros medios o signos que permiten establecer de manera segura la identidad de su creador o imputarle a la entidad su autoría, tales como marcas, improntas, sellos y todos los demás que sean apropiados para tal fin, a lo que se suma que la misma conducta procesal asumida por la parte de la demandada, puede servir como medio adecuado de atribución de autoría de un documento, (…), de modo que pudiera predicarse una comunidad de prueba (sentencia CSJ SL6557-2016)."*

[9] **ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO.** Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

aplicable a los autos por remisión del artículo 145 del C.P.L.), en conjunto con la demás pruebas del proceso, pero como ya se dijo brillan por su ausencia elementos que acrediten que en efecto tales comprobantes de nómina fueron expedidos por la persona natural aquí demandada.

Así las cosas, contrario a lo considerado en primera instancia como quiera que no se lograron determinar los posibles extremos del vínculo jurídico, no pueden resultar avantes las pretensiones de la demanda, pues debido a tal falencia probatoria, no resulta viable efectuar el estudio de las acreencias laborales que dependían de la existencia del contrato de trabajo, al no verificarse sus límites temporales.

No sobra reiterar, que la actividad probatoria de la demandante en cuanto a los extremos del contrato de trabajo, fue precaria, pues no allegó medio probatorio orientado en ese sentido, destacando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba".*

Por sustracción de materia, se hace inocuo el pronunciamiento sobre la apelación presentada por la parte demandante.

Así las cosas, se agota la competencia del Tribunal, procediendo a la revocatoria de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

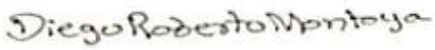
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a los demandados **FABIO GÓMEZ TARQUINO y la sociedad MAREAZ LTDA.,** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **VIRGINIA SANCHEZ**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

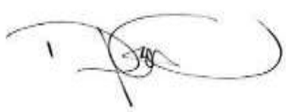
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ALBERTO CALDERON BASTO y ELSY ADRIANA DEL ROSARIO VERGARA DIAZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 13 2019 00102 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 103, 105 y 106), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de noviembre de 2019 (Cd. fl.97, record: 36:46 y acta a folio 98), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, de las pretensiones elevadas en su contra por los demandantes ELSI ADRIANA DEL ROSARIO VERGARA DÍAZ y LUIS ALBERTO CALDERON BASTO, por los motivos expuestos.*
>
> ***EN SEGUNDO LUGAR: DECLARAR** probada la excepción de falta de causa para pedir.*
>
> ***Y EN TERCER LUGAR: CONDENAR** en **COSTAS** a la parte demandante. "*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo, en el expediente quedó probado que el fallecido Felipe Alberto, colaboraba

económicamente con la manutención y el sostenimiento del hogar de sus padres, considerando que no se puede estigmatizar o decir con qué dinero puede depender una persona o no, pues señala no es lo mismo para una persona de un estrato 5 depender de $10.000.000, a una persona de un estrato 1, 2 o 3, que puede hacer su vida con $200.000 o $300.000. Precisando el fallecido colaboraba con la manutención de sus padres y les ayudaba económicamente, expresando que incluso por el fallecimiento de éste dicho hogar se tuvo que acabar porque el padre tuvo que salir a buscar otros recursos a otra ciudad y la madre no trabajaba, advirtiendo la testigo quien era familiar de los demandantes, en ocasiones estaba cuando le entregaban el dinero a los padres para que estos hicieran sus compras. (Cd. fl. 97, record: 37:37)[1].

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes, las pretensiones relacionadas a folio 9, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 5, aspirando principalmente que se condene a la demandada a reconocer en su calidad de progenitores dependientes del fallecido FELIPE ALBERTO CALDERON VERGARA (q.e.p.d.) la pensión de sobrevivientes desde el 24 de mayo del 2015, junto con los incrementos decretados por el gobierno nacional, la indexación de la mesada pensional, los intereses moratorios

[1] "Gracias señor Juez, en este estado de la diligencia me permito presentar el recurso de apelación frente a la sentencia proferida el día de hoy, para lo cual, expongo lo siguiente, y solicito al Honorable Tribunal de la Sala Laboral del Circuito de Bogotá, revoque la sentencia proferida, en lo siguiente:

Si bien es cierto, en el expediente quedó probado que el fallecido Felipe Alberto, colaboraba económicamente con la manutención y el sostenimiento del hogar de sus padres, si bien, para el Juzgador pues el dinero que éste aportaba, dice que con este pueden sobrevivir las personas, pues no se puede estigmatizar o decir con qué dinero puede depender una persona o no, porque pues no es lo mismo para una persona de un estrato 5 depender de $10.000.000, a una persona de un estrato 1, 2 o 3, que pueda ser una vida con 200 o 300 mil pesos.

En este caso, Señor Juez, el fallecido colaboraba pues con la manutención de sus padres, les ayudaba económicamente y por el fallecimiento de este pues dicho hogar se tuvo que acabar por tener que salir a buscar otros recursos a otra ciudad, el padre del fallecido y la madre no trabajaba, tal como quedó probado con el interrogatorio de parte que no fue tachado por el demandado, ni el testimonio fue tachado tampoco por el demandando, la testigo manifestó que no fueron declaraciones de oída, esta era familiar y en ocasiones estaba cuando le entregaban el dinero a los padres para que estos hicieran sus compras para la Señora Luz Adriana, de las que ella requería.

Entonces, solicito al Honorable Tribunal revocar la decisión proferida por el despacho, se condene a Porvenir a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a la cual se tiene derecho, teniendo en cuenta, pues la línea jurisprudencial que se ha metido en los mismos casos en el cual nos ocupa. Es todo, muchas gracias."

establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1994, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que no se acreditó que los demandantes dependieran económicamente del causante.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante señor FELIPE ALBERTO CALDERON VERGARA, acaeció el 24 de mayo del 2015 conforme al registro civil de defunción visible a folio 16, como tampoco que los señores LUIS ALBERTO CALDERON BASTO y ELSY ADRIANA DEL ROSARIO VERGARA DIAZ ostentaban la calidad de progenitores del causante, circunstancia que además se constata con la documental visible a folio 15.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el afilado el 24 de mayo del 2015(fl. 16), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003[2] y en virtud el principio de consonancia, procede la Sala a resolver los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente.

En ese orden, en relación con la dependencia económica que debían ostentar los padres del de cujus, al tenor de lo consagrado en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003: *"A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente <u>de forma total y absoluta</u> de este".* Sea lo primero precisar, la sentencia C-111 de 2006, declaró inexequible la expresión "de forma total y absoluta", aspecto sobre el cual

---

[2] "*Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:*

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
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 y se acrediten las siguientes condiciones:
(...)
Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
(...)
d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este; Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-111 de 2006"

ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia proferida dentro del radicado No. 31873, del 23 de enero de 2008[3], en la cual se consideró textualmente que "*…la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo*

---

[3] *"En este sentido vale anotar que la conclusión final del juzgador de segundo grado fue la atinente a que la ayuda suministrada por el señor José Rincón Zuluaga a su progenitora era determinante y por ello se cumplía el presupuesto de la dependencia económica, según la sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2003, pues expuso que* ***la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes****.*

Tales apreciaciones se ajustan a la jurisprudencia relacionada con el concepto de la dependencia económica, que no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacia sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, insuficientes para procurarse lo necesario para llevar una vida digna; de manera que ***la dependencia económica no pugna con la existencia de otros auxilios económicos o de otra naturaleza que reciban los padres por parte de otras personas, que les permitan mejorar sus condiciones de vida, siempre que, como ya se anotó, no los convierta en autosuficientes económicamente****. Sobre el Tema la Corte reitero el criterio reseñado en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25069, en la que se dijo, lo siguiente:*
"Quedó dicho que según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los padres son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando dependían económicamente de él.

"La falta de una definición legal de la dependencia económica y la declaratoria de nulidad de la norma reglamentaria que pretendió hacerlo con antelación a la Ley 797 de 2003, determinó la necesidad de fijar su alcance por vía jurisprudencial. En esa labor interpretativa es evidente que mientras la sentencia de casación del 26 de septiembre de 2000 consideró que la dependencia debía ser total, ***la del 19 de marzo de 2004 atenuó el rigor de ese concepto y le indicó al juez laboral que podía aceptar como dependencia económica aquellos casos en que el trabajador fallecido hubiere contribuido con otros a la subsistencia de sus padres****.*

"La actual orientación doctrinal de la Sala opta por el segundo de los criterios y por ello se impone acoger aquí lo expuesto entre otras, ***en la sentencia del 30 de agosto de 2005, radicación 25919, en la que al reiterar el discernimiento expuesto en la sentencia del 8 de abril de 2003, radicación 19772****, que es diferente al que adoptó el Tribunal, se explicó lo que a continuación se transcribe:*

"Le atribuye el recurrente al Tribunal la interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al sentido que le concede a la dependencia económica como condición que deben reunir los padres, como miembros de grupo familiar del afiliado fallecido, para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

"Para el Ad quem no se cumple el requisito de dependencia económica cuando el padre depende de dos hijos, aseveración que supone que ésta sea exclusiva, en clara oposición a lo que ha enseñado reiteradamente la Sala en el sentido de que ***"la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial; es decir, la exigencia legal no supone que la dependencia económica sea absoluta porque bien puede ocurrir que los padres se procuren algunos ingresos adicionales para reunir los requeridos para una digna subsistencia" (sentencia de 8 de abril de 2003, rad.19772)****.*

"Según la exégesis de la Sala ***la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, que por si no basten para proveerse de lo necesario para llevar una vida digna; la dependencia económica del beneficiario, según ha sido concebida por la Corte, no riñe con emolumentos, ayudas o provechos para la subsistencia siempre y cuando éstos no los convierta en autosuficientes económicamente****, situación que hace desaparecer la subordinación que predica la norma legal.*

"Planteada la controversia jurídica en los anteriores términos, para la Sala es claro que le asiste razón al recurrente por cuanto las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que se denuncian como quebrantadas en modo alguno consagran que la dependencia económica de los padres frente a los hijos, que da lugar a la pensión de sobrevivientes, debe ser absoluta y total". (Resaltos de la Sala).

de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, ***siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes"****. (Negrilla fuera del texto)*

De conformidad con lo anterior, y a efectos de establecer si los demandantes dependían económicamente del causante, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, señalando en primer lugar, obra a folios 59 a 61 documental consistente en el informe de investigación realizado para la encartada por la empresa LEON Y ASOCIADOS, con fecha 25 de julio del 2016, en el que se trascriben entre otras las entrevistas realizadas a los demandantes (fl. 60), precisando del contenido de dicha investigación se fundó la decisión de la AFP PROTECCIÓN de negar el reconocimiento de la pensión solicitada por los accionantes conforme se constata con las misivas de folios 25 y 26, pues conforme a esa investigación se concluyó "*que los reclamantes NO DEPENDIAN económicamente del afiliado, éste no los tenía afiliados a salud, ni vivía con ellos. El padre de afiliado labora como taxista por lo que tiene sus propios ingresos, además existen más hijos mayores"* (fl. 61).

De conformidad con lo anterior habrá de determinarse si el causante prestaba apoyo o colaboración económica a sus padres y si estos carecían de ingresos propios que los hicieran económicamente autosuficientes a efecto de resolver la controversia traída a los estrados.

Al respecto, rindieron interrogatorio de parte los demandantes ELSY ADRIANA VERGARA[4] y LUIS ALBERTO CALDERON[5]. La señora Adriana Vergara afirmó estar afiliada a salud como beneficiaria de su esposo, adujo que su hijo fallecido no vivía con ellos cuando murió, pues este se encontraba domiciliado en la ciudad de Cúcuta aproximadamente desde septiembre del año 2014 quien le enviaba con un familiar $400.000, precisando el salario del de cujus era el mínimo legal de la época más comisiones desconociendo a cuanto ascendían, así mismo señaló que cuando el afiliado murió su esposo trabajaba como taxista y sus ingresos eran de $800.000 a $900.000 mensuales. Por su parte el padre del afiliado fallecido, indicó laborar como conductor de taxi desde antes de la muerte de su hijo, precisando el de cujus devengaba el salario mínimo más comisiones, manifestando de sus 4 hijos este era el único que colaboraba con los gastos del hogar, igualmente

[4] Cd. fl. 87, record: 24:08
[5] Cd. fl. 87, record: 44:30

informó que su hijo se encontraba domiciliado para el momento de su muerte en Cúcuta ya que desde septiembre del 2014 se había trasladado allí por razón de su trabajo.

De otra parte se recibió el testimonio de LUZ ANGELA COBOS MARTINEZ[6] cuñada de la demandante pues es la esposa de un tío materno del fallecido, quien expresó que el causante vivía en Cúcuta aproximadamente desde octubre o noviembre del 2014, no le consta en donde trabajaba ni el salario devengado, cree que era el mínimo más comisiones porque así se comentaba en la familia, aseguro que el padre de Felipe Alberto Calderón (q.e.p.d) conducida un taxi y considera sus ingresos eran de $800.000 a $1.000.0000, expresando que por los comentarios de la familia sabe que el de cujus era el único que ayudaba con el arriendo y alimentación del hogar cuyo aporte era de $400.000 mensual pues algunas veces vio que le entregaban ese dinero a la demandante.

Así las cosas, se advierte una vez valoradas todas las pruebas del proceso bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, si bien los demandantes en el interrogatorio de parte rendido y la testigo afirmaron que el causante hacía un aporte mensual de $400.000, lo que se advierte es que ese dinero que aportaba mensualmente el señor Felipe Alberto Calderón (q.e.p.d.), correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres y no era determinante para el sostenimiento de éstos dada la cantidad aportada, y en todo caso no quedo demostrado que ese dinero fuera el necesario y suficiente para solventar las necesidades básicas y mínimas del hogar, nótese que incluso el señor Luis Alberto Calderón Basto expreso estar trabajando antes del fallecimiento de su hijo como taxista y manifestó que el de cujus colaboraba con los gastos del hogar, mas no afirmo que fuera quien asumiera la totalidad de los mismos.

Por otro lado, téngase en cuenta que la testigo traída a juicio fue precaria en cuanto al aspecto que se estudia, pues desconoce situaciones personales relacionadas con el causante para con ello poder determinar la dependencia aquí alegada ya que su declaración fue basada en los comentarios familiares que se hacían, es decir, puede catalogarse como una testigo de oídas, sin embargo lo afirmado por esta en cuanto vio en alguna ocasión que le entregaban a las

[6] Cd. fl. 87, record: 1:01:33

accionante la suma de $400.000 permite corroborar que el apoyo o ayuda económica que brindaba el causante a sus padres consistía en una mera colaboración para sus gastos, más en manera alguna puede afirmarse que estos dependieran económicamente de este en virtud de tal ayuda económica, aunado a que ni tan siquiera el fallecido vivía con sus progenitores pues estaba domiciliado en otra ciudad, no acreditándose por ende que en efecto existiera un verdadero sustento económico importante del hijo fallecido hacia sus padres que tuviera la virtud de resolver las necesidades de la familia, que de no tenerlo afectara las condiciones de vida digna de los mismos.

Así las cosas, esta Sala de decisión concluye conforme al debate jurídico llevado a cabo en estas diligencias, la ayuda económica del de cujus hacia sus padres no tuvo la virtud de ser un verdadero sustento económico con el cual se solventaran en gran parte las necesidades de la familia, precisando los ingresos recibidos por el señor LUIS ALBERTO CALDERON BASTOS de su trabajo como taxista resultaban suficientes para el sostenimiento del hogar, tan es así que era quien cancelaba los aportes en salud y tenía como beneficiaria a su esposa tal como ésta lo refirió en el interrogatorio de parte.

Sobre este punto, tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, que la dependencia económica debe determinarse de acuerdo a las circunstancias presentadas en cada caso en particular, como así lo señaló en sentencia SL8406 del 1º de julio de 2015, en la que textualmente se consideró:

> *"… la dependencia económica es una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, en tanto que si los ingresos que perciben los progenitores de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto que exige la norma para poder acceder a la prestación económica objeto de debate. De ahí que sí resulte necesario establecer, no solo en qué consistía y si no a cuánto ascendía la ayuda o el aporte que hacía el causante en vida, para en perspectiva de esa situación poder determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida.*
>
> *Así las cosas, no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para ostentar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas".* Subrayas fuera de texto.

En ese orden de ideas, al no acreditarse el requisito de dependencia económica, no se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelado, en consecuencia deberá confirmarse la sentencia de primer grado, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

RAFAEL MORENO VARGAS **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YOLANDA LEYTON MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD. 14 2017 00745 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes demandante y demandada (fls. 171, 172 y 174), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de octubre del 2019 (Cd fl. 142, record 24:22 acta a fls. 146 y 147) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a pagar a la demandante señora YOLANDA LEYTON MORENO, la suma de $43.850.367,81 por concepto de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidados los mismos entre 18 de agosto del año 2013 y 30 de marzo del año 2015, sobre el importe de las mesadas tardíamente reconocidas.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a devolver a la demandante, las sumas de $14.617.000 y $832.842 por concepto de descuentos en salud, misma que deben sufragarse debidamente indexadas desde que fueron descontadas y hasta cuando se verifique el correspondiente pago.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de la pretensión orientada a obtener reliquidación de la pensión de vejez.*

> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas por COLPENSIONES en tanto que no enervaron las pretensiones.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS*** *de la acción a la parte demandada, en oportunidad serán tasadas.**”***

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora YOLANDA LEYTON MORENO, las pretensiones relacionadas a folios 75 y 76, sustentadas con los supuestos facticos narrados a folios 72 a 75, las cuales persiguen se declare que por contar con más de 1320.71 semanas tiene derecho a pensionarse con una tasa de reemplazo del 90% en cuantía de $2.734.414 a partir del 10 de abril del 2011 conforme lo establecido en el Decreto 758 de 1990, en consecuencia se condene a Colpensiones a reliquidar la mesada pensional a partir del 1° de enero del 2013, a devolver la suma de $14.617.000 que se le descontó por concepto de aportes en salud y demás valores que por dicho concepto le ha haya descontada la demandada, por estar exonerada del pago de aportes a salud en virtud de que vive en los EEUU, al pago de los intereses de mora sobre todas y cada una de las mesadas pensionales desde el momento en que se debió haber pagado cada mesada y sobre los descuentos en salud, la indexación de los anteriores valores desde el 1° de enero del 2013 hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo, declaraciones *ultra y extra petita,* costas del proceso y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones** por cuanto se ordenó a la demandada a reintegrar y pagar a la demandante los descuentos en salud que efectúo Colpensiones en Resoluciones VPB 18618 del 27 de febrero del 2015 por $14.617.000 y VPB 40608 del 27 de octubre del 2016 en cuantía de $838.842, junto con la indexación de la tales sumas, lo anterior tras considerar que en efecto la actora es una residente en el exterior y por ende procedía interrumpir la afiliación al sistema de salud. Respecto de los intereses moratorios señaló su procedencia a partir del 18 de agosto del 2013 (4 meses

después de la solicitud pensional) y hasta el 30 de marzo del 2015 (mes de inclusión en nómina) en cuantía de $43.850.367,81, tras considerar que la demandada no tenía justificación para negar la prestación pensional desde que la actora reunió los requisitos, absolviendo de la reliquidación con una tasa del 90% como quiera que la accionada la reconoció en acto administrativo VPB 40608 del 27 de octubre del 2016 conforme se lee a folio 63 del expediente.

Así las cosas se debe precisar, no fue motivo del debate jurídico, la calidad de pensionada que ostenta la demandante, tal y como puede verificarse del contenido de la Resolución VPB 18618 del 27 de febrero del 2015 (fls. 20 a 23) a través de la cual se le reconoció el derecho en virtud del régimen de transición, en aplicación del Decreto 758 de 1990 con una tasa de reemplazo del 87% por 1232 semanas, a partir del 10 de abril del 2011 en cuantía de $2.478.374 (fl. 22 vto), mesada que fue reliquidada para el 8 de junio del 2013 en suma de $2.643.267 conforme se señala en Resolución GNR 225185 del 30 de julio del 2016 (fls. 48 a 53).

Posteriormente y en virtud del recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior Resolución, COLPENSIONES procede a realizar un nuevo estudio pensional encontrando que la actora cuenta con 1320 semanas, por lo que procedió a modificar la tasa de reemplazo estableciéndola en el 90%, reliquidando nuevamente la pensión de vejez, obteniendo como valor de mesada para el 10 de abril del 2011 la suma de $2.614.331, tal como se puede ver en la Resolución VPB 40608 del 27 de octubre del 2016 (fls. 59 a 67).

De tal manera, descendiendo al caso de autos se advierte el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar en primer lugar si a la demandante se le deben o no aplicar los correspondientes descuentos en salud a sus mesadas pensionales, teniendo en cuenta que según se informa en el libelo su residencia se encuentra en el exterior, como también las procedencia de los intereses moratorios.

En este orden de ideas se encuentra a folio 25 certificación del CONSUL DE COLOMBIA EN MIAMI-ESTADOS UNIDOS donde se señala que la señora YOLANDA LEYTON MORENO reside en los Estados Unidos desde el mes de

diciembre del año 2000 y por lo menos ostentaba dicha condición hasta el 13 de abril del 2015, fecha de expedición de tal documento, por lo que resulta evidente que la demandante el 17 de abril del 2013 (fecha en que solicitó la prestación pensional) tenía su residencia en el exterior, igualmente conforme al RUAF visible a folio 34 y con corte a 31 de mayo del 2015 la demandante no contaba con afiliación en salud.

De esta suerte, y como quiera que en efecto la demandante ostentaba la calidad de residente en el exterior, resulta aplicable a los autos lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto 806 de 1998 el cual establece:

> ***Artículo 59.*** *Interrupción de la afiliación. Habrá lugar a interrupción de la afiliación sin pérdida de la antigüedad ni pago de los períodos por los cuales se interrumpe la cotización, cuando el afiliado cotizante o pensionado y sus beneficiarios residan temporalmente en el exterior y reanuden el pago de sus aportes dentro del mes siguiente a su regreso al país, debiendo comunicar tal circunstancia a la EPS a la cual se encontraba afiliado. No obstante, deberá aportar el punto de solidaridad de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 por todo el tiempo que estuvo fuera del país.*

Sobre este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 3964 del 19 de marzo de 2014, proferida dentro de la Radicación No. 45271, señaló lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Aunque las anteriores consideraciones son suficientes para demostrar que el ad quem no incurrió en la interpretación errónea que le fustiga la censura, pertinente es señalar también, como lo pone de presente la parte opositora, que la demandante por estar residenciada en el exterior conforme lo acredita con la documental que aparece a folio 40, no estaba obligada a efectuar cotizaciones a salud, tal como lo ordena el artículo 59 del Decreto 806 de 1998 (…)*
>
> *Así las cosas, las personas que voluntariamente cotizan al sistema general de pensiones y que tienen su residencia en el exterior, no tienen la obligación de cotizar al sistema general de salud, excepto en el punto de solidaridad pensional de que trata el artículo 204 de la ley 100 de 1993; máxime que la Ley 100 de 1993 establece que el plan obligatorio de salud "POS", en principio, tiene cobertura únicamente a nivel nacional, así, quienes residen en el exterior, como es el caso de la demandante, no pueden verse obligados a efectuar tales aportes, circunstancia ésta que igualmente confluye a mantener inalterable la decisión recurrida".*

En este orden de ideas, se tiene que la demandante solicita la devolución del porcentaje correspondiente a Salud que le fue descontado por la accionada, situación que le fue puesta de presente a Colpensiones desde la petición

radicada el 20 de mayo del 2015 visible a folios 27 a 30, reiterada el 3 de diciembre del 2015 (fl. 41), 8 de junio del 2016 (fls. 43 a 47) y 30 de agosto del 2016 (fls. 55 a 58), por lo que al tenor de la norma atrás citada resulta procedente dicha devolución pues la accionante no se encontraba obligada a realizar aportes al sistema de seguridad social en salud en tanto como ya se vio desde el año 2000 reside en el exterior, devolución que procede siempre que no cuente con beneficiarios en Colombia y continúe como residente en el extranjero.

Dicha devolución será respecto de los descuentos realizados de las mesadas causadas del 10 de abril del 2011 hasta el mes de marzo del 2015, ya que conforme a la Resolución VPB 18618 del 27 de febrero del 2015 (fl. 23 art. 4), de los valores cancelados a la accionante por concepto de pensión se verifica que el descuento en salud se giró a la NUEVA EPS, mientras que el valor descontando en la Resolución VPB 40608 del 27 de octubre del 2016 por $867.393 fue girado a favor del FOSYGA y no a una EPS (ver fl. 66 vto).

Razones por las cuales se ha de revocar parcialmente la decisión de primera instancia respecto de la devolución solicitada, en cuanto a que únicamente se ordena la devolución de los descuentos en salud girados a la NUEVA EPS.

A más de ello téngase en cuenta que al tenor del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 numeral 3.4 "*La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia*" y como quiera que la demandante del 10 de abril del 2011 al 30 de marzo del 2015, no residía en Colombia no se torna aplicable dicha afiliación y mucho menos el descuento por tal concepto.

Por otro lado, se advierte que para el reintegro solicitado al tenor del artículo 59 del Decreto 806 de 1998, Colpensiones deberá tener en cuenta el aporte de solidaridad previsto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, por todo el tiempo en que este fuera del país la demandante, adicionándose en este punto el fallo consultado y en esa medida efectuadas las correspondientes operaciones matemáticas se obtiene como valor adeudado la suma de **$14.397.745**[1].

Igualmente, debe la Sala aclarar que para el presente asunto resulta aplicable lo dispuesto por el Decreto 806 de 1998, aun cuando éste fue derogado por el artículo 89 del Decreto Nacional 2353 del 3 de diciembre del 2015[2], en tanto la devolución del dinero que aquí se solicita es respecto de las mesadas causadas del 10 de abril del 2011 y hasta el reconocimiento pensional 30 de marzo del 2015, datas para las cuales se encontraba vigente el precitado Decreto 806 de 1998.

Ahora, en lo que hace a la condena por concepto de indexación a la cual accedió la *a quo* sobre el valor de las sumas de dinero a reintegrar, debe la Sala recordar, la institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, de manera evidente, a la fecha en que se paguen las sumas aquí adeudadas habrá transcurrido un interregno considerable, por lo que tal como se decidió en sentencia inicial, era procedente la indexación aplicada sobre las mismas, teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha

---

1.

Aportes Fosyga			
Cocepto	IBC	Aporte a salud	Aporte FOSYGA 1,5%
retroactivo pensional desde abril de	$ 132.162.990	$ 14.617.000,00	$ 219.255,00

Tabla Liquidación	
Devolucion descuentos en salud	*$ 14.617.000*
Menos aportes FOSYGA	*-$ 219.255*
Total	***$ 14.397.745***

[2] **Artículo 89. Vigencia y derogatorias.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Decretos 1485 de 1994, artículo 14 numerales 1, 2, 3, 4, 8, 9, 12, 14 y 16; 806 de 1998 con excepción de los artículos 17 al 24, 52, 65, 69, 70, 71, 72 y 79; (…)

en que efectivamente se haga el pago, con base en la fórmula: VP= VH x IND.F / IND.I. tal como se estableció en primera instancia, prohijándose por ende esta condena.

En cuanto a la condena por INTERESES MORATORIOS atendiendo a que, el derecho pensional de la accionante fue reconocido con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 (fl. 21), es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones, del cual en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 hacen parte las prestaciones de invalidez, vejez y muerte reguladas por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud del régimen de transición.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones, entre ellas la contenida en Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 26666 del 18 de abril de 2006, en la cual se enseña que el Acuerdo 049 de 1990 debe entenderse incorporado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dado que no se evidencia razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la actora[3], como quiera que revisado el acto administrativo GNR 269646 del 28 de julio del 2014 (fl. 12), no era procedente la negativa ni de la falta de estudio del beneficio de la transición, pues lo que se evidencia es que la falta del reconocimiento pensional derivó en que no se tuvo en cuenta que la demandante al 1° de abril de 1994 tenía acreditados más de 15 años de servicios y por ende el retorno al régimen de prima media era válido, el cual conforme al escrito de apelación presentado por la actora a tal resolución (fl. 14) fue ordenado por fallo de tutela al ser beneficiaria de la sentencia SU 062 del 2012.

Así las cosas, el reconocimiento y pago tardío de la prestación pensional, incuestionablemente da lugar a la causación de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del vencimiento del plazo de

[3] *Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.*

cuatro meses previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003[4], con el que contaba la entidad para el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, el cual, en el presente asunto debe contabilizarse a partir del 17 de abril del 2013, por cuanto en dicha calenda y contando con el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho elevo la solicitud de reconocimiento pensional, conforme se desprende de la lectura de la resolución GNR 269646 del 28 de julio del 2014 (fl. 12).

De esta suerte, los intereses moratorios debieron ser impuestos a partir del 18 de agosto del 2013 (4 meses después de la solicitud de pensión 17 de abril del 2013) y hasta el 28 de febrero del 2015, atendiendo a que la inclusión en nómina se efectuó para el mes de marzo de 2015 (fol. 23), sobre las mesadas causadas del 10 de abril del 2011 y hasta el 28 de febrero del 2015, y una vez realizados los cálculos aritméticos con apoyo del Grupo Liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, los cuales hacen parte integra de la presente decisión, se obtiene como valor adeudado por concepto de intereses moratorios la suma de **$39.536.688**[5], modificándose el valor por el cual fue condenado Colpensiones en virtud de la Consulta que se surte en su favor.

---

[4] *"Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003 "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, 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"*

5

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					***Fecha de Corte***		***28/02/2015***
Mesada Causada	***Fecha Inicial***	***Fecha Final***	***Número de días en mora***	***Interés moratorio anual***	***Tasa de interés de mora diario***	***Capital***	***Subtotal Interés***
DESDE 10/04/2011 A 31/07/2013	*18/08/13*	*28/02/15*	*560*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 80.059.113,7*	*$ 29.193.834,00*
ago-13	*01/09/13*	*28/02/15*	*546*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.778.015,00*	*$ 987.687,00*
sep-13	*01/10/13*	*28/02/15*	*516*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.778.015,00*	*$ 933.419,00*
oct-13	*01/11/13*	*28/02/15*	*485*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.778.015,00*	*$ 877.341,00*
nov-13	*01/12/13*	*28/02/15*	*455*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.778.015,00*	*$ 823.073,00*
dic-13	*01/01/14*	*28/02/15*	*424*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 5.556.030,00*	*$ 1.533.991,00*
ene-14	*01/02/14*	*28/02/15*	*393*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 724.710,00*
feb-14	*01/03/14*	*28/02/15*	*365*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 673.076,00*
mar-14	*01/04/14*	*28/02/15*	*334*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 615.911,00*
abr-14	*01/05/14*	*28/02/15*	*304*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 560.590,00*
may-14	*01/06/14*	*28/02/15*	*273*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 503.424,00*
jun-14	*01/07/14*	*28/02/15*	*243*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 448.103,00*
jul-14	*01/08/14*	*28/02/15*	*212*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 390.937,00*
ago-14	*01/09/14*	*28/02/15*	*181*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 333.772,00*
sep-14	*01/10/14*	*28/02/15*	*151*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 278.451,00*
oct-14	*01/11/14*	*28/02/15*	*120*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 221.285,00*
nov-14	*01/12/14*	*28/02/15*	*90*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.831.908,00*	*$ 165.964,00*
dic-14	*01/01/15*	*28/02/15*	*59*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 5.663.816,00*	*$ 217.597,00*
ene-15	*01/02/15*	*28/02/15*	*28*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.935.556,00*	*$ 53.523,00*
feb-15	*01/03/15*	*28/02/15*	*0*	*26,82%*	*0,0651%*	*$ 2.935.556,00*	*$ 0,00*
				Total intereses moratorios			***$ 39.536.688,00***

Finalmente en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones (fl. 115)[6], se tiene que el reintegro de dinero solicitado por descuentos en salud se hizo exigible desde el mismo instante en que se efectúo el descuento que no correspondía, esto es, desde la notificación de la Resolución VPB 18618 del 27 de febrero del 2015 (fls. 20 a 23), lo cual ocurrió el día 9 de marzo del 2015 (fl. 24), reclamando la actora por primera vez su devolución el 20 de mayo del 2015 (fls. 27 a 30), acudiendo a la jurisdicción el 1° de diciembre 2017 (fl. 86), por lo que desde la fecha de exigibilidad del derecho a su reclamo y a la interposición de la demanda no transcurrieron los tres años a que aluden los artículos 151 del C.P.L. y SS y 488 del C.S.T., para que operara el fenómeno extintivo.

Igual sucede con los intereses moratorios, los cuales se hicieron exigibles con la citada Resolución VPB 18618 del 27 de febrero del 2015, notificada el día 9 de marzo de 2015 (fl. 24) en donde se reconoció el derecho desde el 10 de abril del 2011, reclamándolos en petición del 30 de agosto del 2016 (fls. 55 a 58), y demandado su pago ante la jurisdicción el 1° de diciembre del 2017, sin haber transcurrido los 3 años a los que hace alusión la normatividad correspondiente, razón por la cual deberá declararse no probada ésta excepción.

En los términos anteriores, agotada como está la competencia de la Sala, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por el Juez de primera instancia lo que se sigue es la modificación y adición de la sentencia consultada, en los términos expuestos.

SIN COSTAS en ésta instancia.

En mérito de los 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,

[6] Por auto del 21 de septiembre del 2018 se admitió por parte del Juzgado la contestación de Colpensiones (fl. 118).

RESUELVE

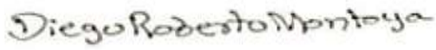
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia consultada, en cuanto a que la condena por INTERESES MORATORIOS causados a partir del 18 de agosto del 2013 y hasta el 28 de febrero del 2015, asciende a la suma de **$39.536.688**, sobre las mesadas del 10 de abril del 2011 al 28 de febrero del 2015.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para en su lugar CONDENAR a la DEVOLUCION de las sumas descontadas por concepto de salud y giradas a la NUEVA EPS por las mesadas pensionales correspondientes a los meses de abril del 2011 a marzo del 2015, de cuyo valor a devolver únicamente se descuenta la unidad porcentual en referencia a los aportes que debían girarse al FOSYGA hoy en día ADRES, suma que corresponde a **$14.397.745,** sobre la cual se deberá reconocer la indexación conforme a lo considerado.

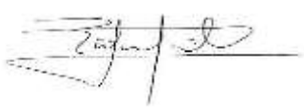
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones que preceden.

CUARTO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN





RAFAEL MORENO VARGAS **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUILLERMO ANTONIO VALDERRAMA TORRES CONTRA OPTILASER S.A. (RAD. 14 2018 00006 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 429 a 433 y 440 a 445), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de julio de 2019 (Cd. fol. 425 record 56:56 acta a folios 426), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre GUILLERMO ANTONIO VALDERRAMA y la sociedad OPTILASER S.A., existieron tres contratos de trabajo independientes que se desarrollaron entre el 1 de enero y 15 de mayo de 2006; 15 de abril de 2007 y 30 de octubre de 2009 y finalmente, entre el 1 de noviembre de 2009 y 8 de septiembre de 2017.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo respecto de los derechos causados y no reclamados con anterioridad al 19 de diciembre del año 2014.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a OPTILASER S.A., de las pretensiones incoadas en su contra por GUILLERMO ANTONIO VALDERRAMA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*

> ***CUARTO: CONDENAR*** *en* ***COSTAS*** *de esta acción (Es de corregir en este momento la parte motiva en cuanto a las costas, las costas deben ser asumidas por el demandado, fue vencido en juicio en cuanto a la declaratoria de existencia de unos contratos de trabajo. -Continúo con la parte resolutiva-(Sic).*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en* ***COSTAS*** *de la acción a la demandada OPTILASER S.A., a favor del demandante, en la oportunidad se tazaran.*
>
> *Lo resuelto se notifica legalmente en estrados a los señores apoderados de las partes."*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque parcialmente la sentencia, pues en su sentir, debió establecerse una única relación de trabajo. En tal sentido, dijo, el Despacho desestimó la continuidad de las relaciones, situación que debe ser revaluada por esta Corporación por cuanto entre el contrato que finalizó el 30 de octubre e inició el 1 de noviembre de 2009 no hay ni un solo día de interrupción, y aunque documentalmente consta la terminación del mismo, no puede dársele a dicho finiquito cuando se presenta con el ánimo de desfalcar o eludir obligaciones laborales.

Con relación al interregno comprendido entre el 1 de enero de 2006 y el 13 de abril de 2007, respecto del cual se descartó la existencia de contrato de trabajo, alude al desconocimiento de los testimonios que indicaron, la relación nunca se interrumpió, advirtiendo, la realidad sustancial muestra que la relación laboral fue diferente a lo que consta en los documentos.

Atribuye errores a la juez como hacer un estudio individualizado de los contratos y no de manera conjunta, pese a evidenciar que la convocada a juicio utilizó contratos de trabajo asociado, de prestación de servicios, de mandato y societarios para "*eludir sistemáticamente"* las obligaciones laborales; al igual que dar por sentado que hubo contratos de prestación de servicios ininterrumpidos entre el 2007 y el 2017, cuando la prueba documental y testimonial no acreditaba eso, recalcando, efectivamente hubo un contrato de prestación de servicios de 2007 a 2011, pero no después de esa fecha y menos a la terminación de la relación, respecto del cual no se previó prorroga alguna, enfatizando, "*la prórroga automática de los contratos de prestación de servicios son un imposible jurídico porque se requiere un documento escrito"*. Ante tal

panorama, considera, los pagos que se efectuaron por concepto de cirugías no tienen ningún trato documental, por lo que deben entenderse como emolumentos laborales y tenerse en cuenta para efectos de la reliquidación de prestaciones y aportes a la seguridad social.

Con todo, insiste, debe decretarse la existencia de un único contrato de trabajo entre 2001 y 2017 o por lo menos dos, advirtiendo, las reglas de prescripción y la prueba de los pagos si estaban acreditados debidamente, y aunque fueron pocos, debieron ser considerados.[1] (Cd. fol. 425 record 58:41, acta a folios 426)

---

[1] *Muchas gracias su señoría. Encontrándome dentro de la oportunidad pertinente presento ante su despacho recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir para que el Honorable Tribunal, la revoque parcialmente, salvo en lo que fue objeto de condena en atención a las siguientes consideraciones:*
La primera, es que el despacho considero la existencia de tres contratos laborales, pero desestimó que la continuidad de los mismos, situación que debe ser revertida por el Honorable Tribunal de Bogotá, bajo dos consideraciones:

La primera, es que efectivamente al referirse al segundo contrato que acabo el 30 de octubre del 2009 y al tercer contrato que acabo el 1 de noviembre de 2019, pues se ve que no hay ningún día de diferencia entre esos dos contratos y si bien documentalmente se señaló una terminación del contrato la jurisprudencia ha señalado que si bien es válido terminar un contrato, no lo es así, cuando lo que se presenta con esa terminación es desfalcar o eludir obligaciones laborales, en lo que se refiere al interregno que tampoco considero un contrato de trabajo al 1 de enero de 2006 al 13 de abril del 2007, debe señalar que al margen de la prueba documental, paso por alto, las declaraciones testimoniales, en especial la del señor Tito Gómez quien al minuto 30:35 señalo que la relación laboral nunca se interrumpió, lo cual, es consonante con la declaración de la señora María Elvira Grueso, que señalo que efectivamente él estuvo entre el 2000 y el 2017 en el minuto 53 y minuto 6:43, así, como las declaraciones adyacentes de Tito Gómez al minuto 21:58 que señalo que cuando ingreso a Optilaser el señor llevaba 7 años trabajando, que empezó como médico oftalmólogo al minuto 22:48 y luego fue recibido en capacitación como médico adscrito lo cual da cuenta que pese a que el documento que se suscribió señalara otra condición pues la realidad sustancial de la relación laboral fue diferente.

Adicionalmente, el análisis y la valoración que se hizo en el fallo incurrió en un error al hacer el análisis únicamente de forma individual de cada uno de los contratos, pues, también tenía que hacerlo de manera conjunta y al evidenciar que la encartada o empresa demandada utilizo contratos de trabajo asociados, contratos de prestación de servicios, contratos de mandato y contratos societarios para eludir sistemáticamente la obligación laboral debió haber derrumbado esa acreditación que daba la parte demandada de que no existió un contrato de trabajo, más aun cuando por lo menos dos de esos contratos fueron derrumbados.

Así mismo, he de señalar que un tercer error que se encuentra en la providencia es dar por sentado que si hubo contratos de prestación de servicios ininterrumpidamente desde el 2007 hasta el 2017, la realidad documental no acredita eso, ni siquiera la testimonial, de efectivamente, si hubo un contrato de prestación de servicios de 2007 al 2011, lo cierto es que del 2011 al 2017 no hay ningún contrato de prestación de servicios, y mucho menos en la parte final de la relación laboral, incluso la representante legal trato de justificar aquí, en un testimonio que realmente recaudamos por error, porque ella era la representante legal, solo en el análisis posterior me di cuenta, pues incluso se había negado el testimonio en la primera audiencia, lo que dijo ella es que en ese periodo se había hecho por un contrato de mandato con el señor y al ser consultada sobre si ese contrato de mandato existía pues la señora efectivamente dijo que no lo tenia que el señor Valderrama nunca suscribió ese contrato de mandato.

Luego si bien hubo un contrato de prestación de servicios en el año 2007, pues este solamente tenía la vigencia de un año hasta el 2008 y en ese contrato de prestación de servicios no se pactó una prorroga o una situación, luego si en el contrato de trabajo decía que el señor tenía una cláusula de exclusividad que no le permitía en ese periodo practicar cirugías y lo que se le pago por concepto de cirugías no tiene

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor GUILLERMO ANTONIO VALDERRAMA TORRES, las pretensiones contenidas en la demanda y la subsanación a la misma folio 103 a 105 y 128, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos del escrito introductor de folios 105 a 109 y su subsanación folios 128 y 129, encaminadas a que, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de enero de 2001 y el 8 de septiembre de 2017, el cual terminó por renuncia motivada imputable al empleador, ocasionándole perjuicios morales y materiales. En consecuencia, se condene a OPTILASER S.A. a reliquidar y pagar a su favor las

---

ningún trato documental escrito que dé cuenta de por qué concepto era pues claramente lo que se pagó entre el 2011 y el 2007, pues eran emolumentos laborales y debieron ser tenidos en cuenta como tal para la reliquidación de prestaciones y aportes a la seguridad social.

En ese sentido considero que si existe una unidad de contrato de trabajo desde el 2001 o hasta el 2017, o por lo menos se debe tener acreditados no tres contratos de trabajo, sino dos, y que en todo caso las reglas de prescripción y de prueba de los pagos si estaban acreditados debidamente dentro del proceso y por más que fueran unas pocas si debieron haber sido tenidas en cuenta.

En efecto, el contrato de prestación de servicios, suscrito el 15 de abril de 2007, que está a folio 27 y 66, feneció el 15 de abril del 2008, y desde el 16 de abril de 2008 hasta el 31 agosto de 2011 no hubo contrato de prestación de servicios, es decir, todo lo que se le pago por concepto de cirugías no tiene ningún documento que lo respalde y si hacia parte del ingreso laboral del trabajador y el contrato de prestación suscrito el 1 de septiembre de 2011 tuvo una vigencia de un año y feneció el 31 de agosto de 2012, es decir, que desde el 1 de septiembre de 2012 hasta 8 de septiembre de 2017, no hubo contrato de prestación de servicios y la demandada trato de excusar esa conducta señalando que fue un mandato y un pago a terceros lo cual nunca se acreditó y el fallo digamos se equivoca digamos al extender esos periodos de prestación de servicios cuando ni siquiera ninguna de las dos partes lo ha considerado así.

Digamos que la prórroga automática de los contratos de prestación de servicios es un imposible jurídico porque se requiere en un documento escrito siempre para que se pueda dar la diferencia entre un contrato de trabajo, lo que aunado al hecho de que las cirugías y las consultas, como declararon los testigos en buena parte de los periodos se hacían en las instalaciones de la regentada, de la demandada, así como con los elementos que daba la demandada ello se puede ver de María Elvira Grueso y de Elvia Cristina, así como lo mismo que nos manifestó el señor Tito pues claramente si nos encontrábamos en desarrollo de unas situaciones que permitían vislumbrar claramente que nos encontrábamos en un vínculo laboral a lo sumo en dos contratos de trabajo y que la demandada trato sistemática, reiterada y pacíficamente de violentar las obligaciones laborales entre la suscripción de contratos dos de los cuales fueron derrumbados y por lo menos 7 u 8 años en los que no hay ninguna justificación ni contrato, ni nada, que acredite el tema.

En ese sentido le solicito al Tribunal revocar las sentencias, ordenar las condenas en todas y cada uno de las solicitudes de condena que se han presentad, de manera respetuosa. Sin otro particular su señoría"

cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes en seguridad social en salud y pensiones, causados durante la vigencia de la relación laboral, junto con las sanciones por no consignación de las cesantías y no pago de intereses a las mismas, la indemnización moratoria y la indexación. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** a sus aspiraciones, por cuanto, pese a que se declaró la existencia de tres contratos de trabajo entre el actor y la llamada a juicio, se absolvió a esta última de las pretensiones incoadas en su contra, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción. Para arribar a tal conclusión, estimó la juez de primer grado, aunque se pretendía la declaratoria de un solo vínculo laboral entre el 1 de enero de 2011 y el 1 de junio de 2017, no encontró acreditado el mismo por varias circunstancias, que se sintetizan así:

1) La vinculación de 2001, aunque formalizada mediante contrato de prestación de servicios se había de entender regida por una relación laboral, por no desvanecerse la presunción de subordinación, el cual finalizó el 15 de mayo de 2006 por acuerdo de las partes, pacto que estimó válido pues denotó la voluntad de estas de poner término al contrato, lo que procedía con independencia de la naturaleza del mismo.

2) El segundo contrato que le sigue en tiempo –CPS de la demandada con OFTALMÓLOGOS REFRACTIVOS- (1 de octubre de 2006), no fue suscrito por el demandante como persona natural, sino como representante legal de una empresa asociativa de trabajo, sin que se acreditara, en el interregno comprendido entre el 1 de octubre de 2006 y el 14 de abril de 2007, la prestación personal del servicio del actor a favor de la demandada, aunque fuera en calidad de trabajador asociado.

3) El siguiente fue un contrato de trabajo a término indefinido del 15 de abril de 2007, el cual se suscribió un año después al anterior vínculo laboral acreditado, no siendo posible tener como ininterrumpida la prestación del servicio del actor, advirtiendo, aun si en gracia de discusión se hallara probado el contrato entre el 1 de octubre de 2006 y el 14 de abril de 2007 que se desechó, tampoco podría darse tal alcance porque con relación al primer vínculo laboral transcurrieron más de 5 meses.

4) De manera paralela, en la fecha anterior se celebró contrato de prestación de servicios (15 de abril de 2007), el cual, del análisis de las pruebas concluyó que el mismo correspondió en realidad a un contrato de trabajo por no haberse desvirtuado la subordinación. Igualmente estimó que la finalización de estos contratos concurrentes, se produjo por voluntad de las partes, por lo que no era dable extender su existencia más allá de su terminación, siendo en consecuencia independiente del que surgió del 1 de noviembre de 2009 al 8 de septiembre de 2017, último que concurrió con un contrato de prestación de servicios para la realización de cirugía oftalmológica respecto del cual si encontró desvirtuada la subordinación.

En ese orden, determinó la existencia de tres contratos de trabajo, a saber: entre el 1 de enero de 2001 y el 15 de mayo de 2006; del 15 de abril de 2007 al 30 de octubre de 2009 y entre el 1 de noviembre de 2009 y el 8 de septiembre de 2017, y por las facultades *mínima petita*, concluyó que lo reclamado frente a los dos primeros contratos se encontraba afectado por el fenómeno de la prescripción y con relación a la última vinculación laboral, estimó improcedente la reliquidación pretendida dada la concurrencia del contrato laboral con el de prestación de servicios, que impedía la inclusión de los dineros recibidos con ocasión a este último para efectos de reliquidar las prestaciones sociales a favor del actor.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuestos por las partes, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

No es objeto de controversia en esta instancia, que los vínculos suscitados entre las partes en los periodos comprendidos entre el 1 de enero de 2001 y el 15 de mayo de 2006, del 15 de abril de 2007 a 30 de octubre de 2009 y del 1 de noviembre de 2009 a 8 de septiembre de 2017, tenían el carácter de laborales, situación que fue en esos términos establecida por la juez de primer grado, sin

que frente a la naturaleza de tales vínculos se haya formulado objeción o reparo alguno en la alzada.

Así pues, la apelación de la parte actora se concreta en dos aspectos: de una parte que no se haya declarado la unidad contractual o la existencia de un único contrato de trabajo, teniendo en cuenta incluso el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2006 y el 14 de abril de 2007 que fue descartado por la juez *a quo* por no encontrar acreditada la prestación personal del servicio en dicho interregno; y de otra, que se haya establecido la concurrencia del contrato de prestación de servicios con el contrato laboral cuando, a su juicio, formalmente no existió el primero, debiéndose entender integrados los rubros recibidos al salario del actor, escenarios que pasan a dilucidarse por la Sala.

Después de las consideraciones anteriores, en lo que atañe a los extremos laborales, desde ya advierte la Sala la imposibilidad de declarar la existencia de un único contrato como lo pretende el recurrente, pues lo que emana de las pruebas acopiadas en el expediente es que la prestación del servicio fue de manera interrumpida, como pasa a explicarse.

El contrato de prestación de servicios celebrado el 1 de enero de 2001 (folio 6 a 8), cuya naturaleza fue definida en primera instancia como laboral, finalizó por decisión conjunta de las partes el 15 de mayo de 2006, según se verifica a folio 229, acuerdo al que no es dable restarle validez como lo procura el apelante, pues no quedó acreditado vicio alguno que conlleve a la declaratoria de su ineficacia; por el contrario, lo que denota ese legajo, tal como lo afirmó la juez de primer grado, es la voluntad inequívoca de las partes de dar fin al vínculo que los ataba.

Adicional a lo anterior, entre este y el siguiente nexo declarado en la sentencia apelada (15 de abril de 2007), transcurrió un lapso de once (11) meses, tiempo suficiente para interrumpir la continuidad del contrato. En este punto debe precisarse, aunque a las diligencias se incorporó un contrato de prestación de servicios calendado 1 de octubre de 2006 (folio 13 a 15), que resulta anterior al contrato originado el 15 de abril de 2007 declarado en primera instancia, el mismo corresponde a una proforma que no se encuentra suscrita y en la que, en

todo caso, el actor figura como representante legal de la empresa asociativa de trabajo "*oftalmólogos refractivo",* lo que descarta la prestación personal del servicio a favor de la encartada en virtud del aludido instrumento contractual, si se tiene en cuenta además, que allí se estipuló que el contrato se ejecutaría a través del personal que designe el contratista (folio 9), que para el asunto sería OFTALMOLOGOS REFRACTIVOS EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO. Bajo este entendido, como para este interregno (1 de octubre de 2006 al 14 de abril de 2007) no se probó la prestación personal del servicio no puede beneficiarse el actor de la presunción a que se refiere el artículo 24 del C.S.T.

Con independencia de ello, aun cuando se declarara un contrato de trabajo entre las partes por este periodo, lo cierto sería que entre la terminación del anterior -15 de mayo de 2006- y este nuevo contrato, trascurrieron 5 meses que igualmente resultan suficientes para interrumpir la continuidad de la relación.

De otra parte, aunque entre los contratos del 15 de abril de 2007 al 30 de octubre de 2009[2] y el 1 de noviembre de 2009 al 8 de septiembre de 2017[3] (concretados en la sentencia de primera instancia) no hubo ni un solo día de interrupción, fueron igualmente las partes quienes de común acuerdo decidieron dar fin al primero de ellos (folio 44 a 47), con el ánimo de suscribir un vínculo que contuviera las nuevas condiciones de trabajo previamente acordadas por estas (folio 45), sin que de dicho acuerdo de voluntades se adviertan visos de nulidad o ilegalidad, o el ánimo de desfalcar o eludir obligaciones laborales a favor del trabajador como lo afirma el convocante, o por lo menos ello no luce acreditado en el expediente.

En ese entendido, aunque ante supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, se debe ser muy cauteloso en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, pues estas prácticas se han adoptado con el ánimo de restar antigüedad en el

[2] En este periodo se suscribieron dos contratos. Uno de prestación de servicios (folios27 a 34) y uno de trabajo a término indefinido (folios 17 a 23). La juez de primera instancia, con relación al primero, declaró que también se trataba de un contrato de trabajo.

[3] En este lapso también fueron celebrados dos contratos, uno de carácter civil y otro laboral a término indefinido (folios 66 a 69 y 70 a 73). En este periodo encontró la juez de primera instancia que las dos modalidades de contrato concurrieron, pues la demandada logró desvanecer la presunción de subordinación con relación a la prestación de servicios, declarando, el objeto de ambos contratos quedó claramente definido y era entendido por las partes.

servicio del trabajador, o beneficiarse en la liquidación de la cesantía o la potestad de dar por terminado el contrato de trabajo[4], ello no significa necesariamente que siempre que estemos ante contratos sucesivos existe unidad contractual[5], pues puede suceder, como de hecho aquí acontece, que existan dos relaciones laborales independientes entre sí, cada una las cuales tuvo su propio modo de terminación y fueron debidamente liquidadas (folio 75), porque ello puede verificarse real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral y aparece con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro.

En el caso de autos, ninguna circunstancia contraria a los derechos del trabajador, como las que acaban de exponerse, se configura, pues se insiste, los contratantes de manera libre y voluntaria pusieron fin al contrato de trabajo para dar paso a condiciones laborales que, aunque guardan cierta similitud frente al objeto, significó cambios en el cumplimiento del horario y el salario (ver folios 17 a 23 y 70 a 73), y la celebración de un vínculo jurídico paralelo que significaría una mejora en la retribución del accionante (folio 66 a 69), lo que obedeció igualmente al consenso de los contratantes (folios 44 a 47).

Bajo tal entendido, debe partirse del supuesto que el 30 de octubre de 2009 finiquitó una relación laboral y el 1 de noviembre siguiente, nació un nuevo contrato de trabajo entre las mismas partes.

Aquí es importante mencionar, si bien es cierto el testigo TITO EDUARDO GÓMEZ QUIN[6], fundador de la sociedad demandada y miembro de la junta directiva, aseguró que el demandante trabajó de manera ininterrumpida para la

---

[4] Sentencia SL15986 de 2014, reiterada en SL 1211 de 2019.

[5] Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado de antaño que "*No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica"* (CSJ, Cas. Laboral, Sent. Sep. 2/77).
Así mismo, esa Corporación puntualizó que cuando se trata de Contratos de Trabajo sucesivos, no siempre se reconoce la existencia de un solo contrato al indicar: "*La sola circunstancia de que haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro no es razón suficiente para sostener la unicidad del vínculo o la existencia de simulación en la extinción del primero, puesto que nada impide y bien puede suceder, como de hecho aquí ha acontecido, que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas"* (CSJ – SCL radicado 20946 de 17 de septiembre de 2003)

[6] Cd folio 421, record 18:18, acta folios 422.

compañía demandada desde el 2002, también lo es que tal aseveración no resulta consistente con la prueba documental acopiada, que como quedó visto, no solo contiene la voluntad de las partes de finalizar los vínculos, sino que da cuenta de las interrupciones entre una y otra relación contractual, siendo insuficiente esta afirmación para derruir las conclusiones derivadas del análisis de los medios probatorios estudiados.

Del mismo modo, ha de decirse, tampoco es prueba de la unidad contractual la certificación de folio 90, en donde se indica que la relación inició el 1 de enero de 2001, pues allí se especifica que la misma ha presentado modificaciones en tiempo y valor de los honorarios.

Según el principio de la primacía de la realidad antes referido, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. Por lo anterior se lleva al convencimiento de la Sala, que si bien es cierto existió prestación del servicio durante el lapso señalado en el libelo, ésta no fue continua, sino interrumpida, existiendo tres contratos de trabajo entre las partes, no logrando la parte interesada, acorde al art. 167 del C.G.P., acreditar una sola relación laboral, tal como se solicita en la demanda, toda vez que no existe prueba que sustente su dicho. Conforme lo analizado hasta este punto, habrá de confirmarse la sentencia en este puntual aspecto.

En tal sentido, como el demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, se tendrá en cuenta únicamente la última relación que unió a las partes.

Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicación 27371, reiterada en SL 2708 de 2019, en la que determinó que al aparecer acreditadas varias vinculaciones labores, cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato de trabajo, se debe analizar entonces la última de ellas. Así razonó la alta Corporación:

> *"En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los*

> *contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.*
>
> *Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.*
>
> *Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes.*

Previo a proceder a ello, se debe precisar, estimó la juez *a quo*, en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2009 y el 8 de julio de 2017 (último contrato), coexistieron un contrato de prestación de servicios y uno de carácter laboral, pues a su juicio, aunque para efectos del primero aplicaba la presunción de subordinación, la misma había sido desvirtuada por la pasiva.

Así entonces, las pretensiones del convocante están encaminadas a que se establezca que dicho contrato de prestación de servicios no obedecía a tal naturaleza, sino que eran un verdadero contratos de trabajo, con el fin de que las sumas de dinero recibidas con ocasión al mismo sea tenida en cuenta a efectos de calcular las diferencias en sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social.

Para solventar este punto, se reitera, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Ahora, se tiene que de manera concomitante al contrato laboral (folios 70 a 73), el 1 de septiembre de 2011 (folios 66 a 69) las partes suscriben un contrato de prestación de servicios, el cual tiene por objeto:

> *"**PRIMERO: EL CONTRATISTA** se obliga para con EL CONTRATANTE a realizar todos los procedimientos de CIRUGÍA OFTALMOLOGICA que se le programen por parte del contratante, de acuerdo a la disponibilidad de turnos que determine y establezca el CONTRATISTA para ejecutar funciones propias de este contrato"*

Como retribución se pactó un 20% del valor que pague el paciente por concepto de procedimientos quirúrgicos diferentes a la cirugía refractiva y un 7% del valor del procedimiento que pague el paciente por concepto de cirugía refractiva (folio 66), indicando como fecha de terminación el 31 de agosto de 2012.

Sobre el particular, se advierte que verificada como se encuentra la prestación personal del servicio, el demandante se encuentra cobijado por la presunción de artículo 24 del C.S.T., correspondiéndole a la encartada demostrar que no ejerció subordinación sobre el actor.

Así, del análisis del acervo probatorio se tienen, los testimonios de MARIA EUGENIA GRUESO ANGULO[7], SILVIA LOZANO OÑATE[8] y TITO EDUARDO GOMEZ QUIN[9], trabajadores de la sociedad demandada y ex compañeros de trabajo del aquí demandante, fueron contestes en aseverar que en función del contrato de trabajo, el actor debía atender las consultas de oftalmología que le fueran asignadas por la clínica, en los horarios previstos y previamente acordados por las partes, y en virtud del contrato de prestación de servicios, debía suministrar el servicio de cirugía a los pacientes según la disponibilidad del profesional de la salud. De hecho, advirtieron, la autonomía en este último evento era tan amplia que podía negarse a realizar la prestación del servicio ante la configuración de alguna contingencia o imposibilidad y delegar en algún compañero la realización del procedimiento contratado.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, es menester precisar las manifestaciones de los testigos reseñados, gozan de plena credibilidad por esta

[7] Cd folio 414, récord 4:12.
[8] Cd folio 421, récord 3:12.
[9] Cd folio 421, récord 18:18.

Sala dado que los deponentes en gran parte de sus versiones fueron coincidentes entre sí y con los demás medios de prueba, precisando que solo se tendrán en cuenta las manifestaciones que deriven de la percepción directa de los hechos narrados.

Además de lo advertido por los deponentes se tiene a folio 93, copia de comunicación electrónica elaborada por el demandante el 29 de agosto de 2015, misiva que fue incorporada por la parte actora, generada como respuesta a una invitación a asistencia de reuniones de carácter administrativo, en la cual señaló:

> "*En respuesta a la invitación de asistir a reuniones de carácter administrativo los días lunes A.M. le reitero mi mayor compromiso de participar en las actividades que la institución me requiera siempre que estén dentro de los horarios contratados.*
>
> *El día lunes AM es el día quirúrgico donde yo hago las cirugías intraoculares y de la clínica optilaser y de pacientes de mi consultorio. Es imposible reemplazar esos espacios para otro día ya que por organización de mi tiempo personal tengo ya establecido que sea así.*
>
> *Con gusto asistiré a esta reuniones (sic) en los tiempos en que tengo vinculación con la institución"*

En el expediente también reposa copia de correo electrónico de 18 de junio de 2016, en el que GUILLERMO ANTONIO modifica los horarios para realización de jornada quirúrgica "por motivos personales" que lo mantendrán ocupado y con ocasión a un viaje fuera de la ciudad (folio 265).

En ese orden de ideas, del análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos, esta Sala puede concluir, en el caso de marras la traída a juicio logró desvanecer la presunción que cobija al actor, con relación al contrato de prestación de servicios que subsistió de manera concomitante al contrato de trabajo a término indefinido (folio 70 a 73), para el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2009 y el 8 de septiembre de 2017, pues con las pruebas recaudadas quedo demostrado que el demandante ejecutó la función de oftalmólogo, puntualmente para la realización de las cirugías, destacando la autonomía que caracteriza las relaciones contractuales de prestación de servicios, advirtiendo, aunque formalmente no se haya suscrito una prórroga automática al contrato de prestación de servicios inicialmente firmado entre las

partes en litigio, el cual tenía una duración pactada de un año (folio 68), debe hacerse primar la realidad y la intencionalidad de estos de mantener inalteradas en el tiempo las condiciones pactadas y de regirse su relación con base en este, sin que para ello sea necesario, como lo aduce el recurrente, que se suscriba un nuevo contrato.

En el plenario quedó demostrado que el actor disponía de sus propios horarios de trabajo, y podía incluso delegar en terceros la realización de los procedimientos, esto es, no era requisito indispensable que lo hiciera personalmente, y aunque se ejecutaba en las instalaciones de la empresa con las herramientas proporcionadas por la misma encartada, ello no es óbice para desconocer la autonomía con la que contaba.

La prueba analizada y la realidad procesal, dan cuenta que cada modalidad (contrato de trabajo y prestación de servicios) que subsistieron entre las partes de manera concomitante entre el 1 de septiembre de 2011 y el 8 de septiembre de 2017, eran definidas, diferenciadas y claras para las partes, por lo que también en este aspecto se confirmará la sentencia de primer grado.

Dilucidado ello, no resulta procedente la reliquidación perseguida por la parte convocante del litigio, respecto de sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, en tanto no es posible tener en cuenta los emolumentos recibidos por el trabajador en virtud del contrato de prestación de servicios a efectos de re calcular el monto de las prestaciones recibidas en virtud de la relación laboral que sostenía de manera simultánea con la encartada, pues se trató de vínculos con naturaleza jurídica disímil, en virtud de los cuales, se advierte que lo recibido como retribución por el contrato de prestación de servicios correspondió a honorarios y no a salario.

Así las cosas, agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANGIE DAYAN MONTAÑO CONTRA SELECTIVA S.A.S. y RCN TELEVISION S.A. (23 2019 00216 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 218 y 219) y RCN TELEVISIÓN S.A. (folios 215 y 216), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de febrero del 2020 (Cd. fl. 210, audio 2, record 12:50, acta a folio 209), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la SOCIEDAD SELECTIVA S.A.S y a la SOCIEDAD RCN TELEVISIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante ANGIE DAYAN MONTAÑO GARCÍA conforme a lo considerado.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS** a la demandante.*
>
> ***TERCERO:** De no ser apelada la presente sentencia, se **ORDENA** que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** para que el honorable tribunal superior del distrito judicial, sala de decisión laboral revise la sentencia que profirió este operador judicial a favor de la demandante teniendo en cuenta que es totalmente adversa a las pretensiones de la misma."*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, señalando que su inconformidad con la decisión de primera instancia, radica principalmente en dos puntos, el primero respecto de los 23 días de salarios causados del 1° al 23 de febrero del 2018 y el segundo frente al salario real devengado por la demandante, señalando haber quedado demostrado que el contrato finalizó fue el 23 de febrero del 2018, precisando respecto del salario que si bien las partes convinieron que éste sería de $2.000.000 en la realidad lo consignado mensualmente eran $2.800.000 más las comisiones por ventas, por lo que se convertía en un salario variable que ascendía a $3.189.952 y en ese orden asegura se debe realizar el correspondiente ajuste económico[1]. (Cd. fl. 210, audio 2, record: 13:33)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

[1] "Una vez escuchado su pronunciamiento sobre la sentencia, me permito presentar el recurso de apelación sobre la misma en los siguientes términos:

Ataco su sentencia su señoría porque estoy viendo el desconocimiento, en primer punto, del pago de los 23 días de salario del primero al 23 de febrero, lo cual para este demandante no fue claro y, en segundo punto el salario real probado de la demandante, como se logró probar con las consignaciones que le hacía la empresa SELECTIVA quincenalmente, tenía un promedio de $3,189.952 y no de dos millones como se está diciendo en la sentencia.

Quedó demostrado que el contrato quedó finalizado el 23 de febrero de 2018 y las demandadas aquí no probaron que fuera antes, entonces para mí es muy importante señoría tener en cuenta que si bien es cierto que las partes convinieron que el salario sería de $2,000.000, lo que corresponde a la realidad fáctica y jurídica es que el salario que era consignado mensualmente por las demandadas era de $2,800.000 más las comisiones por ventas que lo hacía un salario variable, aquí nunca los demandados demostraron que no pagaran comisiones o que no habían pagado las comisiones, que al final arrojó un salario de $3,189.952 en virtud de la remuneración económica acordada entre las partes, lo que deja como resultado que se deba dar a aplicación de la realidad sobre las formalidades y las demandadas deban realizar este tipo de ajuste económico.

Para cerrar señoría, muy respetuosamente quiero remitirme a la sentencia SL 5474 de 2019 donde una sala de descongestión de la corte suprema dice que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedezca a una causa distinta a la prestación del servicio, cosa que no sucedió aquí, dice también que la sala insistió que de conformidad con el artículo 127 de código sustantivo del trabajo es salario todo lo que recibe el trabajo en dinero, en especie como contra prestación directa del servicio sea cualquiera la forma que se adopte, sumado que el derecho del trabajo es un universo de realidad, por ultimo cita la corte dentro de esa sentencia que si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado es salario.

En esas condiciones su señoría le ruego que conceda el recurso de apelación a fin que el superior nos desate este nudo jurídico. Gracias su señoría por su atención."

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en éste ordinario, las pretensiones visibles a folios 31 y 32, las cuales fundó en los hechos narrados a folios 30 y 31, solicitando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, en el cual devengo como salario variable la suma de $3.189.952, razón por la cual solicita se condene a las demandadas al pago de cesantías de los años 2017 y 2018 con el dicho valor de salario pues se las liquidaron sobre $2.000.000, así mismo se cancelen las vacaciones, primas de servicios, intereses a las cesantías, 23 días de salario, indemnización moratoria y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable,** absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones, tras considerar en primer lugar que la demandante laboró fue para SELECTIVA S.A.S. a través de un contrato de obra o labor determinada, en virtud del cual fue enviada en misión a la empresa usuaria RCN en el cargo de activador de comunicaciones, precisando dicho contrato de trabajo finalizó fue el 30 de enero del 2018 conforme a la carta de terminación que la propia actora firmó, sin que se probara un extremo final diferente y en cuanto a la reliquidación de prestaciones adujo el Juez de primer grado que el salario pactado había sido de $2.000.000 más un auxilio de alimentación y transporte por $800.000 que no constituye factor salarial en virtud del pacto de exclusión que sobre el mismo acordaron la demandante y Selectiva S.A.S., razón por la cual determinó que la liquidación de prestaciones sociales realizada por la demandada Selectiva S.A.S. se ajustaba a derecho, aunado a no haberse probado el pago de comisiones, absolviendo en consecuencia de la indemnización moratoria.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

En este orden de ideas, no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia del "*Contrato de trabajo por el término que dure la realización de la*

obra o labor determinada" suscrito por la accionante con la empresa SELECTIVA S.A.S. el 28 de julio del 2017 (fls. 144 y 145), en el cargo de ACTIVADOR DE COMUNIDADES para el usuario RCN TELEVISIÓN aspecto señalado por el juez a quo en las consideraciones de su decisión y respecto del cual no se muestra inconformidad por la parte actora.

En esa dirección, en primer lugar en relación con el **extremo final** de la citada relación laboral, se tiene que de conformidad con la con la misiva de folio 171 SELECTIVA S.A.S. le comunico a la actora que la "*labor para la cual había sido contratado (a) en misión para la Empresa RCN TELEVISION termina el día 30 de enero del 2018, tal como lo evidencia la comunicación recibid de la Empresa Usuaria y de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Primera del Contrato de Trabajo entre las partes",* comunicación que se encuentra recibida a satisfacción por la actora sin que hubiese sido desconocida dentro de este trámite ni objeto de tacha, incluso a mano alzada la actora indica "*recibí pago y seguridad social*"

Y si bien la promotora del juicio aduce que su contrato de trabajo terminó el 23 de febrero del 2018, ninguna prueba obra en autos tendiente acreditar la prestación del servicio por parte de la demandante y en favor de la accionada SELECTIVA S.A.S. hasta esa fecha, advirtiendo la Sala las manifestaciones expuestas por el testigo LEONEL FELIPE NORIEGA PARDO[2] no dan credibilidad a la Sala frente a este aspecto, por cuanto tan solo adujo que en efecto el vínculo laboral de la actora había terminado el 23 de febrero del 2020, no obstante no explicó los motivos del porque conoce tal situación, razones por la cuales se tomará la del día en que se le comunicó a la actora la terminación, esto es, el **30 de enero del 2018** (fl. 171), misma que se señala en la liquidación de prestaciones sociales como fecha de retiro, confirmándose en este aspecto la sentencia de primer grado.

Por otro lado y en lo que hace a la **reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones con el salario real devengado por la accionante**, debe señalar la Sala a folio 153 obra ACUERDO DE AUXILIOS EXTRALEGALES donde se pactó:

[2] Cd. fl. 210, audio 1, record: 32:09

> ***"<u>CLAUSULA UNICA</u>: AUXILIO DE ALIMENTACIÓN Y TRANSPORTE** A partir del 24 de julio de 2017 **EL TRABAJADOR (A)** recibirá un auxilio de naturaleza extralegal denominado **AUXILIO DE ALIMENTACION TRANSPORTE** por la suma de **OCHOCIENTOS MIL** pesos m/cte. ($800.000), de forma mensual, <u>el cual no constituye salario</u>.*
>
> ***<u>PARAGRAFO UNICO:</u>** Este beneficio de mera liberalidad y extralegal, que expresamente convienen las partes, no constituye salario en especie, ni salario para ningún efecto laboral ni de liquidación de prestaciones sociales, ni aportes parafiscales o a la seguridad social, todo de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 y el Artículo 17 de la Ley 344 de 1996."*

Frente a este punto, ha de recordarse conforme a una interpretación armónica de los artículos 127 y 128 del C. S. del T., que un pago habitual y continuo, ya en dinero, ora en especie, que retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales, no obstante lo anterior, a partir de la modificación introducida por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 al artículo 128 del C. S. del T., declarado exequible por la Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador y que, de acuerdo con el artículo 127 del estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo acordado expresamente por las partes y fue justamente lo que aconteció en el caso estudiado, pues ello fue lo plasmado en el ACUERDO DE AUXILIOS EXTRALEGALES suscrito por ambas partes atrás citado.

En relación con el tema, la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación 35154 del 20 de octubre de 2009[3] indicó que aun cuando

---

[3] "*El Tribunal, luego de transcribir el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, asentó que "…lo anterior significa, que no basta con la habitualidad y continuidad para que la vivienda, alimentación y el arreglo del vestuario sean salario en especie, sino que se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario".*

Resulta difícil de entender qué fue lo que en realidad quiso decir el Tribunal cuando afirmó que "se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario", pues no es posible entender que la inexistencia de un pacto pueda ser expresa. Pero cualquiera fuera su intención, lo cierto es que, al discurrir de esa manera, se equivocó, pues, en principio, para que un pago en especie pueda ser constitutivo de salario se requiere que se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como ha sido desarrollado por el 129 de ese estatuto, de tal suerte que un pago en especie que se efectué de manera habitual y continua y además retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales.

Sin embargo, debe igualmente tomarse en consideración, y ello no lo hace el censor, que se basó en la jurisprudencia vigente antes de la Ley 50 de 1990, que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de

determinado rubro sea factor constitutivo de salario, es lícito a las partes, sin quitarle esa connotación, pactar la exclusión de esos ingresos de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, posición que ha sido asumida en otros proveídos como los de radicación 5481 del 12 de febrero de 1993, reiterada en la 27851 del 24 de abril de 2007 y en la sentencia SL 9827 del 29 de julio de 2015[4], SL 16373 de 20 de septiembre de 2017 y SL 865 del 5 de marzo del 2019[5].

---

retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario.

Sobre esa facultad ha dicho esta Sala de la Corte que "Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales". (Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Radicación 11310)

Por esa razón, aunque el razonamiento del Tribunal fue equivocado, pues la regla general es que el suministro de alimentación, vestuario y habitación, en principio constituye salario en especie y la excepción es que, si las partes lo pactan expresamente, su pago no producirá los efectos legales correspondientes a la retribución salarial, lo cierto es que, con todo, el fallador en últimas utilizó debidamente esa regla, pues tomó en consideración lo pactado por las partes en la cláusula adicional de su contrato de trabajo y, con apoyo en ella, explicó que "la decisión del a-quo es correcta, pues las partes acordaron que el suministro en especie de la vivienda, alimentación y vestuario no constituyen salario, lo cual es legal debiéndose confirmar la decisión." (Folio 16, cuaderno del Tribunal), con lo que aplicó debidamente la excepción contenida en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo a la que en precedencia se hizo alusión. De manera que el juzgador de segundo grado no se equivocó al concluir que en este caso no procedía la condena por salario en especie impetrada y, por ende, tampoco la reliquidación de las prestaciones sociales e indemnizaciones"

[4] "(…) *En tal sentido, la Corte debe dilucidar si los denominados «beneficios mensuales» y «gastos de movilización de vehículo» tenían o no carácter salarial, y sí el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al aceptar que sí lo tenían.*

En tal dirección, en primer lugar, en torno a los denominados «beneficios mensuales», para la Sala es cierto que el Tribunal no analizó suficientemente el texto del contrato de trabajo, con sus cláusulas adicionales, pues allí constaba expresamente un pacto de exclusión salarial que debía ser analizado detenidamente en su validez, al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. En el referido documento quedó establecido diáfanamente, que aparte de la remuneración básica de $900.000.oo, la demandada iba a pagar una remuneración adicional, por «…beneficios mensuales…» igual a $300.000.oo, que se identifican allí mismo como «…beneficios y auxilios habituales… tales como bonificaciones, prima extralegal de servicios, prima extralegal de antigüedad, auxilio extralegal… alojamiento (habitación) y alimentación dentro de las instalaciones de su sede en Bogotá D.C. o en las sedes donde se haya suministrado o decida suministrarse a cualquier título, dentro del horario ordinario de trabajo o en tiempo suplementario, o en jornadas ordinarias o dominicales y festivos.»

Como puede notarse, la cifra de $300.000.oo no estaba encaminada a remunerar «horas extras», como se anotó equívocamente dentro del texto de la liquidación de prestaciones sociales, sino exclusivamente prestaciones extralegales como «bonificaciones», «primas extralegales» y «auxilios por alojamiento», que encajan perfectamente dentro de los rubros respecto de los cuales, por su naturaleza, las partes pueden convenir que no constituyen salario, en el marco de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, así como al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, con arreglo al cual, no constituyen salario, entre otros, «…los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.» (Resalta la Sala).

La Corte ha dicho frente al punto que «…el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador,

que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario. Sobre esa facultad ha dicho esta Sala de la Corte que "Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales". (Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Radicación 11310)…» (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35154).

Ahora bien, aunque esta Sala de la Corte ha sido enfática y clara en precisar que las cláusulas de exclusión salarial, pactadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no deben ser admitidas inexorablemente, por el solo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y «…no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen.» (CSJ SL, 12 feb. 2003, rad. 5481, CSJ SL, 12 jul. 2011, rad. 38832, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475), lo cierto es que en el expediente no existen elementos de juicio suficientes que contradigan el hecho de que, en este caso, la cláusula del contrato de trabajo estaba encaminada a retribuir beneficios extralegales pactados contractualmente, respecto de los cuales las partes convinieron su falta de carácter salarial y que, en la realidad, no eran pagos que conforme a la ley necesariamente debían ser concebidos como salario."

[5] *"Si bien el acuerdo de exclusión salarial entre las partes es válido a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, aquella norma no debe ser entendida como una autorización incondicional e ilimitada a las partes para disponer que no constituya salario cualquier pago extralegal dado al trabajador, habida cuenta que esa interpretación desnaturalizaría la connotación de salario que tienen algunos beneficios extralegales, y desatiende el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo establecido en el artículo 53 constitucional.*

Sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia CC C-710-1996:

> *[…]*
>
> *En esta materia, es necesario recordar que la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente.*
>
> *Así las cosas, debe entenderse que el artículo 128 se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluída como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. Por tanto, la norma, así entendida, es constitucional.*
>
> *El artículo 128, como norma de carácter general, no es contraria a la Constitución. En caso de que los regímenes salariales a que hacen referencia los actores, desconozcan esta norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él, como se ha explicado, se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluídas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada.*
>
> *[…]*

La citada disposición a su vez debe ser interpretada armónicamente con el artículo 127 del CST, que consagra que es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», y con el Convenio 95 de la OIT, convertido en legislación interna mediante la Ley 54 de 1952, que ordena que debe considerarse como salario cualquier remuneración que el trabajador perciba del empleador por los servicios que el primero preste o deba prestar al segundo. En su tenor literal, el artículo 1º del convenio, reza:

> *A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."*

Así las cosas, debe darse una interpretación sistemática del artículo 128 del estatuto laboral, que armonice su contenido con las normas constitucionales, del bloque de constitucionalidad y legales que regulan lo atinente a los factores salariales. Ello impone entender que la autorización de exclusión salarial está restringida a los fines y eventos enunciados en el artículo 128 referido, y a los casos análogos a éstos en que los pagos no retribuyan efectiva y directamente el trabajo, o que no estén destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, sino a que éste desempeñe adecuadamente sus funciones.

En caso contrario, a saber, cuando en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo se pretenda excluir salarialmente un pago extralegal que en realidad es recibido por el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, ese pacto deberá considerarse ineficaz, en atención al mandato establecido en el artículo 43 del CST.

Así se ha pronunciado en repetidas ocasiones esta corporación; como lo hizo, por ejemplo, en decisión CSJ SL 35771, 1º feb. 2011, se expuso:

> *Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.*
>
> *Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.*

Por su parte, en sentencia CSJ SL403-2013, expresó:

> *Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.*
>
> *En sentencia del 12 de febrero de 1993 (radicación 5481), al referirse a la interpretación de los arts. 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en vigencia de la ley 50 de 1990, esta Sala expuso lo siguiente:*
>
> *"Determinar cuáles de los pagos que el trabajador recibe del empleador constituyen salario y cuáles no, es tema de innegable relevancia para las relaciones obrero-patronales, tanto individuales como colectivas, por lo cual se hace necesario distinguir el 'salario' propiamente dicho de otras remuneraciones y beneficios que también recibe el trabajador por razón de su trabajo o con ocasión del mismo, cuales son las 'prestaciones sociales', las 'indemnizaciones' y los 'descansos', según clasificación empleada hace ya tiempo por nuestra legislación positiva y de usanza predominante en el lenguaje ordinario de la vida laboral. […]*

De tal suerte, a pesar de que la suscripción Acuerdo de Auxilios Extralegales ya referido (fl.153) podría mantener la eficacia propia de los acuerdos celebrados entre las partes, al excluir tales beneficios como no constitutivos de salario, lo cierto es que en este especial caso, en lo que tiene que ver con el AUXILIO DE TRANSPORTE si bien éste no constituye salario conforme lo establece el artículo 128 del C.S.T.[6] y adicionalmente fue excluido por la demandante y SELECTIVA S.A.S. como no constitutivo de salario, lo cierto es que pese a tal pacto de exclusión, la demandada SELECTIVA S.A.S. no probó en autos que tal suma de dinero fuera destinada para el beneficio que se otorgó, es decir, para MOVILIDAD Y/O TRANSPORTE.

> *a).- El pago del salario, desde el punto de vista jurídico, es la principal obligación de quien se beneficia del trabajo subordinado ajeno, como que constituye ordinariamente la contraprestación primordial y más importante de la actividad desplegada por el trabajador. El salario aparece así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica --contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria-- que regule la prestación personal subordinada de servicios.*
>
> *[…]*
>
> *3.- La clasificación de los beneficios laborales que se ha dejado expuesta, de conformidad con nuestras normas positivas reguladoras de las relaciones entre trabajadores y empleadores del sector privado, permite resolver fácilmente el asunto bajo examen, pues aplicando los anteriores conceptos al caso litigado se impone concluir que no interpretó erróneamente el Tribunal el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo ni tampoco dejó de aplicar el 128 del mismo ordenamiento. Estas normas, en lo esencial, siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1.990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores".*

Por lo expuesto, no es posible considerar, como lo sugiere la censora, que la facultad prevista en el artículo 128 del CST, en virtud de la cual se pactó una cláusula de exclusión salarial no tenga límites; por el contrario, no es dable para el juez del trabajo avalar un acuerdo como éste, si advierte que el concepto al que se le resta esta incidencia salarial, en verdad constituye una remuneración directa del servicio, es habitual o permanente y que ingrese efectivamente al patrimonio del trabajador, como desde el punto de vista fáctico lo concluyó el tribunal.

Al respecto, en el presente evento, de la valoración de la prueba testimonial arrimada al proceso, se colige, que el auxilio educativo mensual recibido por la demandante, a diferencia del semestral que percibía por el mismo concepto, era una remuneración directa del servicio, no solo por la habitualidad con la que se recibía el mismo, sino porque aquel no estaba sometido para su pago al cumplimiento de condición alguna, era remunerativo del servicio prestado por la trabajadora, y por lo tanto era salario."

[6] **ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.** <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> **No constituyen salario** las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Igual sucede con el AUXILIO DE ALIMENTACIÓN que si bien se pactó como excluido como factor salarial, conforme a los comprobantes de nómina allegados por la propia demandada SELECTIVA S.A.S. visibles a folios 165 a 168, éste beneficio como el AUXILIO DE MOVILIDAD siempre le fueron cancelados a la actora quincenalmente, por ende es evidente que se trató de un pago habitual y con el ánimo de retribuir los servicios por ella prestados, precisando el pacto efectuado a través del acuerdo de folio 153 se ha de entender como una mera nominación que en la realidad nunca se llevó a cabo, pues se itera no se probó por parte de la accionada SELECTIVA S.A.S que se destinaran para los gastos propios de alimentación y movilidad de la actora, al obrar siempre, según se reporta, relacionados habitualmente en la nomina de cada mes, solo bajo la denominación formal de Auxilio de Alimentación y Auxilio de Movilidad, pero sin otro medio de convicción que lograra acreditar que dicha nominación correspondiera a la realidad.

Por las razones anteriores, se procederá a efectuar la reliquidación de los conceptos reconocidos por la sociedad SELECTIVA S.A.S. en la liquidación de folio 172, teniendo en cuenta para ello como salarios la suma que mensualmente percibió la demandante como remuneración así:

Año	Mes	Salario Pagado	No. Dias pagados
2017	agosto	$ 1.680.000	33
		$ 1.400.000	
	subtotal	**$ 3.080.000**	
	septiembre	$ 1.400.000	30
		$ 1.400.000	
	subtotal	**$ 2.800.000**	
	octubre	$ 1.400.000	30
		$ 2.120.000	
	subtotal	**$ 3.520.000**	
	noviembre	$ 1.400.000	30
		$ 2.600.000	
	subtotal	**$ 4.000.000**	
	diciembre	$ 1.400.000	30
		$ 1.400.000	
	subtotal	**$ 2.800.000**	
Total Dias Laborados			**153**
REAL SALARIO DEVENGADO			
Total Salarios Devengados			$ 16.200.000
Salario Promedio Diario			$ 105.882
Promedio Salario Mensual			**$ 3.176.471**

Año	Mes	Salario
2018	enero	$ 1.400.000
		$ 1.766.510
	Total	**$ 3.166.510**

De esta manera conforme a los cálculos matemáticos efectuados, se encuentra que el salario promedio percibido por la accionante en el año 2017 fue de **$3.176.471** y en el 2018 de **$3.166.510**, los cuales se tomaron de los comprobantes de nómina visibles a folios 165 a 168, en los que contrario a lo referido por el Juez *a quo* si se evidencia el pago de comisiones a la actora para los meses de octubre 2017, noviembre 2017 y enero 2018 (fls. 166, 167 y 168), lo cual género que el salario si tuviera una variación mensual.

Conforme a lo anterior, se condenará a la demandada a pagar las diferencias por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima legal de servicios y vacaciones, pues estas fueron liquidadas con un salario inferior al aquí definido, en las siguientes sumas, descontando lo reconocido en la liquidación de folio 172 por $1.005.897:

LIQUIDACION PRESTACIONES SOCIALES		
Conceptos	**2017**	**2018**
Prima de Servicios	$ 1.350.000	$ 263.876
Cesantias	$ 1.350.000	$ 263.876
Intereses	$ 68.850	$ 2.639
Vacaciones	$ 675.000	$ 131.938
SUBTOTAL	$ 3.443.850	$ 662.328
TOTAL	$	4.106.178
PAGADO	$	(1.005.897,00)
DIFERENCIAS	**$**	**3.100.281,34**

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la revocatoria parcial de la sentencia apelada, por cuanto se condena únicamente a la reliquidación solicitada.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada.

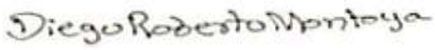
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

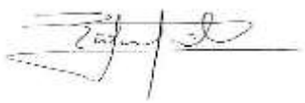
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la demandada SELECTIVA S.A.S. a cancelar a la señora ANGIE DAYAN MONTAÑO GARCIA la suma de **$3.100.281.34** por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. **SE REVOCAN** las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada SELECTIVA S.A.S.

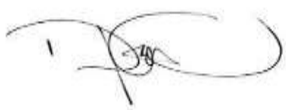
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

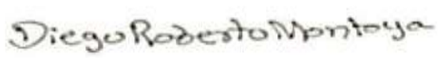
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR WILLIAM ERNESTO MUÑOZ SANCHEZ CONTRA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. (RAD. 14 2017 00579 01).

Bogotá D.C. Treinta (30) de Julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

En los términos del artículo 76 del C.G.P., se acepta la renuncia presentada por el abogado JULIO SALAMANCA MARTÍNEZ, al poder que le fuera conferido por la demandada (folio 40). Por otro lado, se reconoce personería adjetiva a la abogada KAREN PAOLA BRITO CORDOBA, como apoderada de SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias (folio 152).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 155, 157 y 158), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación promovidos por las partes, contra la sentencia proferida por la Juez

Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de septiembre del 2019 (Cd. fl. 142, record 33:22 y acta a folios 144 y 145), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** que el señor WILLIAM ERNESTO MUÑOZ SANCHEZ, estuvo vinculado al HOSPITAL MEISEN SEGUNDO NIVEL, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO hoy UNIDAD PRESTADORA MEISEN, SUBRED INTEGRADA EN SERVICIOS EN SALUD SUR, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, mediante el contrato de trabajo que se verifico entre el 1 de diciembre de 2006 y 30 de septiembre de 2014, en calidad de trabajador oficial.*
>
> ***SEGUNDO**: Como consecuencia de la anterior declaración **CONDENAR** a la demandada, a pagarle al demandante las siguientes sumas de dinero:*
>
> *A. La suma de $6.261.973,24 por concepto de cesantías de todo el tiempo laborado.*
> *B. La suma de $88.617 por concepto de intereses a las cesantías.*
> *C. La suma de $444.166,66 por concepto de vacaciones.*
> *D. La suma diaria de $35.533,33 diarios, desde el 12 de febrero de 2015 hasta que se haga efectivo el pago de las condenas aquí fulminadas de hecho a título de sanción moratoria.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada, en lo que hace a los derechos sociales causados con antelación al día 19 de julio de 2014, y no probados los restantes, en tanto, no enervaron las pretensiones.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en **COSTAS** de la acción a la parte demandada, en la oportunidad serán tasadas.**"***

Inconformes con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, inicialmente la apoderada de la parte actora, aduce que interpone el recurso de apelación de manera parcial, frente a la indemnización por despido, aduciendo no probarse el mismo, porque como en el hospital venían con la teoría de que el demandante estaba bajo contrato de prestación de servicios, nunca se le hizo el despido formal, por escrito, simplemente no lo volvieron a llamar para que realizara las labores que él estaba acostumbrado a realizar a para las cuales lo habían contratado en un principio.[1] (Cd. fl. 142, record: 35:54)

[1] "Gracias su señoría, dentro del término de ley me permito interponer recurso de apelación parcial respecto a la negación a condenar al pago del despido injustificado a la parte demandada, pues como sumercé lo manifestaba la parte demandante, no pudo probar ello, porque, porque como en el hospital venían con la teoría de que el demandante estaba bajo contrato de prestación de servicios, nunca se le hizo el despido formal, por escrito, simplemente no lo volvieron a llamar para que realizara las labores que él estaba acostumbrado o lo habían contratado en un principio, razón por la cual, él no tuvo en ningún momento por escrito la manifestación de parte de la demandada donde le manifiesta la cesación, perdón, donde le manifieste la cesación de contratarlo a él, esa es la razón por la cual, demostramos nuestra inconformidad. Gracias su señoría."

A su turno, el apoderado de la traída a juicio, solicita se revoque la decisión de primera instancia, oponiéndose a la declaración del contrato de trabajo, indicando que las manifestaciones del testigo se encuentran revestidas de intereses personales y económicos, favoreciendo por ende al demandante, en tanto el deponente también ha demandado y hace parte de testigos en otros procesos.
Por otro lado expresa que de los diferentes contratos firmados entre el demandante y la demandada, no se puede decir que hubo una continuidad teniendo en cuenta que todos los contratos celebrados siempre se terminaban, el actor prestaba los servicios mediante turnos y a su término eran liquidados y volvía y se firmaba otro nuevo contrato, durante la ejecución de estos contratos nunca presentó reclamación alguna, donde solicitara el reconocimiento de una relación laboral, y su ejecución la hizo siempre bajo su autonomía, amparada por la voluntad y buena fe de las partes, cada vez que firmaban un contrato, pues se firmaban con esas condiciones y el demandante era conocedor de que estos eran unos contratos de prestación de servicios y que no generaban alguna contraprestación por esto.

Igualmente, comenta el demandante tenía pleno conocimiento de la clase de contrato que estaba celebrando por lo que no resulta valido que ahora pretenda la existencia de un contrato de trabajo demostrando temeridad y mala fe como contratista, el creer que desarrolló fue un contrato de trabajo, precisando la celebración de estos contratos de prestación de servicios dentro de las ESES, tienen como fundamento en la legislación colombiana como es sabido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.[2] (Cd. fl. 142, record: 35:54)

[2] "Gracias señora Juez. Respecto de la decisión tomada por su señoría, presento recurso de apelación en contra de esta decisión.

En razón en que no estoy de acuerdo, a la valoración que se le dio a las pruebas allegadas en la contestación de la demanda y respecto de las excepciones presentadas. La señora Juez, sustenta digamos la condena parcial aquí en contra de mi representada, teniendo en cuenta, el testigo Alfonso Vallen Farfán, con lo cual, su señoría, pues yo disiento del testigo del señor Alfonso Vallen, teniendo en cuenta, que él ha estado demandado y hace parte de testigos con el demandado, y por tanto, este testigo se encuentra revestido de intereses personales, económicos obviamente favoreciendo al aquí demandante, sin que se lograra desvirtuar la modalidad del contrato por lo que fue contratado el aquí demandado (Sic), que fue por contrato de prestación de servicios, e igualmente señora Juez, los diferentes contratos firmados entre el demandante y la demandada, no se puede decir que hubo una continuidad teniendo en cuenta que todos los contratos celebrados siempre se terminaban, el señor pagaba su seguridad social, si bien es cierto, él siempre trabajó en la planta de servicios que hacia parte del hospital él prestaba los servicios mediante turnos tal como estaba especificado en los diferentes contratos que él presentó, por lo tanto, no se puede decir que hubo una continuidad porque dichos contratos, él presentaba sus cuentas de cobros, pagaba su propia seguridad social, ejecutaba el contrato tal como fueron firmados cada uno de estos contratos de prestación de servicios y a su término eran liquidados y volvía y se firmaba otro nuevo contrato.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante WILLIAM ERNESTO MUÑOZ SANCHEZ, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 20, 21 y 33, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 21 a 23, aspirando de manera principal, se declare que existió un contrato de trabajo ficto o presunto de trabajador oficial con el hospital demandado, el cual se desarrolló del 1° de diciembre del 2006 al 30 de septiembre del 2014, en consecuencia solicita se condene al pago de la prima semestral de servicio, vacaciones, cesantías, intereses de cesantía, indemnización por despido injustificado, indemnización moratoria, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho o en subsidio solicita el reconocimiento, liquidación y pago por cada uno de los periodos de vinculación contractual certificados por la demandada. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se accedió parcialmente a las condenas impetradas, tras considerar que se acreditó la existencia de un contrato

---

Por tanto, no se puede hablar de que hubo una continuidad y que por esta razón esto se convertía o que cumplía con la modalidad de un contrato realidad o un contrato de trabajo.

Igualmente, el demandante durante la ejecución de estos contratos nunca presento que se hiciera modificaciones o reclamación alguna, que solicitara reconocimiento de una relación laboral, y su ejecución la hizo siempre bajo su autonomía, amparada por la voluntad y buena fe de las partes, cada vez que firmaban contrato, lo firmaban con estas condiciones y el demandante era conocedor de que estos eran unos contratos de prestación de servicios y que no generaban alguna contraprestación por esto.

Igualmente, el demandante tenía pleno conocimiento de la clase de contrato que estaba celebrando para que ahora el manifieste pretender la asistencia de un contrato de trabajo adaptación que demuestra temeridad y mala fe como contratista, el creer que desarrollo fue un contrato de trabajo.

Igualmente, como se sabe señora Juez, la celebración de estos contratos de prestación de servicios dentro de las ESES, tienen fundamento en la legislación colombiana como es sabido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, numeral 3: "Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

Señora Juez de esta manera yo dejo sustentado el recurso, esto con el fin que se revoque ante el superior la decisión tomada por la señora Juez. Muchas gracias."

de trabajo desarrollado del 1° de diciembre del 2006 al 30 de septiembre del 2014, en virtud del cual el demandante en calidad de trabajador oficial era beneficiario de las prestaciones legales establecidas para dicho tipo de trabajadores, por lo que se condenó al pago de la cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones e indemnización moratoria a partir del 11 de febrero del 2015, absolviendo de las peticiones que se fundan en normas no aplicables en razón de su calidad de trabajador oficial como la prima de servicios, como también de la indemnización por despido sin justa causa al no acreditar el hecho del despido, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción de las prestaciones causadas con anterioridad al 19 de julio del 2014.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum), esto es, la declaración de la existencia del contrato de trabajo.

En esa dirección y para resolver la apelación de la demandada sea lo primero advertir, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, consignando la Sala y dada la controversia que se presenta, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que lo configura es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De ésta manera, se examinará inicialmente la forma en que el demandante ejecutó su actividad, durante el periodo en que se prolongó la vinculación

contractual, en el lapso comprendido del 1° de diciembre del 2006 al 30 de septiembre del 2014, conforme se constata con la certificación visible a folio 15 y la copia de los contratos visibles a folios 113 a 139, destacando la declaración de los extremos no fue objeto de apelación por ninguna de las partes.

Ciertamente, desde el punto de vista formal la relación jurídica entre el demandante y el Hospital Meissen II nivel ahora Subred Integrada de servicios de salud Sur ESE sede Meissen, se circunscribió a la celebración de varios contratos de "Prestación de Servicios", los cuales algunos de ellos como ya se dijo militan a folios 113 a 139 sin embargo, lo allí plasmado puede desvanecerse dada la continua dependencia laboral, es decir dejar sin efecto la presunción del inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, si el demandante acredita las características esenciales del contrato de trabajo.

Ahora, sobre la realidad como se prestaba el servicio de la demandante a favor del Hospital Meissen II nivel ahora Subred Integrada de servicios de salud Sur ESE sede Meissen, se recibió en primera instancia la declaración de ALFONSO BALLEN FARFAN[3], quien manifestó haber prestado sus servicios para esa entidad durante la época en que el actor también estuvo allí, afirmando que el demandante se desempeñaba en el área de mantenimiento y se encargaba del tema de carpintería, pintura, limpieza de cañerías, elaboraba muebles para el hospital, estantería para documentos, reparación de puertas y arreglos en general, en un horario de 7:30 am a 5pm de lunes a viernes, de igual forma, indicó que el actor recibía órdenes directas del Ingeniero del área de mantenimiento como también de la supervisora, así mismo afirmó que los materiales eran suministrados por la demandada quien incluso tenía una bodega con todo lo que se requería para el mantenimiento del hospital.

Así pues, la declaración vertida por el deponente merece plena credibilidad a la Sala de decisión pues obsérvese, en el caso de autos el declarante, conoce por percepción directa los hechos discutidos -pues trabajó con el demandante-, la realidad en la ejecución del vínculo, dando cuenta de que evidentemente el accionante estaba sujeto a órdenes, así como al cumplimiento de un horario fijado por el Hospital Meissen, aspectos que constituyen *"elementos indicativos de la*

[3] Cd. fl. 141, record: 13:20

subordinación laboral"[4]*,* y que excluyen el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo.

Igualmente queda claro con esta declaración que el demandante debía permanecer en las instalaciones de la demandada, pues justamente su función era la del mantenimiento y arreglo de las muebles y equipos de la accionada, imponiéndose entonces contratar personal idóneo para el efecto, bajo las directrices del artículo 1° de la Ley 6 de 1945 y no conforme a contratos prestación de servicios regulados por el artículo 3 de Ley 80 de 1993, desvaneciendo de ésta forma la presunción legal que de la norma podría haberse inferido.

Ahora, en cuanto a que no se debe tener en cuenta la declaración del citado testigo como se argumenta en la alzada, como ya se dijo, se trató de un compañero de labores del demandante, en el mismo sitio y labor (auxiliar de mantenimiento), durante periodos de tiempo que abarca la totalidad del contrato de trabajo declarado y por tales razones conoció de manera directa los hechos.

Además, sus dichos también se vieron soportados en las restantes pruebas analizadas, por lo, que sólo el hecho de tener o haber tenido procesos en contra de la demandada, no es suficiente para restarle toda credibilidad.

Sobre este punto La Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia 41198 del 13 de junio de 2012, consideró:

> *"Debe recordar la Corte, que el darle mayor credibilidad a unos medios probatorios que a otros, no constituye un desacierto evidente de hecho, por motivo que los sentenciadores de instancia gozan de la potestad legal de apreciar libremente la prueba, para formar su convencimiento con base en el principio de la sana crítica, acerca de los hechos controvertidos con base en aquellos elementos probatorios que más los induzcan a hallar la verdad real y no la simplemente formal que aparezca en el proceso, consagrada en el citado artículo 61 del C. P. del T. y de la S.S., cuando las inferencias del juzgador sean lógicas y aceptables, las cuales quedan abrigadas por la presunción de legalidad.*
>
> *(…)*
>
> *Sin embargo, conviene decir que la circunstancia de que un declarante adelante alguna acción judicial en contra de la empresa demandada, no es suficiente para tenerlo como interesado en el proceso en que rinde su versión, como lo pregona el impugnante, pues se requiere además que existan otros elementos de juicio que demuestren su parcialidad; y de otro lado, como lo advierte la sentencia recurrida,*

[4] *Ver radicado 22357 Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral*

> *dicho trabajador o compañero de labor fue un testigo presencial de los hechos, y nadie mejor para dar cuenta de lo sucedido y de la conducta del demandante.”* (Subrayas fuera de texto)

Así, la verdadera relación jurídica contradice lo que informan los contratos suscritos entre el demandante y el Hospital Meissen II nivel ahora Subred Integrada de servicios de salud Sur E.S.E. sede Meissen, por lo cual, estos no opacan la realidad de lo vivido entre las mismas.

Todo lo anterior, permite entonces concluir que la vinculación jurídica que existió entre las partes, en la realidad, estuvo regida por un contrato de trabajo, la cual se ejecutó desde el 1° de diciembre del 2006 y hasta el 30 de septiembre del 2014, precisando, de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 17 de 1997 el HOSPITAL DE MEISSEN II NIVEL se transformó en Empresa Social del Estado, entendida ésta como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Distrital, dotada de Personería Jurídica, Patrimonio Propio y Autonomía Administrativa, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud y de conformidad con el artículo 17 del Decreto 1876 de 1994[5], se hace remisión al Decreto 1298 de 1994 que en el parágrafo del artículo 674 señala: *“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*” Y en ese orden conforme se constata con las certificaciones de folios 15 y 109 la denominación del cargo desempeñado por el actor es de AUXILIAR DE MANTENIMIENTO razón por la cual es claro que ostentó la calidad de trabajador oficial, tal como así fue definido en sentencia de primera instancia, por lo que no son de recibo las manifestaciones de la alzada según las cuales la relación entre las partes estuvo regida por contratos de prestación de servicios, pues lo cierto es que de las pruebas recaudadas se encuentra acreditado que en la realidad se presentó una relación laboral regida por un contrato de trabajo.

Así las cosas, determinada la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados, resulta procedente dar estudio a la apelación de la parte demandante la cual únicamente se dirigió a establecer la procedencia de la **Indemnización por despido sin justa causa.**

[5] “*Las personas que se vinculen a una Empresa Social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, en los términos establecidos en el artículo 674 del Decreto-ley 1298 de 1994”*

Sobre este punto, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 40, 43 y 51[6] del Decreto 2127 de 1945 como quiera que se trata de un trabajador oficial, advirtiendo el contrato tuvo como fecha de inicio el 1° de diciembre del 2006, éste fue objeto de prórrogas cada seis meses, por lo que el último contrato debió tener lugar entre el 1° de junio y el 1° de diciembre del 2014, lo cual nos llevaría a concluir que para el 30 de septiembre del 2014 (*extremo final del contrato aquí declarado*) aún faltaban 2 meses para cumplirse el plazo presuntivo.

No obstante lo anterior, revisado el material probatorio no se logra establecer que la desvinculación del accionante se hubiera dado por la decisión arbitraria y unilateral de la E.S.E o si fue por una decisión voluntaria del actor, pues no obra en el acervo probatorio recolectado demostración de la razón de la terminación del contrato de trabajo, por cuanto para el efecto, era necesario que se demostraran los motivos que tuvo el empleador para finiquitar el contrato, por manera que al no probarse de manera certera las razones que llevaron a la terminación del vínculo, no se puede acceder a su reconocimiento; carga que le correspondía a la parte actora tal y como lo ha expuesto en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 01 de noviembre de 2011, 06 de marzo de 2012 y 24 de julio de 2013, Rads. 36572, 42167 y 34260, por hacer mención de algunas, por lo que se confirma la decisión sobre tal tópico.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, y conforme a las motivaciones precedentes se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

---

[6] Artículo 40. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses...”*

Artículo 43. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, ***se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses****, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo...”.*

Artículo 51. “*Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo…”.*

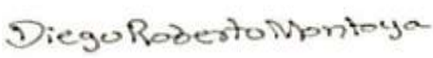
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Catorce Laboral del circuito de Bogotá, conforme a las consideraciones expuestas

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO