



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105031201800021-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** Contrato realidad (salarios, prestaciones, indemnizaciones). Prueba declarativa

Entonces, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra la sentencia del 20 de Junio de 2018 proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ZENaida MARIÑO DAZA en contra de OMAIRA MARIÑO DAZA, a efecto de lo cual la Sala les concede el uso de la palabra para que se identifiquen manifiesten la condición en que actúan y procedan a realizar sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

ZENaida MARIÑO DAZA promovió demanda ordinaria laboral en contra de OMAIRA MARIÑO DAZA, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó sin justa causa, sea condenada al pago de salarios, cesantías, intereses a la cesantía doblados a título de sanción, primas de servicios, vacaciones, causadas desde el año 2011 hasta el año 2015, la indemnización por despido sin justa causa, dotaciones, aportes a seguridad social en salud y pensión, sanciones moratorias por la no consignación de las cesantías a un fondo y la prevista en el artículo 65 del CST, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, precisó sucintamente que, comenzó a laborar para la demandada el 1º de enero de 2011 en la finca de propiedad de ésta ubicada en la vereda Uvero bajo del municipio de Umbita – Boyaca, en el cargo de oficios varios, sin recibir remuneración, en un horario de sabados, domingos y lunes de 5am a 9pm, hasta cuando fue despedida el 30 de noviembre de 2015 sin justa causa. (fls 3 a 7)

## **CONTESTACIÓN**

Notificada en legal forma la demandada dio contestación oportunamente con escrito de folios 23-30 en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con la ausencia de pago de salarios y demás acreencias laborales; y propuso las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, falta de legitimación en la causa por activa, prescripción y mala fe.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 20 de junio de 2018, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones y condenó en costas a la demandante en cuantía de ½ SMLMV (fls 36-37)

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación<sup>1</sup> en cuanto a la valoración de la prueba declarativa, al estimar que se demostraron los tres elementos del contrato, existiendo contradicción respecto de la distribución y el manejo de los bienes que se atribuye a Don Gabriel, a quien incluso tenían que cuidar, siendo que los testigos manifestaron que la señora Zenaida estaba en la finca que le fue dejada, pero no manifiestan que también lo fue para la señora Omaira, informando que efectivamente habían ido a trabajar a la finca de la señora Omaira, le ayudaban y ella les pagaba, y el esposo dijo que las hijas le ayudaban, lo que demuestra la existencia de la finca, siendo que la demandante cuidaba a su padre entre semana pero los fines de semana se rebuscaba, y por ello, ante la prestación personalizada de la señora Zenaida en favor de la señora Omaira, las ordenes que tenía que darle para decir qué se hacía, quiénes se contrataban, cómo se les

---

<sup>1</sup> “Interpongo este recurso por cuanto se presenta inconformidad por parte del suscrito atendiendo a que se manifiesta que no se dan los tres elementos y se manifiesta para sustentar esto que no es cierto que se haya distribuido y que don Gabriel era el que manejaba los bienes hasta ese momento. Entrando en contradicción esto, su Señoría con que a él lo tienen es que cuidar, o sea, no entiendo cómo puede él manejar sus bienes cuando es a él al que lo tienen que cuidar y precisamente se le encomienda a la señora Zenaida y esto no quiere decir que él ya no pueda trabajar porque está ahí en la misma finca donde vive el señor Gabriel colinda con la finca que le han asignado a la señora Zenaida. Mire como ellos manifiestan que la señora Zenaida está en su finca, finca que le fue dejada, pero no manifiestan que le fue dejada a la señora Omaira, o sea, si le fue dejada la finca a la señora Zenaida porque está en su finca pero no le fue dejada a la señora Omaira, es una contradicción pues que no entiendo y que por lo mismo me justifica para decir que si efectivamente tampoco los testigos dijeron acá que no existiera esa finca, los testigos dijeron que si efectivamente habían ido a trabajar a la finca de la señora Omaira, que trabajaban y le ayudaban a ella y que ella les pagaba, es más, el esposo dice “sí, ella iba a trabajar y mis hijas le ayudaban” o sea, si existía esa finca. Por qué desde el 2011 el mismo esposo manifiesta que efectivamente existía la finca y que ellos iban a trabajar, que contrataban los obreros y que la esposa y sus hijas iban a cocinar, o sea si existe esa finca. Que tenían que cuidar a don Gabriel, sí, pero y es que precisamente como lo manifesté en los alegatos, es entre semana que la señora Zenaida está al cuidado de su señor padre y tiene que también rebuscarse como ella lo dijo los fines de semana ayudándole a la hermana que no existió el pago, sí, no existió el pago porque no se le pagó porque siempre se le prometió y no se lo pago. Acá no dijeron que no habían pactado salario, dijeron que ella no se lo había pagado que es distinto a no pactar un salario, el salario se pacta pero no se recibe que es distinto. Entonces si existen esos tres elementos, si existe la finca y la prestación personalizada de la señora Zenaida en favor de la señora Omaira, si existen obviamente las ordenes que tenía que darle para decir qué se hacía, quiénes se contrataban, cómo se les pagaba y si existe el pacto de un pago que puede ser en especie, que puede ser en efectivo; que no se pague es distinto a no pactarse, por eso interpongo este recurso y solicito sea concedido para concedido para que el honorable Tribunal decida sobre lo pertinente.

pagaba y el pacto entre ellas de un pago que puede ser en especie, que puede ser en efectivo, se completaron los tres elementos, siendo muy diferente que no se le hubiera pagado.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, ninguna de las partes se pronunció dentro del término legal.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

El litigio gira en torno a establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo y en consecuencia le asiste derecho a la actora en el reclamo de sus acreencias laborales, con especial énfasis en la valoración probatoria realizada por la A quo, en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T y de la SS.

### **DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO**

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la*

*presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.» (CSJ SL362-2018, Radicación N.º 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).*

De tal suerte, dado que la parte demandante, en acatamiento de la carga procesal que le asistía, quiso demostrar la efectiva prestación personal de sus servicios, entre otras pruebas, con los testimonios de DIANA NOPE MARIÑO, OSCAR RODRIGUEZ ACEVEDO E ISRAEL AGUIRRE, y en contraposición la demandada llamó a los testigos EPIFANIO FANDIÑO MUNEVAR, MILTON RINCON y JOSE EDILBRANDO RUBIO MORENO, luego de analizados todos ellos en su conjunto es dable afirmar que dicho elemento primordial del contrato de trabajo, no se halla acreditado en legal forma, ya que lo que de tales declaraciones se desprende es que la señora ZENaida MARIÑO realizaba labores de cuidado y mantenimiento del predio que ella y sus hermanos recibieron de la partición que en vida les hizo su señor padre, no brindando certeza ninguna de ellas sobre la actividad que específicamente hizo en favor de su hermana OMAIRA en la porción que le correspondió a ésta, menos aún durante el tiempo que se pretende, sin que ninguno de los testigos diera cuenta de pacto alguno entre ellas sobre una remuneración.

En efecto, tanto **RAFAEL SUAREZ** como **DIANA NOPE MARIÑO**, en su condición de compañero desde hace 18 años e hija de la señora ZENaida, respectivamente, además de informar que es hermana de la señora OMAIRA, fueron coincidentes en señalar que ella le colaboraba en la finca organizándola, quitando maleza, cercando, llevando palos y trabajos como desde 2011, organizando a los obreros, cocinando los fines de semana, ayudando a hacer el desayuno sábados, domingos y lunes cuando era festivo, desconociendo si celebraron algún contrato o si la remuneraba, ya que se sostenía con el producto que obtenía de la venta de los huevos de sus gallinas y del trabajo que hacía para otras personas cocinando, ordeñado, etc, entre semana se ocupaba de sus cosas en la finca, lo cual saben y les consta por lo que ella les comentaba porque la invitaban a algo y decía que no porque tenía que trabajarle a OMAIRA. Mientras que lo dicho por el señor **OSCAR JUAN CARLOS RODRIGUEZ**, se contrajo a que conocía a la señora ZENaida desde 2009, a quien le colaboró a rosar y cercar la finca en el año 2012, siendo ella la que lo llamaba para que le ayudara a cercar y la que le pagaba por ello, labor que desarrolló en la finca donde estaba la casa de Don Gabriel padre también de la señora OMAIRA, desconociendo que existiera otro vinculo además del de hermanas entre ellas, informando también que la señora ZENaida trabajaba con su ganado y sus gallinas y si bien afirmó que le ayudaba a la hermana a atender y cuidar la finca y el ganado dándole agua y comida, de eso se enteró porque el papa de ellas se lo contó, esto es, se trató de un testigo de oídas en tal aspecto, conociendo igualmente que no le remuneraba nada, corroborando eso sí que la señora OMAIRA iba frecuentemente a visitar al papa y que los sabados y domingos ZENaida sí compartía con su familia.

**EPIFANIO FANDIÑO MUNEVAR** por su parte, relató que trabajó como agricultor en la Finca de OMAIRA desde 2014, y también para la señora ZENaida a desyerbar caña y maíz pero no le volvió a colaborar, por tal razón supo que OMAIRA y ZENaida son hermanas, precisó igualmente que le ha ayudado a la señora OMAIRA

con el cercado y la caña trabajando junto con MARCO SARMIENTO, siendo ella quien le pagaba el jornal y a veces les hacía la comida cuando les proporcionaba la alimentación y otras veces ellos la llevaban, sin que la señora ZENaida les ayudara con el cercado o a desyerbar, ni echando azadón, porque ella tenía su trabajo para ella misma, mencionando que él no trabaja festivos, y que las conocía como desde 2015 (como tres años atrás). **MILTON RINCON**, como esposo de la señora OMAIRA sabe que ella y la señora ZENaida son hermanas, que esta última es conflictiva, se dedica al campo tiene una finca, cuida pollos, no le prestó ningún servicio a OMAIRA, que la cerca la hicieron los obreros EPIFANIO, MARCO, EDILBRANDO, RUBEN, FABRICIANO, por lo que se les pagaba el jornal más alimentación y bebida, siendo su esposa e hijas quienes preparaban la alimentación cada vez que se contrataban obreros, cualquier día de la semana menos los días festivos, que ZENaida nunca le colaboró a atender los obreros ni otra cosa, tampoco hicieron contrato y por eso no se le pago, que es una finca pequeña y quien administraba la finca era el papa de ellas sin que existiera ninguna explotación por parte de OMAIRA, y que los obreros se tuvieron como desde 2014. Y finalmente **JOSE EDILBRANDO**, luego de mencionar que se dedica al campo y fue obrero de la señora OMAIRA a quien conocía hace 6 años porque le dio unos contratos a rosar, fue enfatizó al señalar que los contratos fueron redondos en la finca de ella, es decir, por la tumbada de matas un pago y por la guadañada otro, hacía como 3 años, que trabajó sábados o festivos, le daba el almuerzo y el jornal, siendo ella quien cocinaba con las hijas, nunca le ayudo la señora ZENaida al punto que no la conoce, labor que realizó como desde 2016 y que él ayudo a arreglar las cercas que antes estaban en alambre.

Sin que los interrogatorios absueltos tanto por la demandante como por la demandada arrojaran una confesión en cuanto a la prestación de los servicios personales de la señora ZENaida en favor de la señora OMAIRA, ya que lo que informó la demandante es que trabajaba en un finca en la que todos tenían su pedazo de una herencia desde 1992-1993, que su papa falleció el 6 de febrero de 2014, y que ayudo con los cercados, a cocinar a obreros desde enero de 2011 hasta noviembre de 2015, que las medianías de la finca fueron con los otros hermanos Gabriel, María, Carmen Julio, eso fue en el 2011, que se dedicó a eso los fines de semana sin recibir ninguna remuneración, que era copropietaria de la finca desde 1988 y que su lote colinda con el de su hermana desde 2014. Y la señora OMAIRA simplemente sostuvo que no era cierto que ella le trabajara en la finca los fines de semana porque para eso de las cercas y cultivos contrató obreros a quienes les paga un jornal y junto con sus hijas les preparaba la alimentación.

A lo anterior se suma que la prueba documental allegada al plenario contenía de una medida correctiva de caución que obra a folios 16-18 y las diligencias de conciliación visibles a folios 19 a 22, nada aportaron sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se dice se prestaron los servicios personales.

Por lo anterior deberá confirmarse la decisión absolutoria impartida en primera instancia, máxime cuando las solas manifestaciones que en tal sentido efectuó la actora se muestran insuficientes para los anotados propósitos, ello al soportar la carga de la prueba de que trata el artículo 167 del CGP, aplicable al

procedimiento laboral por autorización de los artículos 40, 48 y 145 del CPTSS. Carga probatoria de la que se ha ocupado la doctrina asentada de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al precisar que no debe creerse que todo aquel que 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 configure una relación de trabajo, como lo serían la fecha de ingreso y retiro, salario, cargo, jornada etc, y así lo ha determinado el Tribunal de cierre en decisión No. 36549 de agosto 5 de 2009 MP Luis Javier López Osorio, cuando señaló:

*“Esta presunción no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias. Le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementarios si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros...”*

Costas en las instancias a cargo de la parte demandante al haber resultado vencida en juicio.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida el 20 de junio de 2018 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por ZENaida MARIÑO DAZA en contra de OMAIRA MARIÑO DAZA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$250.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAYDÁN  
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105033201600437-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** Contrato de trabajo, indemnización por despido sin justa causa.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia del 31 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EDGAR DARIO VELANDIA SANCHEZ en contra la sociedad CASA DE LA VALVULA S.A.

**ANTECEDENTES**

EDGAR DARIO VELANDIA SANCHEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad CASA DE LA VALVULA S.A., para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, el cual finalizó sin justa causa imputable al empleador y por tanto carece de efecto alguno al pretermitir lo establecido para los procedimientos sancionatorios o de despido contenido en el artículo 115 del CST modificado por el artículo 10 del Decreto 2351 de 1965; sea condenada al restablecimiento del contrato junto con el pago de salarios y prestaciones debidas inherentes al mismo, así como las vacaciones; y de manera subsidiaria al pago de la indemnización por despido sin justa causa, lo anterior de manera indexada, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso (fls 2-13, escrito de subsanación fls 32 y diligencia de resolución de excepciones previas fl 124-125)

Como fundamento de sus pretensiones relató 47 hechos, los que sucintamente se contraen a que el 13 de febrero de 2007 celebró contrato de trabajo con la demandada, desempeñándose como Jefe de Contabilidad con 4 personas a su cargo, a partir de 3 de febrero de 2009 fue promovido al cargo de Auditor con 2 personas a su cargo, a partir del 13 de febrero de 2012 asumió el cargo de Jefe administrativo de la sede de Funza (Cundinamarca) teniendo a su cargo 19 personas, sin recibir nunca llamado de atención, pero el 10 de febrero de 2014 le fue terminado su contrato con el argumento de no haber seguido los procedimientos del Manual de Sistema de Calidad establecidos por la Compañía

para el despacho de mercancía para el cliente INELECTRA el 2 de diciembre de 2013, y haber puesto en peligro los bienes de la empresa, sin embargo no es cierto que se hubiera hecho un despacho de mercancía con LISTA DE PICKING ni que el documento de entrega se hiciera tan sólo hasta el 2 de diciembre de 2013, además que se identificaron fallas en el procedimiento de control, pero pese a las fallas presentadas en el procedimiento no se presentó para la compañía ningún detrimento patrimonial, sin habersele dado la oportunidad de defenderse de los cargos endilgados en claro desconocimiento de lo dispuesto en el Artículo 93 del Reglamento Interno de Trabajo, siendo su último salario mensual la suma de \$3.000.000.

### **CONTESTACIÓN**

Notificada en legal forma la demandada dio contestación oportunamente con escrito de folios 40-52 y 113 a 116, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con el vínculo laboral, los cargos desempeñados, los motivos para el despido, lo ocurrido con la tubería de la bodega de Funza y el último salario; y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 31 de mayo de 2018, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró el despido sin justa causa, por haber violado la empresa demandada el derecho fundamental al debido proceso del actor, condenándola al reconocimiento y pago de la suma de \$14.983.000 debidamente indexado desde la fecha de desvinculación hasta la fecha de pago, absolviéndola de las demás pretensiones y condenándola en costas en la suma de 4 SMLMV. (fls 145-147)

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la sociedad demandada interpuso recurso de apelación<sup>1</sup> para que se revoque en su integridad y en su

---

<sup>1</sup> “Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho dentro del presente proceso. Fundamento mi recurso en el sentido que solicito se revoque la sentencia y se absuelva a CASAVAL de todas y cada una de la pretensiones de la demanda con base en las siguientes razones fácticas y jurídicas: 1º) Debe anotarse claramente y deberá revisar el Tribunal que el demandante con motivo de la contestación de la demanda, debió modificar las pretensiones de la demanda y estas cambiaron fundamentalmente el sentido de su demanda. 2º) De otra parte con relación a las razones esgrimidas por el juzgado para considerar que se violó el debido proceso, efectivamente como lo manifiesta su Señoría en el fallo, existían dos hipótesis, la de si se aplicaba la figura prevista en el artículo séptimo literal A del decreto ley 2351 de 1965, para efectos de la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, como está claramente definido dentro de dicha norma dentro de estos eventos y cuando la conducta tipificada al trabajador está plenamente demostrada -como es el caso inclusive cuando el trabajador participó en toda la investigación que se realizó para determinar su conducta-, podemos concluir que no necesitaba previo aviso, las causales invocadas en la carta de despido hacen referencia a los numerales 4 y 6 de la mencionada norma, en concordancia con el artículo 58 numeral 1 del Código Sustantivo del Trabajo; como consecuencia de ello no se requería previo aviso ante la conducta tipificada por el trabajador en este caso y la otra tesis es la que planeó el juzgado si se trataba de un proceso disciplinario, si debía formularse cargos y si debía concluirse con una sanción disciplinaria en ese sentido. La norma no prevé el despido como una causa de cancelación del contrato de trabajo. Por esa razón deberá entonces el Tribunal dirimir este conflicto y verificar si tiene razón el señor juez con la tesis que acogió o debe acoger la tesis que invocó el empleador en el momento del despido. El empleador cumplió con darle claridad al trabajador en su



lugar se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones, considerando que las pretensiones cambiaron y que la hipótesis acogida por la empresa para dar fin al contrato de trabajo que fue la prevista en el artículo séptimo literal a) del decreto ley 2351 de 1965, permitía proceder como lo hizo luego de demostrada la conducta, al enlistarse en los numerales 4 y 6 de la mencionada norma, siendo que la acogida por el Juzgado es para procesos disciplinarios.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia apelada pues respecto de la facultad del empleador de despedir se debe observar el debido proceso y en todo caso los testimonios no permiten atribuir la culpa exclusiva la demandante.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico que llama la atención, versa en la forma de terminación de la relación laboral entre las partes, esto es, si terminó sin justa causa como lo alega la parte actora, o si el actor se vio inmerso en una de las conductas mencionadas por la parte demandada y, en consecuencia, si procede el pago de la indemnización por despido sin justa causa, indexación y costas.

### **DE LA RELACIÓN LABORAL**

No es materia de discusión en la alzada que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 13 de febrero de 2017 hasta el 10 de febrero de 2014, en virtud del cual el demandante desempeñó como último cargo el de Jefe Administrativo de Funza, devengando como último salario básico la suma mensual de \$3.000.000, circunstancias de las que dieron cuenta, además de la forma asertiva como en parte se contestó la demanda, la copia del contrato de trabajo a término indefinido y otro si (fls. 14-17), el comunicado de asenso (fl 18), la carta de terminación (fls 19-20 y 53-54), la liquidación definitiva de prestaciones sociales (fls 22 y 55), el certificado de aportes (fl 56)

### **DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA**

---

carta de terminación del contrato, pues fue explícito, fue claro, fue preciso, fue contundente y a partir de ese momento se le garantizó todo su debido derecho a reclamar como lo plantea el decreto ley 2351 de 1965. Con relación a las razones y motivos pues están plenamente aceptados por el juzgado que existió esa justa causa pero le dio prioridad a la parte procedimental en cuanto al debido proceso. En estos términos dejo sustentado el recurso, insistiendo en que se deberá revocar la sentencia proferida por su despacho.”

Aduce el demandante que el fenecimiento de su vinculo laboral fue sin justa causa, por lo que se debe precisar en principio, que el trabajador soporta la carga de demostrar el hecho del despido y al empleador le corresponde demostrar su justificación (CSJ, cas. Laboral, Sent. Octubre 11/73).

Así, en cuanto a la circunstancia del despido, el mismo se halla acreditado en el plenario con la comunicación del 10 de febrero de 2014 (fls 19-20 y 53-54), mediante la cual el empleador termina unilateralmente el contrato del trabajador aduciendo que éste incumplió su obligación para la prestación del servicio al no acatar los procedimientos establecidos por la compañía, es así como grosso modo, en lo pertinente la aludida misiva reza lo siguiente: **1)** que en su condición de Jefe Administrativo – Bodega Funza CASAVAL SA- Gerencia Regional de Bogotá, envió solicitud de anulación del documento de entrega No. 5112002261 correspondiente al cliente INELECTRA teniendo en cuenta que la mercancía no había sido despachada a dicho cliente por la cancelación de la orden de compra; **2)** que el Area Administrativa al investigar las razones por las que el cliente cancelaba la orden de compra se enteró por éste que ya le había sido entregada la mercancía encontrándose en sus bodegas en la ciudad de Barrancabermeja; **3)** ante dicha duda se verificó el inventario de Funza comprobándose que la mercancía había sido despachada en noviembre de 2013; **4)** de haberse procedido a la anulación se habría perdido la suma de \$13.907.916 sin IVA; **5)** usted despachó la mercancía con LISTA DE PICKING, documento que solo se utiliza para el alistamiento y está prohibido en el procedimiento de Despachos PDDP-01, debiéndose elaborar el documento que en efecto se hizo el 2 de diciembre de 2013, 15 días después de entregada la mercancía, **6)** con su firma avalando la anulación sin percatarse si el material estaba o no en bodega, el no haber controlado la entrega real del material al cliente, el no haber ejercido los controles para custodiar los bienes de la empresa y no haber cumplido con los procedimientos del Manual del sistema de calidad, usted puso en peligro la seguridad de los bienes de la empresa e incumplió sus obligaciones incurriendo en la violación del Artículo 7, literal A, numerales 4 y 6 del Decreto Ley 2351 de 1965 en concordancia con el Art. 58 numeral 1 del CST”

Establecido como se encuentra el despido corresponde a la Sala estudiar las justas causas esgrimidas por el empleador para terminar la relación laboral y que se contraen a las previstas en los numerales 4 y 6 del artículo 62 del CST subrogado por el Decreto 2351 de 1965 que señalan... *“4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas. 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST”* dentro de las obligaciones especiales del trabajador el numeral 1 está la de *“1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido”*.

En tal virtud, una vez valorados los elementos probatorios que militan en el informativo, en particular la documental que milita de folios 57 a 58 contentiva de una LISTA DE PICKING de fecha de elaboración 28 de octubre de 2013 en el que se lee que en la misma fecha se efectuó la entrega y seguidamente el CERTIFICADO DE ENTREGA No 5112002261 en el que se deja constancia que la elaboración de dicho comprobante es del 2 de diciembre octubre de 2013 - documentos que no fueron tachados ni refutados de falso y por tanto dan fe de lo allí expresado-, así como las declaraciones de JUDY XIMENA DELGADO, gerente administrativa de CASAVAL S.A., y LIZETH CASAS, es dable afirmar que el señor EDGAR ciertamente elevó solicitud de anulación de una entrega de mercancía muy a pesar de que la misma ya había sido entregada sin verificación previa de tal circunstancia y omitiendo el procedimiento previsto por la empresa en las políticas de inventarios a las que se encontraba supeditada, entre otras sucursales la de Funza por él liderada visible a folios 104 a 111, en la que se contempló que era responsabilidad de los directivos en las sucursales y bodegas hacer cumplir el instructivo para el ingreso y salida bodegas CASAVAL (ITDP-03).

En efecto, JUDY XIMENA DELGADO, sobre la labor del demandante y los hechos que dieron lugar a su despido, precisó que, como gerente administrativa de CASAVAL S.A., conoció al señor EDGAR VELANDIA en el año 2011 cuando ingresó a la organización, por lo que sabe y le consta que era Jefe administrativo de la sede FUNZA, como superiora de éste fue quien evitó que la organización tuviera una pérdida importante en sus activos en virtud de que el señor EDGAR DARÍO VELANDIA envió a anular una mercancía que ya había sido entregada al cliente, relatando que CASAVAL maneja un sistema que se llama SAP BUSSINES ONE, que es un software diseñado para compañías de gran infraestructura, como ellos que procesan aproximadamente 45mil transacciones al mes, a través de este sistema si se anula un documento se le pierde la trazabilidad completa, así, al ser ella la única persona dentro de la sucursal que puede hacer anulaciones luego de recibir el documento del cliente INELECTRA firmado por el señor EDGAR DARÍO VELANDIA en el que anotó “por favor anular porque superó los 15 día de la mercancía en bodega”, le llamó la atención la razón por la que se había cancelado la orden de compra, llamando al asesor comercial encargado del cliente INELECTRA quien le precisó que él tenía el reporte de que la mercancía había sido entregada al cliente situación que permitió evidenciar que se habían violado todos los controles de la política de despachos, de inventarios, de instructivos, sistema de gestión de calidad y demás, inventario en la sede de Funza que arrojó que: el despacho se había hecho con un documento que no era válido, que se violaron las liberaciones de crédito de cartera de precio bajo y que había sido en efecto contratado y gastado un flete hasta donde el cliente y con gran sorpresa la mercancía había sido entregada en el mes de noviembre, y al requerirse al cliente es informada que en efecto tiene la mercancía, y es más el demandante tenía en su computador el registro fotográfico del despacho, con más de 8 tomas de fotografías donde se evidencia que el material había sido cargado y despachado donde el cliente, trámite de entrega de mercancía contenido en la política de despacho, política de inventario, instructivo de transportes, instructivo de mercancías entre clientes e instructivo de despacho y a raíz de la implementación del SAP en junio de 2012 la organización comunico como se hizo constar a través

de correo electrónico, de manual de funciones y de políticas entregadas a los funcionarios encargados cuales eran los lineamientos a seguir y la carta de navegación que tenía que tener cada persona que manejara inventarios en cada una de las bodegas en virtud de que manejamos inventarios supremamente costosos, superiores a 40 millones de dólares, procedimientos que él conocía porque meses antes se le había hecho una auditoria en la que se le hicieron recomendaciones sobre cajas menores, despachos, traslados de mercancía entre sucursales y que obra a folios 72 a 88 del expediente y el procedimiento el visto a folios 19 a 21, la documental que reposa a folios 16 a 17 es a la que hace referencia con relación a la política de mercancía separada para inspección; y por ello como la conducta del actor fue una falta grave, la junta directiva en atención obviamente de inventarios que se majen allí y a lo delicado del hecho, al haber podido perpetuar una pedida grande para compañía decide dar por terminado el contrato por justa causa, explicando finalmente que ante la gravedad del hecho, al ser una falta grave en el reglamento interno de trabajo para esas faltas no tienen proceso de descargos y por ese motivo se termina unilateralmente el contrato.

Por su parte, la señora LISBETH ANDREA CASAS BUITRAGO indicó que como jefe regional de inventarios conoció al actor en el año 2009 cuando éste era jefe administrativo de las bodegas Funza, comentando que fue el actor quien envió una solicitud de anulación de un documento para un cliente y fue por la pregunta de la gerente que la empresa se percató que el material sí se había entregado, siendo ella quien realizó el inventario advirtiéndole que efectivamente la mercancía no se encontraba en bodega ya que ella era la encargada de todas las sucursales a nivel Nacional, enterándose de la cancelación de la entrega de la mercancía por la anotación que éste efectuó de que sí se encontraba en bodega y por el documento de solicitud de anulación, precisando que a los demás trabajadores también se les hizo una socialización pero que la responsabilidad la tenía el jefe administrativo (demandante), explicando en todo caso las recomendaciones que se dieron en la auditoría realizada en el 2013, y que era responsabilidad del actor despachar la mercancía siendo que el inventario lo descuenta el movimiento de entrega mas no la lista de piquen.

Y últimamente, el representante legal de la sociedad convocada a juicio, al absolver el interrogatorio de parte admitió que el actor trabajó para la compañía alrededor de 7 años, apareciéndole un llamado de atención, fue despedido conforme el artículo séptimo literal A del Decreto Ley 2351 de 1965, y sin previo aviso en uso de la facultad allí prevista sin que se tratara de un proceso disciplinario.

Entonces, al encontrarse plenamente acreditado que, independientemente del procedimiento a seguir para el despacho de mercancía, fue el demandante quien sin verificar en sus inventarios, solicitó a la gerencia la anulación del pedido con la manifestación de que el mismo excedía un tiempo superior a 15 días, sin lugar a equívocos puede afirmarse que incurrió en la conducta endilgada, pues obsérvese que de haberlo revisado juiciosamente, como afirmó en los hechos vigésimo primero y siguientes del libelo genitor, no hubiera elevado tal petición,

tan es así que no sólo se presentaron problemas en el sistema, sino en la inclusión de los datos y en el mismo control físico de entrada y salida desde la portería, sin que sea posible desligarse de esa responsabilidad por las omisiones en las que incurrieron tanto el auxiliar administrativo como el de portería, pues de acuerdo al comunicado interno del 8 de febrero de 2012, en el que se informó sobre su promoción al cargo de Jefe Administrativo de la Bodega de Funza, allí se indicó que estaría no sólo a cargo de la dirección administrativa de todas las bodegas de Funza, sino de la totalidad de personal que en esas oficinas operan (fl 18), y si ello es así, por supuesto que las falencias en las que se dice que incurrieron aquellos que no advirtió con anterioridad a la solicitud de anulación, le son imputables ante la responsabilidad que admitió tener sobre la administración de dicha bodega, máxime cuando tales irregularidades no fueron por él advertidas sino con ocasión de la investigación que la gerencia desplegó como consecuencia de la solicitud de anulación.

Por lo anterior, en vista de que el demandante incumplió las obligaciones que como trabajador le competían, bien podía la empleadora finalizar el vínculo laboral con base en las causales 4 y 6 por ella planteadas en la carta de despido, la primera causal al hallarse acreditada la conducta negligente que no necesariamente requiere la pérdida del dinero sino que se configura por el hecho de haber puesto en riesgo su cobro por la efectiva venta de la mercancía, y la segunda porque al haberse planteado expresamente en el artículo 89 del Reglamento Interno de Trabajo (fl 139) que se consideraba como falta grave las conductas con contrarias a las obligaciones previstas en el artículo 62 del CST salvo las de los numerales 7, 14 y 15, no le es dable a este Colegiado entrar a determinar si la conducta en la que incurrió el trabajador antes descrita era o no grave ya que de ello se ocuparon las partes en dicho documento lo que de suyo le permitía dar fin al vínculo con justa causa.

Al respecto, la máxima Corporación del Trabajo, en sentencia del 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, expresó:

*“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal”.*

*De manera que de conformidad con la primera de las hipótesis establecida en la norma bajo examen, le corresponde al juzgador evaluar la conducta del trabajador y calificarla como grave, y esto fue lo que en esencia aquí ocurrió, dado que el colegiado consideró que el actor fue “negligente en el cumplimiento de sus funciones, e incurrió en violación*

*de sus obligaciones y funciones” de tal magnitud que ameritaba la terminación del contrato de trabajo por justa causa, es decir que para el Tribunal la negligencia del demandante fue el vehículo para violar las obligaciones contractuales como la de “vigilar presiones, flujo de gas y plantas deshidratadoras del gaseducto Ballena-Barranquilla, en la cual tenían que dar datos hora a hora para hacer un seguimiento perfecto al gaseducto y vigilar todos los parámetros de la parte compresora en conjunto con el operador de Centragas” (folio 430, cuaderno 1). Dicho en otras palabras: la negligencia también significó el incumplimiento de órdenes e instrucciones y desde luego incumplimiento de obligaciones”*

*De suerte que en el primero de los eventos del numeral 6º, letra A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, le compete al juzgador calificar la gravedad de la conducta, y eso fue lo que precisamente sucedió en el caso bajo escrutinio; en consecuencia, no se requería acreditar pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales, contrato individual o reglamento alguno, como lo expone el recurrente...”*

Bastan las anteriores consideraciones para concluir que las causales invocadas por la demandada para el despido del demandante se encuentran debidamente demostradas, razón suficiente para despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda y acoger los argumentos de la censura en su recurso, sobre todo cuando no era obligación de la empleadora adelantar proceso disciplinario alguno para tomar la decisión de terminar el vínculo laboral, al no tratarse de una sanción disciplinaria.

Repárese que, en el caso de autos ante la existencia de la conducta constitutiva de una falta, bien podía optar la sociedad empleadora por adelantar un proceso disciplinario, en cuyo evento tenía que sujetarse al procedimiento establecido en el Artículo 90 del Reglamento Interno de Trabajo, o, proceder como lo hizo dando por finalizado el contrato, tal y como lo permitía el Artículo 91, siendo cada opción independiente, de ahí que la que se escogiera debía aplicarse en su integridad.

Por tanto, habida cuenta que aquí no se siguió el trámite previsto para la imposición de una falta que incluso diera lugar a la terminación del contrato conforme lo señalado en el numeral 6 del artículo 90 del RIT, sino que se escogió proceder de acuerdo al artículo 91 ibídem, es por lo que ha de revocarse la decisión condenatoria de primera instancia que entendió que el despido sí era consecuencia de un trámite disciplinario que no se adelantó en debida forma.

Al tema oportuno resulta traer a colación lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia SCL en sentencia 40607 del 9 de septiembre de 2015, M.P Dr. Luis Gabriel Miranda, en la que sobre la importancia de tal distinción, puntualizó: “El artículo 413 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que la censura sustenta parte de su argumentación, no permite la exégesis que ésta propone, sino que justamente avala la jurisprudencia de la Corte de que el despido no es una sanción disciplinaria. Y así se dice porque dicho precepto no puede examinarse aisladamente sino en el contexto integral de dicho Código. En efecto, los artículos 104 y siguientes del estatuto sustantivo laboral, regula lo relativo a las prescripciones de orden que por intermedio del reglamento interno de trabajo deben regir en una empresa o establecimiento. Ninguna de ellas alude al despido, pero sí a las llamadas de atención, multas y suspensión de labores. El artículo 114 dispone que no se puede imponer sanciones a los

*trabajadores que no estén previstas en el reglamento, convención colectiva, fallo arbitral o contrato de trabajo; y el despido, como ya se dijo, no encaja dentro de ese mandato, pues de lo contrario tendría que asegurarse, con equívoco desde luego, que si en cualquiera de los instrumentos referidos no aparece el despido, el empleador queda imposibilitado para despedir a un trabajador.”*

Por lo anterior se revocará la sentencia objeto de apelación para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, al haber demostrado las justas causas del despido y no haber sido éste consecuencia de un trámite disciplinario.

Sin costas en esta instancia, las de primera se revocarán y atendiendo las resultas del proceso correrán a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

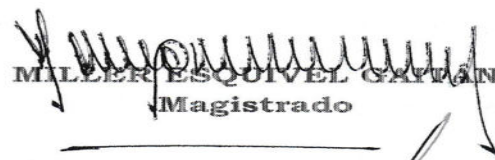
**PRIMERO: REVOCAR** la decisión proferida el 31 de mayo de 2018 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por EDGAR DARIO VELANDIA SANCHEZ en contra de CASA DE LA VALVULA S.A, para en su lugar ABSOLVERLA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

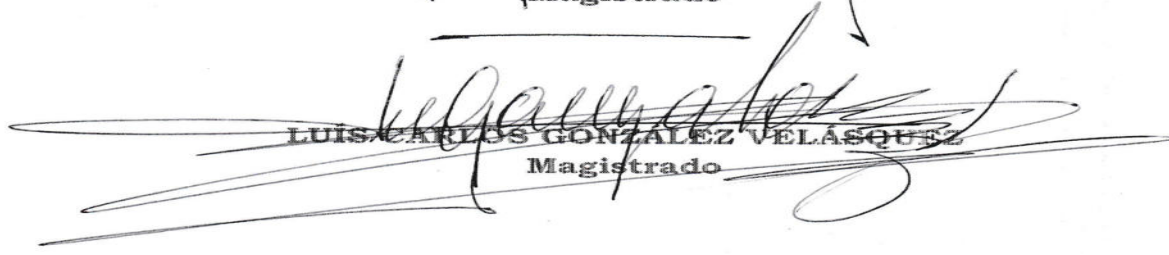
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia se revocan y en consecuencia corresponde imponerlas a la parte actora dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CAYÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LIGIA REBECA DUQUE BELTRÁN  
EN CONTRA DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO  
DE BOGOTÁ ESP CON LLAMADO DE GARANTÍA DE LA PREVISORA.**

Bogotá, D.C. treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

**AUTO**

Procede la Sala a resolver la solicitud planteada por el apoderado judicial de la parte demandante, para que la sentencia emitida por esta Corporación el 28 de enero de esta anualidad en el proceso en referencia, sea aclarada y adicionada.

**ANTECEDENTES:**

Esta Corporación, emitió sentencia en el proceso en referencia, a través de la cual resolvió lo siguiente:

*“...PRIMERO: REVOCAR el ordinal CUARTO de la parte resolutive de la sentencia proferida el 5 de abril de 2018 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, que dispuso condenar a la llamada en garantía LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS, para en su lugar ABSOLVERLA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.*

*TERCERO: Sin condena en costas de esta instancia. Las de primera instancia se confirman.*

**CONSIDERACIÓN:**

Solicita el apoderado de la parte demandante la adición de la sentencia con fundamento en que se omitió el pronunciamiento sobre la pretensión cuarta de la demanda con la que anhelaba condena al pago de intereses y/o indexación sobre las sumas no pagadas hasta su efectivo pago; que fuera negada en el fallo de primera instancia y uno de los motivos del recurso de apelación interpuesto como se escucha en el minuto 15:06:35



del CD.

El artículo 287 del CGP, de aplicación supletiva al CPT y de la SS, expresa que es posible adicionar una sentencia cuando se omite la resolución de cualesquiera de los extremo de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debe ser objeto de pronunciamiento.

En efecto, la adición de la sentencia se predica cuando la sentencia original omite resolver sobre algún extremo de la litis o sobre cualquier otro tema que debía ser objeto de pronunciamiento, y para efectuar el pronunciamiento se debe dictar sentencia complementaria.

No obstante lo anterior, el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que habla del Principio de Consonancia, y que fue modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, señala que “...*La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación...*”.

Al respecto, esta Sala procede a estudiar la solicitud de adición a la cual se accederá, por lo siguiente:

En el escrito de demanda como pretensión cuarta se solicitó que: “*se condene a la demandada al pago de los INTERESES Y/O INDEXACION sobre las sumas no pagadas y hasta que pague efectivamente, en razón a que se reclamó el derecho oportunamente y la demandada es renuente al reconocimiento de la indemnización.*”; por su parte la sentencia de primera instancia accedió a fulminar condena únicamente por concepto de daño moral en la suma de \$40'000.000 a la señora madre del trabajador fallecido y en la suma de \$20.000.000 a la hermana de éste, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones; y, en el recurso de apelación interpuesto por el memorialista, en cuanto al tema materia de aclaración y adición en lo pertinente sostuvo: “*...en otro aspecto tampoco estoy de acuerdo con que haya negado y faltó, me parece a mí, pronunciamiento respecto de la pretensión de indexar, de reconocimiento de intereses sobre lo que debió haberle el juzgado reconocido como indemnización o, por lo menos, si no reconoce intereses también estaba la pretensión de indexar la suma reconocida porque bien puede darse cuenta el despacho, llevamos del 2012 al 2018, llevamos 6 años desde el fallecimiento de HECTOR SIERRA hasta esta parte y no encontramos justicia en esta decisión respecto del daño, el lucro cesante negado, el daño moral tanto a la madre como a la hermana ...*”. Así las cosas, al asistirle razón al demandante por cuanto la sentencia de segunda instancia guardó silencio frente a su solicitud de intereses moratorios y/o indexación sobre las condenas impuestas a título de indemnización por perjuicios morales, procede la Sala a dictar sentencia complementaria así:

## **DE LOS INTERESES MORATORIOS Y/O INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS IMPUESTAS .**

Como quiera que el A quo condenó a pagar el daño moral subjetivo por el fallecimiento del señor HECTOR ALFONSO SIERRA DUQUE, al amparo de la presunción hominis o presunción judicial, en el que las reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico le permitieron dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge, toda vez que dicha indemnización se causó desde el momento mismo del fallecimiento del trabajador (17 de septiembre de 2012), pues fue cuando surgió para la empresa demandada la obligación de pago, independientemente de que el derecho se declarara tan sólo en la sentencia, es por lo que se condenara a la misma al pago indexado de las sumas a las que fue condenada en favor de la madre y hermana del de cujus; acogiendo para el efecto la siguiente fórmula:

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

*De donde:*

*VA = valor actualizado*

*VH = valor de la deuda en favor de las demandantes*

*IPC Final = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha en que se realice el pago.*

*IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha exigibilidad (17 de septiembre de 2012 fecha del fallecimiento)*

Lo anterior si se tiene en cuenta que la naturaleza de la indemnización de esta clase de perjuicio se hace a título de compensación, no de restitución ni de reparación.<sup>1</sup>, lo que de suyo comporta que no genere para sus acreedores rendimiento o ganancia que ante la tardanza en su pago desencadene el reclamo de intereses moratorios, los cuales, como es sabido, tienen una naturaleza eminentemente sancionatoria en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. De ahí que esté obligado a pagar una tasa constituida por el interés remuneratorio más una penalización por su retardo injustificado, éste último que aquí no ha sucedido ya que ningún incumplimiento frente a la condena impuesta se ha presentado; mientras que lo que se procura con la indexación es mantener el poder adquisitivo de dicha acreencia indemnizatoria motivado en la desvalorización o valorización de la moneda; es decir, es traer a valor presente una suma de dinero que sólo aplica para aquellos casos en los

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-671, Nov. 07/17

que la legislación laboral no ha realizado ninguna determinación específica con respecto al monto sobre el que se pretende ejecutar dicho ajuste.

Dado lo anterior, esta Sala adicionara la sentencia de segunda instancia, en los precisos términos solicitados por la parte actora frente a la sentencia emitida el 21 de enero de 2020, dentro del proceso en referencia, conforme fue expuesto y según los parámetros establecidos por el Legislador en los artículos 66A y 69 del C.P.L. y de la S.S.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**


**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el pasado 21 de enero de 2020 dentro del proceso en referencia, incluyendo para tal propósito otro ordinal en los siguientes términos:


**“ARTICULO ADICIONAL: CONDENAR** a la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP; a reconocer y pagar, de manera indexada, las condenas impuestas por concepto de indemnización de perjuicios morales, conforme los lineamientos expuestos en la motiva de esta providencia.”

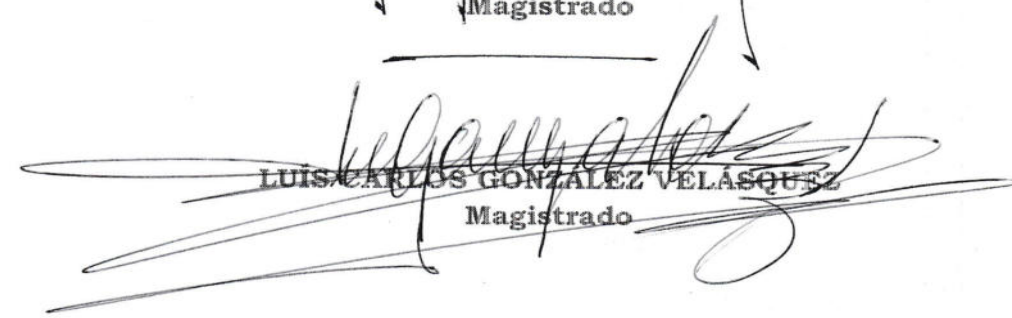
**SEGUNDO: MANTENER** incólume en todo lo demás la decisión objeto de adición.

### **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105036201800626 01**

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** PENSION DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes en contra de la sentencia proferida el 18 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANA YANETH ROBELTO GARZÓN** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, lo anterior no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de dicha entidad a la Dra ANA MILENA OSPINA BERMEO identificada con la CC No. 1.110.529.057 de Ibagué Tolima y T.P No. 288.991 del CSJ en los términos y para los efectos del poder conferido obrante de folios 78 a 81.

**ANTECEDENTES**

**ANA YANETH ROBELTO GARZÓN** promueve demanda ordinaria laboral en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se ordene el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 30 de diciembre de 2014, cancelando debidamente indexadas las mesadas causadas desde enero de 2015, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, las costas y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que cotizó al ISS desde el 19 de marzo de 1984, de manera ininterrumpida, hasta el 31 de diciembre de 2006 1.171.71 semanas y, posteriormente, desde el 1° de

marzo de 2016 81.4 semanas; nació el 29 de diciembre de 1959; es beneficiaria del régimen de transición como quiera que pareo su caso la ley 100 de 1993 entró a regir el 30 de junio de 1995; por lo que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990 o al de la ley 71 de 1988, como también le asiste derecho a la mesada 14.

#### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma la demandada dio contestación con escrito de folios 42-55 en donde se opuso a todas las pretensiones, negó o manifestó no constarle la mayoría de los hechos salvo los relacionados con las cotizaciones efectuadas, la fecha de nacimiento y la solicitud pensional. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 18 de julio de 2019, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, decidió condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la actora a partir del 1º de octubre de 2017 la pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.178.280.40, junto con una mesada pensional por año y los reajustes anuales correspondientes; sumas adeudadas que han de cancelarse de manera indexada; declaró no probada la excepción de prescripción; autorizó a COLPENSIONES a descontar del retroactivo los aportes correspondientes al sistema de seguridad social en salud y condenó en costas a la demandada en la suma de \$1.500.000 como agencias en derecho (fls 72-74)

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, así:

**La demandante**, por la fecha de disfrute y por la negativa de intereses moratorios, en cuanto al primer aspecto, porque una vez terminado el vínculo, verificada la cesación de aportes y cumplidos los requisitos, debió presumirse la desafiliación tácita, siendo que los aportes efectuados de manera voluntaria en 2017 lo fueron por la mala información brindada al momento de solicitar asesoría, de ahí que deba otorgarse a partir del 30 de diciembre de 2014. Y tratándose de los intereses moratorios, ellos proceden cuando hay culpa en la mora por la entidad y como la actora radicó la solicitud de su pensión en 2018 sin obtener respuesta, es evidente la negligencia u omisión por parte de la demandada.

Y **La parte demandada**, para que se revoque en su totalidad el fallo por considerar que la actora no es beneficiaria del régimen de transición ya que no cumplía con los requisitos de edad ni de semanas de cotización y, en ese orden, debió estudiarse la pensión a la luz de la ley 797 de 2003.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, la demandada solicitó su absolución, en razón a que no le asiste derecho a al actora porque para el 1° de abril de 1994 contaba únicamente con 510.43 semanas no acreditando las 750 requeridas.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver las suplicas de la demanda previas las siguientes

#### **CONSIDERACIONES**

##### **PROBLEMA JURIDICO**

El mismo se circunscribe a establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y por tanto le asiste derecho al reconocimiento y pago de su pensión desde el 1° de enero 2015, y en caso afirmativo, bajo que ordenamiento legal, determinando la fecha y la forma de pago, esto es, si es indexado o proceden los intereses de mora.

##### **DEL BENEFICO DE LA TRANSICIÓN Y DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ**

Al respecto, se tiene plenamente acreditado con la copia del registro civil de nacimiento y de la cedula de ciudadanía obrantes a folios 23 y 24 del expediente, que la señora ROBELTO GARZÓN nació el 29 de diciembre de 1959, por lo que para el 1° de julio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 en su caso, según certificación de información laboral obrante a folio 9, por tratarse de una trabajadora del sector Departamental, contaba con 35 años, 6 meses y dos días de edad, calenda para la que de igual manera registraba 575.28 semanas efectivamente cotizadas a decir del reporte expedido por COLPENSIONES visto a folio 25, cumpliendo por tanto con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para ser considerada beneficiario del régimen de transición al satisfacer el requisito de la edad.

En efecto, el Régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permitía acceder a la pensión de vejez en los términos de la legislación anterior, para aquellos afiliados quienes a la entrada en vigor de dicha normatividad acreditaran tener en el caso de las mujeres **35 años de edad**; o quienes tuvieran **15 años o más de servicios**, es así como establece el citado artículo:

*“ARTICULO 36. REGIMEN DE TRANSICION. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. ...”.*

Así mismo, dicho régimen fue objeto de pronunciamiento en el acto legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, cuyo párrafo transitorio 4º, señaló que:

*"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".*

Bajo este entendido, con el fin de verificar las semanas efectivamente cotizadas con las que contaba para el 25 de julio de 2005 se procedió al conteo de las que registró en el resumen de semanas cotizadas por empleador visible a folio 25 a 27, pudiendo corroborar que ésta afiliada reportaba para esa fecha un total de **1.087.845** semanas efectivamente cotizadas cumpliendo así las requeridas para mantener el beneficio de la transición, de ahí que le era aplicable el Decreto 758 de 1990 que en su artículo 12 señala como requisitos para acceder a la pensión de vejez tener 55 o más años de edad si es mujer y, un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los último veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así las cosas, como la promotora de esta actuación cumplió con el requisito de la edad el 29 de diciembre de 2014, y para ese momento había cotizado más de 1000 semanas, para ser precisos 1.160.01, en oposición a lo sostenido por la apoderada de COLPENSIONES en el recurso de apelación, claro es que le asistía derecho a reclamar desde ese momento la pensión, no obstante, toda vez que continuó efectuando cotizaciones al sistema y que contrario a lo informado por la censura en el recurso, no

demonstró al interior de estas diligencias que las cotizaciones que efectuó con posterioridad a esa calenda hubieran sido producto de una indebida asesoría por parte de COLPENSIONES, mal puede no tenerse en cuenta u omitirse como lo peticona la parte actora, en el entendido que para el reconocimiento de la pensión debe tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada, menos aún con el argumento de la desafiliación tácita, considerando que la misma opera a falta de documento que acredite el retiro del sistema, pero existen conductas del afiliado que le permiten a la administradora conocer su deseo de entrar a disfrutar de la pensión, por supuesto en el entendido que para cuando eleva su petición ya encuentra reunidos e incluso superados los requisitos para su otorgamiento, lo que aquí, se insiste, no se evidencia ya que la demandante tan sólo vino a elevar su solicitud pensional el 29 de enero de 2018 según da cuenta el sello de radicado en el formato de solicitud que consta de folios 1 a 4 del paginario, sin que el documento identificado como GEN-ANX-CI-2018\_978961-20180130060705 que reposa en el expediente administrativo allegado en CD (fl 55A) pueda considerarse como solicitud pensional toda vez que carece de constancia de radicación ante COLPENSIONES en fecha anterior a 2018, y los otros diversos escritos cruzados entre las partes correspondieron a solicitudes de actualización o corrección de historia laboral.

Respecto a la obligatoriedad de las cotizaciones, enseña el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 4, Ley 797 de 2003 que: *“Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen. Salvo lo dispuesto en el artículo 64 de esta ley, la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente. Lo anterior será sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad.”*, pudiéndose concluir entonces que lo que busca la norma es regular la obligatoriedad de las cotizaciones, cosa distinta es el reporte de novedad de retiro del sistema, requisito que se torna necesario para la causación y el disfrute de la misma, tal como lo estipula el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el 31 de la ley 100 de 1993, que en lo pertinente prevé que: *“**La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada** reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

Sobre la posibilidad de que la pensión sea reconocida a solicitud del afiliado la Corte se pronunció entre otras, en sentencia de 24 de marzo de 2000, radicación 13425, cuando indicó: *“<Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con*



su disfrute. La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, **están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez**".

Por lo expresado, no es dable confundir la fecha de causación con la del disfrute de la pensión, encontrándose por tanto ajustada a derecho la fecha que consideró la A quo, en tanto tuvo en cuenta hasta el último aporte efectuado por la afiliada que correspondió al ciclo de septiembre de 2017 disponiendo en consecuencia el reconocimiento a partir del día siguiente, esto es, del 1° de octubre de 2017.

#### **DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA PENSIONES DE VEJEZ.**

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el 1° de abril de 1994, al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los casos en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

Bajo tal entendido, como a la demandante le faltaban más de 10 años para adquirir su derecho, en tanto satisfizo el requisito de la edad el 29 de diciembre de 2014, y que de acuerdo al resumen de semanas cotizadas obrante a folio 25 y 25vto, cotizó un total de 1.232.86, no completando las 1.250 semanas, a no dudarle el IBL con el que se debió calcular el monto de la primera mesada pensional era el obtenido con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de cotización, como así lo efectuó la primera instancia en la liquidación agregada a folio 74, la cual se encuentra ajustada a derecho habida cuenta que para su liquidación se tomaron los valores certificados de salario mes a mes de folios 13 a 17 y en el resumen de semanas cotizadas, aplicando la tasa de reemplazo del 87% debida.

#### **MESADAS ADICIONALES**

Conforme a lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, en su parágrafo 6° establece que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su vigencia no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo que el monto de la mesada no supere los tres salarios mínimos si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011 quienes recibiera 14 mesadas pensionales. Así las cosas, teniendo en cuenta que la pensión de vejez de la accionante se causó con posterioridad a la última anotada calenda, no le asiste derecho a 14 mesadas sino únicamente a 13 como bien lo determinó la sentencia acusada.

#### **DE LOS INTERESES MORATORIOS Y LA INDEXACIÓN**

Se estudiara si la pensión reconocida a la demandante a partir de 1° de octubre de 2017 debe ser reconocida con los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en caso afirmativo, desde cuándo se comienzan a generar estos.

Señala el tenor literal del artículo 141: ***“INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”***

Los intereses de mora contemplados en el artículo aludido se consideran generados cuando existe mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, por lo tanto, los mismos se producen de pleno derecho por el simple hecho de que la entidad se encuentre en mora de reconocer y pagar la pensión a que tiene derecho el afiliado.

No obstante, el artículo 33 de la misma normatividad señala que: *“Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.”*

Quiere esto decir que al dar una interpretación integral al cuerpo normativo que regula el reconocimiento de la prestación, esto es, la Ley 100 de 1993, se encuentra que la entidad entrará en mora desde el día siguiente al vencimiento del plazo otorgado por ley para el reconocimiento de la prestación, en otras palabras, a partir del día siguiente al cumplimiento de los 4 meses que tiene para dar respuesta a la solicitud pensional.

Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral que han abordado el tema, entre otros, es pertinente citar la Sentencia con radicación 43564

del 5 de abril de 2011 con ponencia del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza donde se señaló claramente lo arriba expuesto, diciendo: *“Como lo ha explicado esta Sala de la Corte, la imposición de los intereses moratorios debe hacerse desde el momento en el que vence el plazo legal para que la entidad de seguridad social otorgue el derecho pensional, pero ello es así en condiciones normales, vale decir, cuando se está frente a una sola petición de reconocimiento de la prestación (...)”*

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que la demandante estuvo privada de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento al punto que ni con antelación a la presentación de esta demanda ni en el curso de la actuación resolvió de fondo la solicitud pensional de la actora

Por lo tanto, las mesadas derivadas del 1° de abril de 2017 en adelante y hasta que se efectuó su correspondiente pago, deben ser reconocidas con los correspondientes intereses moratorios, teniendo en cuenta que se ha establecido un plazo máximo de cuatro (4) meses a partir de la radicación de la solicitud para resolver la petición de la pensión de vejez y al haberse presentado solicitud el 29 de enero de 2018, la entidad contaba con cuatro meses, los cuales vencían 29 de mayo de 2018, por lo que se revocara la decisión absolutoria en este sentido para en su lugar ordenar a COLPENSIONES cancelar los intereses moratorios a los que se hace referencia, los cuales corren del 30 de mayo de 2018 hasta que se realice el correspondiente pago del retroactivo debido, es decir, sobre las mesadas pensionales generadas hasta que se produzca su correspondiente pago.

Y es que el argumento de la incompatibilidad entre la indexación y los intereses de mora si bien es cierto, de ninguna manera comporta para el fallador la elección de la primera para negar los segundos. No. ya que la indexación está prevista sólo en el evento de que no procedan los intereses de mora, lo cual no acontece en el *sub lite*, y si ello es así, tenía que comenzarse con el estudio de los intereses moratorios para luego sí optar por el estudio de la indexación. Al tema oportuno resulta recordar lo dicho en la sentencia CSJ SL, 28 ag. 2012. rad. 39130, en la que sobre el particular precisó:

*“Habida consideración de que a lo largo de la historia de la jurisprudencia, la Corte ha dejado claro que procede la indexación de los créditos laborales cuando quiera que respecto de los mismos no proceden los intereses moratorios, tal y como ocurre en este caso, en el cual, el juez de la alzada la impuso al no encontrar precedentes los primeros.”*

Ante la anterior conclusión por supuesto que habrá de revocarse entonces la condena que por indexación que se impuso frente al mismo retroactivo en la sentencia de primera instancia, considerando que estas dos figuras son incompatibles tratándose de su aplicación a las mesadas pensionales en mora de pago, como quiera que la indexación está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar una deuda laboral o pensional con el índice precios al consumidor certificado por DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, mientras que los intereses moratorios, conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993, por su carácter resarcitorio económico constituyen un mecanismo para dar respuesta al retardo en la solución de las mesadas pensionales, la cual incluye la orientación a impedir que estas devengan irrisorias por la notoria pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios, para lo cual se aplica la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúa el pago de la obligación; luego entonces, en la medida en que los intereses moratorios involucran un componente inflacionario que afecta el poder adquisitivo del dinero, es decir, incluyen la indexación, sería una doble carga por el mismo concepto, aclarando que impuesta la condena por intereses moratorios no hay lugar a otra por la indexación, tal como así lo ha sostenido la extensa jurisprudencia de la H Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, pudiéndose resaltar entre otras, la sentencia SL 16440 del 27 de agosto de 2014, Radicación 42343 M.P Dr. Gustavo Hernando Lopez Algarra, y más recientemente en sentencia SL9316-2016 Radicación n.º 46984 del 29 de junio de 2016, con ponencia de los Dres Gerardo Botero Zuluaga y Jorge Mauricio Burgos Ruiz<sup>1</sup>.

#### **DE LA PRESCRIPCIÓN**

No hay lugar a su declaratoria como quiera que esta demanda se formuló dentro del término trienal con el que contaba la demandante desde su última cotización, pues se presentó el 25 de septiembre de 2018 (fl 38) y su última cotización la realizó en septiembre de 2017.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES ante la prosperidad parcial del recurso de apelación de la parte actora. Las de primera instancia se confirman.

---

<sup>1</sup> “Con otras palabras, mientras se condene al deudor - para el caso de mesadas pensionales adeudadas- a reconocer y pagar los intereses moratorios, a «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago», habrá de entenderse que no son compatibles con que, de manera simultánea o coetánea, se condene indexar dichos valores, pues los primeros llevan implícita esa actualización de la moneda y más, por tratarse de una sanción, se itera, equivalente a «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago». Y si lo que procede es la condena a indexar los valores, no podrá entonces, de manera concurrente o simultánea condenarse al pago de dichos intereses moratorios.”

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

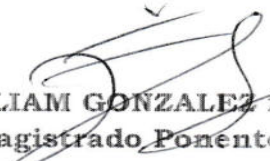
**PRIMERO: REVOCAR** el ordinal segundo de la sentencia proferida el 18 de julio de 2019 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró ANA YANETH ROBELTO GARZÓN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en cuanto condenó al pago indexado del retroactivo debido, para en su lugar CONDENAR a la demandada al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas causadas desde el 1° de octubre de 2017 y en adelante hasta su efectiva inclusión en nómina, los cuales corren desde el 30 de mayo de 2019 y hasta que se verifique el pago efectivo, conforme las razones contenidas en la parte considerativa de este proveído.


**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

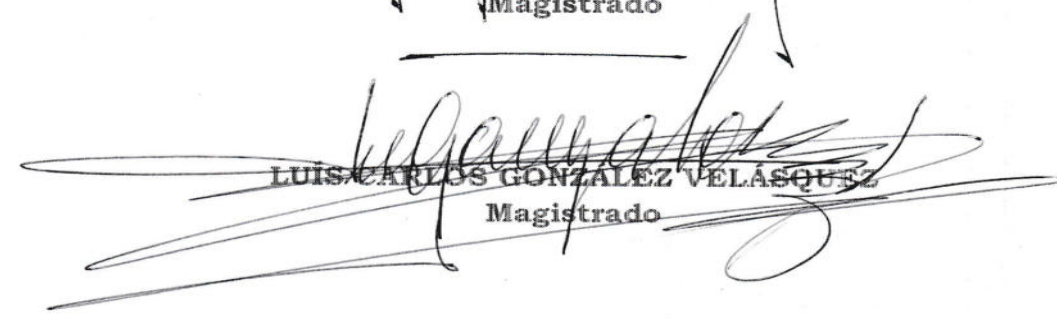
**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$700.000. Se confirman las de primera instancia.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105031201800096-01**

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Retroactivo Pensional e Intereses Moratorios.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de los intereses de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en lo por ella no recurrido, contra la sentencia del 24 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS HENRY GOMEZ RODRÍGUEZ en contra de dicha entidad, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de dicha entidad a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC 37.627.008 de Puente Nacional y T.P No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los efectos del poder sustituido a folios 77 y ss.

**ANTECEDENTES**

LUIS HENRY GOMEZ RODRÍGUEZ, promueve demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que sea condenada al reconocimiento y pago del retroactivo pensional a partir del 11 de mayo de 2013, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, las costas y agencias en derecho y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 28 de noviembre de 1952, cotizó al ISS 1584.43 semanas desde el 9 de febrero de 1981 hasta el 10 de mayo de 2010, el 15 de enero de 2013 solicitó el reconocimiento pensional, el cual le fue negado con resolución GNR 28256 del 7 de marzo de 2013 confirmado con la Resolución GNR 320024 del 26 de noviembre de 2013, por lo que el 7 de julio de 2014 nuevamente solicitud, otorgándosele la pensión con la resolución GNR364853 del 1 de octubre de 2014, frente a la que interpuso los recursos de ley para el pago del retroactivo, resueltos de manera negativa siendo el último de ellos con la Resolución VPB 56209 del 11 de agosto de 2015. (fls 3-9)

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificada COLPENSIONES dio contestación en escrito de folios 44 a 47, en donde se opuso a todas las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos relacionados salvo el numero total de cotizaciones, y propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, pago y la genérica.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 24 de mayo de 2018, condenó a COLPENSIONES al pago de \$15.773.153 Mcte a título de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 2013 y el 31 de septiembre de 2014, junto con los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 7 de noviembre de 2014 y hasta el pago total de la obligación (\$15.773.153),, así como al pago de las costas por valor de medio SMLMV.

## **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación en los siguientes términos:

**La parte demandante**, en cuanto a la fecha establecida por la A quo, para el reconocimiento del pago de los intereses moratorios, pues considera que el término de gracia de cuatro meses con el que contaba la administradora para otorgar la pensión, debe correr desde la primera solicitud elevada, cual fue el 15 de enero de 2013, pues para entonces ya tenía los requisitos para el pago de la pensión, y por ello debieron reconocerse desde el 16 de mayo de 2013.

**La parte demandada**, en cuanto al fundamento jurídico adoptado en la sentencia para acceder al reconocimiento de la pensión de manera retroactiva, ya que adoptó el criterio del retiro tácito, pero COLPENSIONES no estaba en la obligación de suponer tal desafiliación después de que hubo novedad de retiro y luego volvió a cotizar, siendo necesaria, por tanto, la manifestación expresa como se indica en la sentencia 49194 del 4 de marzo de 2015 M.P Luis Gabriel Miranda Vuelvas; y como no se reportó el retiro del sistema tampoco hay lugar al pago de los intereses moratorios ya que la obligación se encontraba en litigio, para lo cual puede verse la sentencia SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley COLPENSIONES solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, por la fecha de la última cotización del actor lo fue el 31 de mayo de 2013, encontrándose ajustado a derecho el reconocimiento pensional. Sin pronunciamiento de la parte demandante.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver este grado jurisdiccional previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURIDICO

El mismo se circunscribe a establecer si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de su pensión desde el 10 de mayo de 2013 aunque no reportaba novedad de retiro del sistema, así como establecer si hay lugar al pago de los intereses moratorios y la fecha a partir de la cual deben concederse, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 66 A del CPTSS.

### DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Tal como lo advirtió la primera instancia, COLPENSIONES, a través de la Resolución GNR 364853 del 13 de octubre de 2014, otorgó pensión de vejez al demandante a partir del 1º de octubre de esa anualidad, en cuantía inicial de \$901.218.00, pensión que se concedió bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (fls 21-23).

### DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Sobre el tema en particular, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que: *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

En tal sentido la sentencia CSJ - SL del 24 marzo 2000, rad. 13425; precisó:

*“1-. Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute. **La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.***

*“Así lo entendió en lo fundamental el tribunal, al aplicar e interpretar acertadamente el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que no tiene el sentido pretendido por la censura. Al respecto cabe precisar que, reunidos los requisitos mínimos del régimen de beneficio definido prescritos en los reglamentos o en la Ley, puede el asegurado solicitar la pensión de vejez que se ha causado en su favor. Mas, como es lógico, la tramitación de su petición puede requerir de un tiempo prudencial mientras el ente asegurador comprueba que se han cumplido satisfactoriamente las condiciones respectivas. Entretanto continuará el pago de las cotizaciones que muy seguramente aumentarán el valor de la pensión reclamada.*

*“La desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte puede disponerla el Instituto de Seguros Sociales por iniciativa del empresario o por petición del*



*interesado en obtener la referida pensión, siempre que haya acreditado los requisitos pertinentes.*

*“Precisamente una de las finalidades de la pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo.”* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, como quiera que el señor LUIS HENRY GOMEZ RODRÍGUEZ cumplía con los requisitos necesarios para acceder a la prestación pensional, fue por lo que el 15 de enero de 2013 elevó la petición para el reconocimiento pensional, ello si se tiene en cuenta que para esa fecha ya había cumplido los 60 años de edad, pues según el copia de su cédula de ciudadanía que consta a folio 10, su natalicio data del 28 de noviembre de 1952, e igualmente superaba las más de 1000 semanas cotizadas, para ser precisos 1.581.71 semanas a decir del resumen de semanas cotizadas aportado por COLPENSIONES que milita de folios 54 a 61 del expediente; y si bien es cierto luego de elevada su solicitud hizo una última cotización al Sistema General de Seguridad Social por diez (10) días del mes de mayo de 2013, esto es, pasados tres meses, tal situación, contrario a lo afirmado por la apoderada de COLPENSIONES, no era impedimento para que se le reconociera la pensión, en la medida que con la petición elevada y la densidad de cotizaciones que ya registraba, era palmaria su intención de comenzar a disfrutarla, ya que de ser su voluntad continuar laborando y cotizando no habría elevado la solicitud pensional o así lo habría hecho saber a la administradora.

En otras palabras, aunque la novedad no estuviera expresamente registrada en los archivos de COLPENSIONES, de ninguna manera era óbice para que dicha entidad a motu proprio resolviera reconocerla en cualquier fecha posterior, ello por la potísima razón que de dicha novedad del retiro o desafiliación daba cuenta la serie de situaciones que tenía la obligación de analizar en todo su contexto al momento de decidir sobre el otorgamiento de la pensión, como lo era 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 desde el 15 de enero de 2013 con la correspondiente novedad de retiro para ese ciclo y, en especial que las cotizaciones efectuadas para la fecha de su solicitud superaban con creces el número mínimo exigido de cotizaciones contemplado en la ley al contar, se insiste, con 1581.71 semanas, lo que de suyo comportaba para la entidad administradora abstenerse de considerar que el demandante quería continuar cotizando luego de su solicitud pensional por haber efectuado una sola cotización por diez días, durante el termino concedido en la ley para resolver sobre su prestación, ya que en nada le beneficiaría pues no aumentaba ni el IBL ni la tasa de reemplazo, circunstancias todas ellas inequívocas de aquel requisito. Y en todo caso podía haberlo requerido para que aclarara la situación del por qué reportaba una cotización posterior a la novedad de su retiro, lo que no hizo, y en su defecto bien podía reconocerla y dejarla en suspenso hasta el retiro efectivo del servicio, de ahí que la jurisprudencia traída a colación por la censura para rebatir el criterio de la desafiliación tácita, no tenga cabida en esta oportunidad, ante lo evidente del asunto, por cuanto la demandada sí tuvo conocimiento no sólo del cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios que daban lugar a la causación del derecho, sino del expreso interés

del afiliado de comenzar a disfrutar de la pensión y de la novedad de retiro para el mes de enero de 2013.

Al respecto conveniente resulta rememorar la sentencia CSJ - SL 84972014, del 2 de julio de 2014 (rad.49226), que expresó:

*“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 febrero del año 2007, 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.***

*Al efecto es pertinente rememorar lo expuesto por la Sala sobre el tema en controversia, cuando en la sentencia CSJ - SL, 1º feb. 2011 rad. 38776, al reiterar otras en el mismo sentido, dijo: 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.**” (Negrilla fuera de texto)*

Por lo expresado es dable concluir que si bien le asistía el derecho pensional al demandante a partir del 1º de febrero de 2013, como quiera que se debe tener en cuenta hasta la última cotización efectuada, es del caso confirmar la fecha que para tal efecto acogió la juez primigenia, correspondiente al 10 de mayo de 2013, así como la orden de pago del retroactivo pensional de las mesadas causadas desde dicha data hasta el 30 de septiembre de 2014, día anterior a la inclusión de nómina de pensionados. Autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos de salud a que haya lugar.

Derecho al retroactivo que en efecto no se ve afectado por el fenómeno prescriptivo como quiera que entre el 9 de septiembre de 2015, fecha en que fue notificada la Resolución VPB 56209 del 11 de agosto de 2015 (fls 30-34) y la presentación de esta demanda el 2 de marzo de 2008 (fl 40) no transcurrió el termino trienal para que operara este fenómeno.

#### **DE LOS INTERESES MORATORIOS**

En tal sentido ha de recordarse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento

tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspectos que ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.<sup>1</sup>

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que el demandante estuvo privado de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento con el argumento de que al no reposar la novedad de retiro no le era posible acceder a su solicitud, desconociendo con tal proceder, las pautas para interpretar cuando se requiere o no de dicho registro de la novedad. Aspecto que así visto lejos de mostrarse confuso y justificativo de su omisión comportaría su imposición desde el 16 de mayo de 2013, como acertadamente lo solicita el apoderado del demandante, habida cuenta que la solicitud que para tales propósitos debió acogerse es la que elevó por primera vez el 15 de enero de 2013, independientemente de que no fuera en consideración a ella sino a una nueva que finalmente se concedió el derecho a la pensión, pues, se reitera, para esa primera oportunidad ya tenía causado el derecho.

Entonces, sería del caso ordenar su pago desde que venció el termino de gracia con el que contaba la entidad, esto es, del 15 de mayo de 2013 hasta cuando se cancele el retroactivo causado, de no ser porque se advierte que frente a este concepto operó el fenómeno de la prescripción, pues tan sólo vino a reclamar los intereses de mora con la presentación de la demanda, lo cual sucedió el 2 de marzo de 2018 (fl 40) por lo que los intereses moratorios causados con anterioridad al 2 de marzo de 2015 se encuentren prescritos, debiendo, en

---

<sup>1</sup> 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.

consecuencia, modificarse en este punto la sentencia recurrida, ya que fijó como fecha de la solicitud pensional la de la segunda reiteración (7 de julio de 2014) y sobre esa base contabilizó los 4 meses de gracia, para concluir que los intereses corrían desde el 7 de noviembre de 2014.

Últimamente, de cara a esta condena, y por lo hasta aquí razonado, tampoco es dable entender, como lo sugiere la recurrente COLPENSIONES, que los intereses de mora solo nacen con esta decisión que resuelve el derecho al pago del retroactivo, en la medida que aquellos surgieron con la mora en el reconocimiento de la pensión luego de que encontrándose causado en debida forma el derecho y elevada la solicitud pensional, dicha entidad se abstuvo de concederlo sin justificación válida.

Bastan las anteriores reflexiones para modificar la sentencia proferida por el A quo, exclusivamente en lo relacionado con la fecha a partir de la cual comienzan a correr los intereses de mora, que se fija, para todos los efectos legales, desde el 2 de marzo de 2015 y hasta que se verifique el pago del retroactivo correspondiente a las mesadas causadas entre el 10 de mayo de 2013 y el 30 de septiembre de 2014.

Sin costas en esta instancia dado el resultado de los recursos de apelación y la consulta surtida en favor de COLPENSIONES. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida el 24 de mayo de 2018 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró LUIS HENRY GOMEZ RODRÍGUEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, exclusivamente en lo relacionado con la fecha a partir de la cual comienzan a correr los intereses de mora, que se fija, para todos los efectos legales, desde el 2 de marzo de 2015 y hasta que se verifique el pago del retroactivo correspondiente a las mesadas causadas entre el 10 de mayo de 2013 y el 30 de septiembre de 2014, conforme la razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción, propuesta por COLPENSIONES respecto de los intereses de mora previstos en el artículo 141 de 100 de 1993.

**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

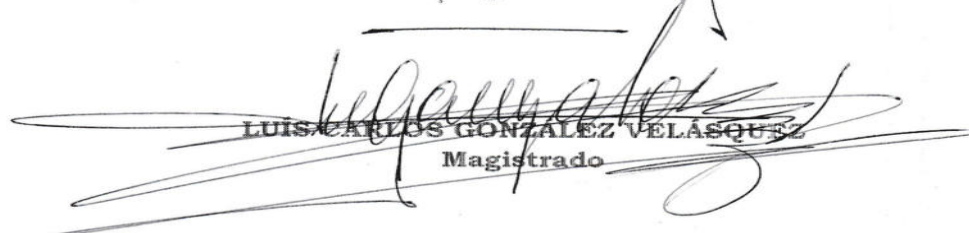
**CUARTO:** Sin **COSTAS** en esta instancia, se confirman las de primera instancia.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105039201900107-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y,

**TEMA:** Régimen de Transición - Pensión de jubilación Ley 71 de 1988.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 1° de agosto de 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **DORA CECILIA TRIANA DE TRIANA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y en lo no apelado conocerá del grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, reconociendo previamente personería adjetiva para actuar como apoderada de COLPENSIONES a la Dra MONICA Esperanza Tasco Muñoz identificada con la CC NO. 1.108.451.024 de Bogotá y T.P No. 302509 del CSJ; así como también a la Dra. Katherine Martínez Roa identificada con la CC No. 67.002.371 de Cali y T.P No. 129.961 del CSJ como apoderada de la demandante, en los términos de los poderes vistos a folios 209 a 217.

**ANTECEDENTES**

DORA CECILIA TRIANA DE TRIANA instauró en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, demanda administrativa, adecuada posteriormente al procedimiento laboral en audiencia del 1° de agosto de 2019, en la que procura que previa declaratoria que le asiste derecho a la pensión de jubilación por aportes desde el 24 de diciembre de 2010, teniendo en cuenta los salarios base de cotización de toda la vida con una tasa de reemplazo del 75%, se ordene su reconocimiento junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Como fundamento de su pedido, en síntesis, afirmó que nació el 24 de diciembre de 1955, solicitó la pensión de jubilación el 24 de agosto de 2011, la cual le fue negada con resolución No. 07218 del 27 de febrero de 2012, confirmada con resoluciones GNR 230573 del 9 de septiembre de 2013, GNR 384957 del 1° de noviembre de 2014 y VPB 24067 del 13 de marzo de 2015, en la que aceptó que el tiempo de servicio al INCORA es de 5745 días equivalente a 820.71 semanas, el que junto con el cotizado al ISS arroja un total de 171.42 semanas, y que agotó la reclamación administrativa. (Fls. 67-75)

## **CONTESTACIÓN**

Notificadas en legal forma **COLPENSIONES** con escrito de folios 87 a 93 se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con las semanas efectivamente cotizadas y propuso las excepciones de Inexistencia del derecho reclamado y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de la entidad demandada, pago y compensación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, no pago de intereses moratorios y la genérica.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 1º de agosto de 2019, resolvió declarar que la demandante es beneficiaria de la pensión establecida en el artículo 7º de la ley 71 de 1988 desde el 24 de diciembre de 2010 en cuantía inicial de \$620.150.84 por 14 mesadas anuales; condenando a COLPENSIONES a pagar la pensión a partir del 29 de julio de 2012, en virtud de la prescripción en cuantía de \$663.674.53, junto con las dos mesadas adicionales por año y los reajustes de ley, debiendo pagar de manera indexada el retroactivo; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; y, condenó en costas a la demandada incluyendo la suma de \$2.992.406.33 como agencias en derecho.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando que se modifique o, en su defecto, se revoque el ordinal tercero que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, con el argumento de que no transcurrieron formalmente los tres años desde el momento en que se hizo la petición pensional y COLPENSIONES se notificó de la admisión de la demanda, pues inicialmente se presentó la demanda laboral y fue remitida al Juzgado administrativo (expediente administrativo COLPENSIONES), por lo que no transcurrieron los tres años, sin que para tal propósito se deba tomar la fecha de expedición de la resolución 07218 del 27 de febrero de 2012, sino de su notificación una vez resueltos todos los recursos.

## **ALEGATOS DE CONCLUSION**

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicitó la modificación del literal B, considerando que dicho pago se debe realizar desde el 24 de diciembre de 2010, debiéndose por concepto de retroactivo la suma de \$99.886.168.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la instancia previas las siguientes...

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

La Sala estudiará si (i) la demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1998 con base en el régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 y con los requisitos que trae el Acto Legislativo 01 de 2005 para determinar la aplicabilidad del mencionado régimen hasta 2010 o hasta 2014 (ii) de encontrar

cumplidos los mismos, se determinará el monto de la pensión que deberá recibir ésta, y iii) si hay lugar a disponer el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993. Debiendo determinar en primer lugar la entidad

### **DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN**

De conformidad con los períodos de afiliación al régimen de pensiones ISS (fls 114-116 y 121-132), el certificado laboral de tiempo servido al extinto INCORA (fls 3-8) y las resoluciones 07218 del 27 de febrero de 2012, GNR 230573 del 9 de septiembre de 2013, GNR 384957 del 1 de noviembre de 2014 y VPB 24067 del 13 de marzo de 2015 (fls 10-43), se tiene plenamente acreditado que la actora laboró en el sector público entre el 16 de mayo de 1977 y el 30 de abril de 1993, un total de 6.013 días equivalente a 859 semanas, que no cotizó ninguna caja ni al ISS (fl 41 vto), mientras que al ISS por cuenta del sector privado cotizó entre el 10 de mayo de 1976 y el 31 de octubre de 2006, de manera interrumpida, 206.57 semanas (fls 98 y 115), tiempo de servicio y cotizaciones de los cuales 912.1429 lo fueron entre el 10 de mayo de 1976 y el 30 de abril de 1993, por lo que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (el 1° de abril de 1994) superaba 15 años de servicios.

Teniendo en cuenta que la actora cumple con los dos requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición (edad y tiempo de servicios o semanas de cotización), ya que de acuerdo a su documento de identidad y registro civil de nacimiento vistos a folios 6 expediente administrativo obrante en CD de folio 113, su natalicio data del 24 de diciembre de 1955 por lo que para el 1° de abril contaba con más de 38 años de edad, se deberá estudiar hasta cuándo le es aplicable el mismo con base en las disposiciones normativas del Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución de 1991.

Señala la mencionada reforma constitucional en el párrafo transitorio 4° que:

*“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.”*

Quiere lo anterior decir que, el Acto Legislativo impuso un límite temporal para dar aplicabilidad al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1996, determinando que el mismo tendría vigencia hasta el 31 de julio de 2010, pero que se extenderían sus beneficios para aquellas personas que a la fecha de entrada en vigencia de la norma tuvieran cotizadas por lo menos 750 semanas o el equivalente en tiempo de servicios.

Como se explicó anteriormente, la edad y tiempo de servicios se hallan plenamente superados pues para la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, contaba con menos de 750 semanas, situación que cubre el requisito constitucional para que la aplicación del régimen de transición le sea prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2014.

### **DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN**

El régimen anterior que tenía el demandante es el contenido en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 del mismo año, el cual establece:



**“Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.**

**El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.**

**Parágrafo.- INEXEQUIBLE.** Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes. Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994” (Negrilla fuera de texto)

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, con radicado N° 29991 del 11 de septiembre de 2007, se dijo “que lo que aporta el afiliado tanto en el sector oficial como en el ISS, se puede acumular de forma simultánea para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes.” Y en sentencia SL5113-2019 recordó que no sólo se suman los tiempos cotizados, sino aquellos donde la entidad empleadora no realizó las cotizaciones debidas, es así como expuso: “En ese orden, se tiene que esta Sala, a partir de la sentencia CSJ SL4457-2014, 26 marzo 2014 rad. 43904, cambió de criterio y avaló la posibilidad de sumar las semanas cotizadas con el tiempo servido al sector público (no cotizado) en aplicación del régimen de la Ley 71 de 1988 (pensión por aportes), bajo el raciocinio de que el derecho pensional no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social.”.

Así las cosas, en el caso concreto se observa que la demandante cumplió los 55 años de edad el 24 de diciembre de 2010, y que su última cotización lo fue hasta, inclusive, el 31 de octubre de 2006, fecha para la cual contaba con un total de 1.065.57 semanas tanto de servicios al sector público como cotizados al ISS, superando las 1.029 requeridas en la norma, por tanto, al reunir tales requisitos incluso con anterioridad al plazo concedido en el acto legislativo, no cabe la menor duda que tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de jubilación por aportes en los términos exigidos por la ley 71 de 1988 previstos en su artículo 7°.

#### **DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ**

Respecto del reconocimiento de la prestación económica incoada y la fecha a partir de la cual se debe condenar a la pasiva a reconocer y pagar la pensión de vejez, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 señala:

**“CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la**

***misma.*** Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.” (Negrilla fuera de texto)

De la citada norma se desprende que la causación de la pensión de jubilación por aportes es un concepto diferente al disfrute de la prestación; la primera, ocurre siempre que se reúnan los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por la ley, en tanto que el disfrute ocurre una vez se produzca la desafiliación del Sistema de Pensiones.

En el presente asunto, se tiene acreditado que la última cotización, fue el 31 de octubre de 2006, luego entonces, de conformidad con lo establecido en líneas precedentes, la demandante causó el derecho de la pensión de jubilación, a partir del 24 de diciembre de 2010, ya que para dicha fecha acreditó el requisito de los 55 años de edad tal y como lo indicó la Juez primigenia.

**DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA PENSIONES DE JUBILACIÓN.**

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación por aportes, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el 1° de abril de 1994, al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los caso en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

En el caso concreto, como quiera que la demandante completó los 20 años de servicio hasta el 24 de diciembre de 2010, es evidente que desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 le faltaba más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez denominada pensión de jubilación por aportes, por lo que su ingreso base de liquidación debe establecerse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los 10 años anteriores a la fecha de causación del derecho, al que se le aplica una tasa de reemplazo del 75%, la cual de acuerdo a la liquidación efectuada por el liquidador de esta Corporación que se adjunta y hace parte integral de esta providencia, arrojó:

<i>Total devengado actualizado a:</i>	<i>2010</i>	<i>\$ 99.220.915.42</i>
<i>Ingreso Base Liquidación</i>		<i>\$826.840.96</i>
<i>Porcentaje aplicado</i>		<i>75,00%</i>
<i>Primera mesada</i>		<i>\$ 620.130.72</i>
<i>Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año</i>	<i>2010</i>	<i>\$ 515.000.00</i>

Así, el monto de la primera mesada pensional para diciembre de 2010 se fija en la suma de \$620.131 debiéndose modificar la providencia recurrida en este punto, en la medida que allí se estableció en la suma de \$620.150.84.

## **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

El artículo 151 del C.P.L., sobre la prescripción de los derechos en materia laboral indica: “**PRESCRIPCIÓN. Las acciones** que emanen de las leyes sociales **prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.**” (Negrilla fuera de texto)

Aclarado lo anterior, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, la demandante elevó varias solicitudes de reconocimiento pensional ante COLPENSIONES. La primera, el 24 de agosto de 2011 resuelta negativamente con resolución No. 07218 del 27 de febrero de 2012 (fls 9- 13), formulando demanda contencioso administrativa como consta en el acta individual de reparto del 27 de septiembre de 2013 vista a folio 14, la cual fue inadmitida según auto del 8 de noviembre de 2013 notificado por estado del 12 de noviembre de 2013 (fls 15-17), sin que se evidencie admisión posterior o cualquier otra actuación judicial frente a la misma. La segunda, el 11 de marzo de 2013 resuelta definitivamente con la resolución VPB 24067 del 13 de marzo de 2015 notificada el 20 de marzo de 2015<sup>1</sup> (fls 24-43) en la que negó el derecho, impetrando demanda contencioso administrativa el 29 de julio de 2015 según acta de reparto de folio 76, que luego de remitida por competencia a esta jurisdicción es la que da lugar a esta providencia.

Bajo tal entendido, toda vez que de acuerdo a la norma que regula el tema de la prescripción, tan sólo es posible interrumpir el termino prescriptivo por una sola vez, lo cual aconteció en el *sub lite* con la solicitud presentada el 24 de agosto de 2011, es a partir de dicha fecha que comenzó a contabilizarse nuevamente el término prescriptivo trienal con el que contaba la parte actora para impetrar esta demanda, lo que no hizo en dicho lapso considerando que tan sólo la formuló el 29 de julio de 2015, de ahí que sea ésta última fecha la que para todos los efectos legales deba tenerse en cuenta el conteo trienal correspondiente, encontrándose, por tanto, prescritas todas y cada una de las mesadas anteriores al 29 de julio de 2012, como bien lo concluyera la A quo.

Y es que el hecho de que luego de la primera solicitud decidiera no formular demanda (bien subsanando la que ya había radicado o presentando otra), de ningún modo comporta que la segunda solicitud tenga la entidad suficiente de habilitar nuevamente términos, independientemente de que con ella decidiera agotar todo el trámite administrativo (recursos) y judicial. Por lo que mal puede pretender la censura que se adopte la tesis de la suspensión (desde la presentación de la segunda solicitud hasta que fueron resueltos los recursos) para tener por interrumpido el término prescriptivo.

---

<sup>1</sup> Mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación se suspende el término prescriptivo desde el momento de presentación de la petición. Una vez presentada la reclamación administrativa, el término de prescripción se suspende hasta: i) Cuando se decide y notifica la respuesta o, ii) Cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta. En mejores términos, el término de prescripción de la acción queda suspendido mientras esté pendiente la resolución de los recursos de la vía gubernativa, si el interesado, una vez transurre el mes de presentada la reclamación sin que haya habido pronunciamiento, inicia la acción judicial, debe entenderse que dio por agotado su reclamo y desde ese momento cesa la suspensión del término prescriptivo, así la Administración se pronuncie con posterioridad.

Conforme a las anteriores consideraciones se confirmará la sentencia en cuanto declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 29 de julio de 2012, modificándola exclusivamente en cuanto al monto fijado a título de mesada pensional inicial, cuyo retroactivo no prescrito correspondiente al período comprendido entre el 29 de julio de 2012 y el 31 de julio de esta anualidad), asciende a la suma de \$86.649.491.9.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, al resolverse de manera desfavorable el recurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** los ordinales primero y segundo de la sentencia proferida el 1° de agosto de 2019 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DORA CECILIA TRIANA DE TRIANA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, únicamente en cuanto estableció como monto de la primera mesada pensional para diciembre de 2010 la suma de \$620.150.84, cuando la correcta corresponde a la suma de \$620.131, por lo que se fija como retroactivo no prescrito al 31 de julio de esta anualidad la suma de \$86.649.491.9., conforme lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás las sentencia objeto de esta apelación y grado jurisdiccional de consulta.


**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandante.

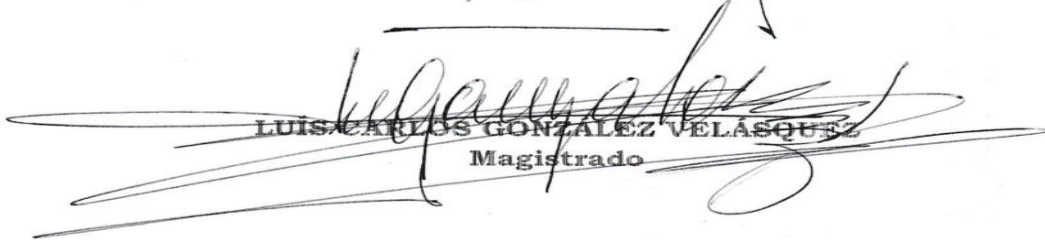
Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.804. Las de primera se confirman dadas las resultas del proceso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105038201600110 01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Descuento por salud - Régimen de transición – norma aplicable.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2018 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSE DARIO CARDONA JIMENEZ en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, con integración de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y LA POLICIA NACIONAL. Previo a ello se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada de la demandada a la Dra. María Camila Camargo Rueda con CC NO. 1.090.492.389 de Cúcuta y T. p No. 340.484 del CSJ, conforme el poder visto a folios 525 y ss.

**ANTECEDENTES**

JOSE DARIO CARDONA JIMENEZ promueve demanda ordinaria laboral en contra de FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, con integración de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y LA POLICIA NACIONAL para que sea condenada a reembolsarle los descuentos ilegales por concepto de salud, con efectividad a partir del 13 de enero de 2007, cuando empezó el goce de su status de jubilado, junto con las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que laboró para la Policía Nacional y para la extinta empresa de Ferrocarriles Nacionales De Colombia, desde el 14 de julio de 1980 hasta el 16 de mayo de 1991, causando derecho a la pensión de jubilación, la cual le fue reconocida con Resolución No. 2691 del 10 de noviembre de 2010 por el Fondo demandado, con carácter de compartida con la Policía Nacional y el

Ministerio de Defensa Nacional, con efectividad a partir de la fecha en que completó los 55 años de edad, con base en lo normado en la ley 33 de 1985, resolución que fue aclarada y adicionada con la Resolución No. 213 del 26 de noviembre de 2011, en donde se ordenó el descuento por salud del 12% de cada mesada en aplicación de la ley 100 de 1993, efectuando el correspondiente reclamo. (fls 1-5)

#### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma la demandada y la vinculada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL dieron contestación así:

**FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** con escrito de folios 38 a 44 se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el vínculo laboral y el reconocimiento pensional, y propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de las obligaciones reclamadas.

**LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** con escrito de folios 499 a 504 se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestó no constarle ninguno de los hechos y propuso la excepción de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

Respecto a la POLICIA NACIONAL se tuvo por no contestada la demanda.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 14 de noviembre de 2018, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, decidió absolver al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, se abstuvo de imponer carga alguna a LA NACIÓN- POLICIA NACIONAL, se relevó del estudio de las excepciones y condenó en costas al demandante incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación el apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se acceda a las pretensiones, ello por cuanto la pensión al ser el demandante beneficiario del régimen de transición se le permite mantener las condiciones del régimen anterior en cuanto a edad, tiempo de servicios y monto, encontrándose incluido dentro de este último lo atinente a los descuentos en salud, por lo que no es el artículo 204 de la ley 100 de 1993 que lo fija en un porcentaje del 12% sino que se le debió aplicar el contemplado en la ley 33 de 1985 que lo establecía en un 3%, es decir, que

si el monto está regulado por la ley anterior no puede verse afectado el descuento de salud con la nueva ley, debiéndose aplicar el principio de favorabilidad y de condición más beneficiosa de conformidad con la ley vigente a la fecha de retiro que lo fue en 1991.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, ninguna de las partes se pronunció en término.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver las suplicas de la demanda previas las siguientes

#### **CONSIDERACIONES**

##### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a lo indicado en el recurso de apelación, el mismo se centra en determinar el ordenamiento legal que regula el tema de los descuentos por salud que se viene efectuando al demandante con ocasión del reconocimiento de su pensión de jubilación, así como la aplicación de los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa en dicha escogencia, ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), que impone a la Sala estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso.

##### **DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE**

Tal como lo advirtió el Juez primigenio, no es materia de controversia que al actor le fue reconocida pensión de jubilación por parte de FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA con Resolución No.2691 del 10 de noviembre de 2010, aclarada con Resolución No. 213 del 26 de enero de 2011, a partir del 13 de enero de 2007, en cuantía inicial de 962.7070.64, con cargo a la POLICIA NACIONAL en un 36.09%, MINISTERIO DE DEFENSAA en un 9.18% y la entidad pagadora en un 54.73%, ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el inciso 2 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, ya que a la fecha de su desvinculación el 16 de noviembre de 1991 completaba un tiempo de servicios de 4059 días, cumpliendo los 55 años de edad el 1° de febrero de 2005, circunstancias que en todo caso se verifican con las copias de dichas resoluciones y la hoja de vida del actor obrantes a folios 7 a 16 y 46 a 471 respectivamente.

##### **DEL BENEFICIO DE TRANSICIÓN - ASPECTOS EN LOS QUE SE APLICA EL REGIMEN ANTERIOR Y ASPECTOS QUE SE REGULAN POR LA LEY 100 DE 1993 - DESCUENTOS POR SALUD**

El régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, consiste en la aplicación de la norma pensional anterior más favorable pero únicamente en lo que tiene que ver con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, no sucediendo lo mismo con los descuentos por servicios de salud, los cuales corresponden al 12% del valor de la pensión, conforme a lo dispuesto en la ley 1250 de 2008 que modificó el artículo 204 de la ley 1122 de 2007 Ley 100 de 1993.

En este punto conviene indicar que si bien el mencionado artículo 204 se refiere a los trabajadores, su aplicación cobija a los pensionados, cuyos aportes a salud son efectuados de manera obligatoria por el fondo de pensiones, el que para tal efecto descuenta dicha cotización y la transfiere a la EPS a la que se encuentre afiliado el pensionado, como bien lo dispone el inciso 3.º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, cuando en lo pertinente reza: *“Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.”* asumiendo el pensionado en su totalidad la cotización, por ser la manera en que puede sostenerse el sistema financieramente.

Así las cosas, al ser el demandante beneficiario del régimen de transición, el ordenamiento legal con el cual se debe determinar el descuento por salud corresponde al contenido en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones antedichas, como quiera que es la norma que regulaba tal situación para la fecha de la causación efectiva de su derecho pensional, la cual debe ser atendida en su integridad en aplicación al principio de inescindibilidad.

Vale la pena manifestar que no desconoce este Colegiado en momento alguno el principio de inescindibilidad, menos aún, el de favorabilidad, que, como es sabido, consiste en el deber que tiene toda autoridad tanto judicial como administrativa de optar por la situación más favorable al trabajador o pensionado en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, el cual de entrada requiere que el conflicto se presente entre normas vigentes, bien por la duda que pueda presentarse entre dos o más de ellas o inclusive cuando una sola norma admite diversas interpretaciones, que no es el caso de autos, siendo que la propia Corte Constitucional al abordar el estudio de los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo de Trabajo en la sentencia T-545 de 2004<sup>1</sup>, profundizó sobre los elementos del principio de

---

<sup>1</sup> “20. No obstante, la Sala considera importante profundizar sobre el cabal entendido de los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda” ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”.

Sobre el punto, la Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.



favorabilidad, encontrando que ellos son: “i) la noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y, ii) la noción de interpretaciones concurrentes.” Del primer elemento, indicó que la duda debe estar revestida de seriedad y objetividad, características que a su vez dependen de la razonabilidad, fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones y en relación al segundo elemento, señaló que además de lo anterior, “deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.”. Y ni qué decir del principio de la condición más beneficiosa, invocado también por el recurrente, el cual no tiene cabida en este asunto, teniendo en cuenta que, como institución jurídica, requiere además de una sucesión normativa, que bajo el imperio de la normatividad de la cual se depreca su aplicación, se hayan logrado concretar los presupuestos para dejar causado el derecho reclamado, lo que en el *sub judice* no se evidencia, pues el derecho pensional no se causó en vigencia de la ley 33 de 1985. Todo lo anterior porque la remisión normativa que al momento del otorgamiento de la pensión se realizó sobre el ordenamiento anterior (ley 33 de 1985), encontró soporte, justamente, en la aplicación de la ley que se encontraba vigente para la fecha en la que el demandante reunió los dos requisitos para obtener su prestación, es decir, en la ley 100 de 1993, por lo que

---

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

21. Ahora bien, la Corte no niega que el recurso a la razonabilidad, por la imprecisión del término, parece no decir mucho sobre cuáles son las características de una interpretación admisible. Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscriben la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

22. Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

23. Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política.

precisamente es aquella la que debe regular, en atención de los anotados principios, la resolución del su caso.

Entonces, contrario a lo sostenido por la censura, el hecho de que el promotor de esta actuación hubiera completado el requisito de tiempo de servicios con antelación a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, para ser precisos en el año 1991 cuando se retiró del servicio y contaba para entonces con más de 20 años de servicios (4.059 días), de ningún modo le representó un derecho adquirido como para considerar que esa fecha es la que determina la ley que regula el tema de los descuentos por salud, pues fue tan sólo con el cumplimiento del requisito de los 55 años de edad, el cual satisfizo en el año 2005, que causó el derecho a su pensión de jubilación cuando ya se encontraba en vigencia la ley 100 de 1993.

En tal sentido, al ser el propio legislador quien, estableció la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de transición, respecto a que estaría gobernado en parte por la normatividad que, antes de entrar en vigor ese sistema, se aplicaba al beneficiario y, en otra parte, por la Ley 100 de 1993, mal puede invocarse la remisión al ordenamiento anterior en aspectos no regulados, ya que es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, tales limitaciones, que así vistas, surge del propio texto de la ley y no de interpretación arbitraria o caprichosa de las normas que se instituyeron para administrar el sistema de seguridad social integral en pensiones.

Sobre los aspectos que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 mantuvo vigentes para quienes causen su derecho pensional en vigencia del mismo, son múltiples los pronunciamientos realizados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los que ha reiterado, en relación al fenómeno jurídico de la transición pensional consagrado en el mencionado artículo 36 y la intelección que ha de dársele a esta norma, que a los sujetos que los cobija, se les respetó tres aspectos en los términos estipulados en las anteriores preceptivas: a) La edad para acceder a la prestación, b) el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, **y c) el monto porcentual de la pensión**, que para este asunto corresponde al 75% conforme al artículo 1° de la Ley 33 de 1985, no incluyendo el “monto”, los descuentos por salud como pareció entenderlo el libelista.

Al respecto, en sentencia del 17 de octubre de 2008 radicado 33343, reiterada en casaciones del 2 de septiembre de 2008 y 24 de febrero de 2009 radicados 33578 y 31711 respectivamente, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral puntualizó: *“Bajo esta órbita, se tiene que el Tribunal no se equivocó cuando decidió en la presente causa, no aplicar en su integridad el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, sino únicamente en los aspectos que en el régimen de transición se dispuso eran gobernados por la legislación anterior.”*

En este orden de ideas, es dable concluir que carece de soporte tanto factico como jurídico insistir en el pago del porcentaje fijado a la fecha de causación de la pensión con base en el ordenamiento vigente para ese entonces, con el que se hallaba determinado en el régimen anterior, como bien lo concluyera el A quo.

Últimamente, en relación con la obligación de los pensionados de cotizar a salud, luego de aclarado el régimen que regula dicho pago en el caso del demandante considerando la fecha de causación de su derecho, oportuno resulta recordar lo dicho por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, reiterada en la CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 52643, CSJ SL4438-2017, en la que en lo pertinente señaló:

*“Afirma la entidad recurrente que el Tribunal cometió error jurídico, al no autorizarla a descontar de la condena impuesta por el retroactivo pensional a favor del actor el valor de las cotizaciones respectivas del Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que, afirma, así lo disponen los incisos segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, así como los artículos 3º del Decreto 510 de 2003 y 2º, 4º, 5º, 7º y 8º de la Ley 797 de 2003, aspecto que se observa fue objeto del recurso de apelación de la entidad demandada.*

*Sobre este argumento, encuentra la Sala que, en efecto, el inciso 2º del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 dispone que la cotización en salud de los pensionados, quienes son afiliados obligatorios a este sistema en el régimen contributivo, tal como lo determina la misma ley en los artículos 157 y 203, se encuentra en su totalidad a cargo de aquéllos (sic). En consonancia con ello, se encuentra no solo el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley en mención, que establece que las entidades pagadoras de las pensiones deben descontar las cotizaciones en mención y transferirlas a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el pensionado y girar un punto porcentual de aquéllas al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud- FOSYGA-, sino también los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, los cuales señalan que los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos deberán ser afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizantes y que los aportes de éstos se calcularán con base en su mesada pensional.*

*Del conjunto de estas disposiciones, se entiende con facilidad que todos los pensionados en el país, sin excepción alguna, al tener capacidad de pago, están llamados a cotizar y, por ende, financiar el régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo de cargo de los mismos la totalidad de la cotización, pues no de otra manera podría sostenerse económicamente el mismo, ni, menos, otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas, tales como las indicadas en los artículos 206 y 207 de la pluricitada Ley 100, además que, bien es sabido, de los aportes de los cotizantes al régimen contributivo, como es el caso de los pensionados, se descuenta un punto porcentual para la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, encargada de cofinanciar, junto con los entes territoriales el régimen subsidiado, cuya destinación es la prestación del servicio de salud de la población colombiana sin capacidad de pago alguna, por lo que, en consecuencia, las cotizaciones de los pensionados resultan vitales para el financiamiento del sistema en salud.*

*En virtud de esta finalidad y para proteger los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados obligatorios al sistema en mención, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993 consagró, dentro de las obligaciones de los empleadores, la de girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo con la reglamentación vigente, pues de lo contrario, aquéllos (sic) serían sujetos de las sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de la citada ley, es decir, los intereses moratorios por el no pago de las cotizaciones, dentro de las fechas establecidas para tal efecto.*

*De lo dicho hasta el momento, se entiende no solo que todos los pensionados del país están llamados a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud, quienes deben asumir en su totalidad el valor de la cotización, sino que, **además, la misma debe hacerse desde la fecha en que se causa el derecho pensional, pues no otra puede ser la interpretación que se deriva sistemáticamente de las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993, al haberse establecido las cotizaciones de los afiliados obligatorios, tal como es el caso de los pensionados, como parte esencial del financiamiento del sistema, además que, encuentra la Sala, éstas constituyen un requisito de los afiliados a la hora de acceder a las diferentes prestaciones económicas, como las contempladas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, reglamentados en varias oportunidades posteriores, por lo que el hecho de no descontarse las mismas desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema a favor de los pensionados cotizantes.** (Resaltado propio de la Sala).*

De acuerdo a lo hasta aquí reflexionado, al no encontrar razones de hecho ni de derecho que conduzcan a variar la decisión absolutoria recurrida, se confirmará la misma.

#### **COSTAS**

Dadas las resultas de la alzada corresponde imponerlas a la parte recurrente. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2018 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSE DARIO CARDONA JIMENEZ en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y LA POLICIA NACIONAL, conforme a los razonamientos expresados por la Sala.

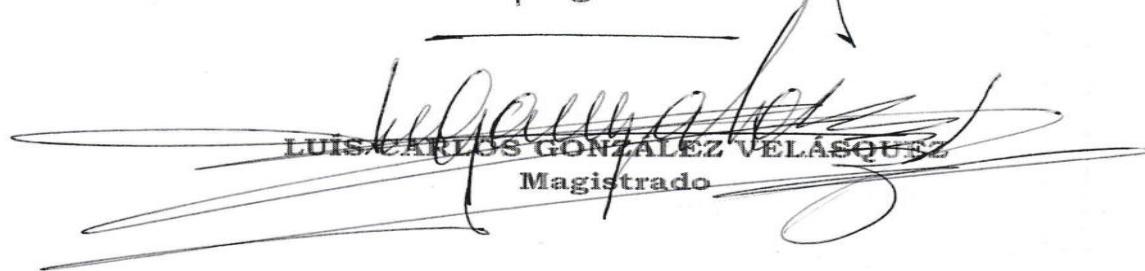
**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia al demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.803. Las de primera instancia se confirman.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 11001310501320180116 -01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** Incremento del 14%

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia del 10 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ AGUSTIN FONSECA MARTINEZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

JOSÉ AGUSTIN FONSECA MARTINEZ, promueve demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que sea condenada al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su compañera Ana Virginia Rodríguez García de forma retroactiva a partir del reconocimiento de la pensión de vejez, junto con el pago de los intereses moratorios o en su defecto la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que mediante Resolución No. 010620 de 1995 le fue reconocida pensión de vejez al amparo de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año; convive con la señora Ana Virginia Rodríguez García de manera permanente e ininterrumpida desde hace más de 10 años, quien depende económicamente de él, al punto que es su beneficiaria en salud, por lo que le asiste derecho al incremento por persona a cargo y que elevó la solicitud para su pago sin obtener respuesta (fls 10-16).

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificada COLPENSIONES dio contestación en escrito de folios 43 a 46 en donde se opuso a todas las pretensiones aceptó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con la convivencia y el derecho a los incrementos. Propuso las

excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la genérica. .

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido, condenando en costas a la parte actora (fls. 57-58).

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión absoluta y en su lugar se condene a COLPENSIONES, ya que si bien es cierto al actor le fue reconocida pensión de vejez en 1995 conforme al Acuerdo 029 de 1983 y se le venía cancelando el incremento por su menor hijo y por su cónyuge, el hecho de que hayan cambiado las condiciones y ahora lo solicite por tener a cargo a una compañera con la que convive hace 10 años, aunque la norma no lo disponga, a ésta le asisten los mismos derechos que la cónyuge, por el principio de favorabilidad e igualdad.

### **ALEGATOS DE CONCLUSION**

Una vez corrido el traslado de ley, ninguna de las partes se pronunció en término.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

Se analizará si hay lugar al reconocimiento y pago del incremento del 14% previsto en el Artículo 16 del Acuerdo 244 de 1966, Aprobado por el decreto 3041 del mismo año, en favor de su compañera Ana virginia Rodríguez García, el cual inicialmente le había sido reconocido por su menor hijo y su esposa, determinándose si con el fallecimiento de ésta última cesó el derecho, como lo adujo el A quo, o por el contrario, el derecho es independiente para cada relación posterior a la del otorgamiento inicial. Ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE**

No es materia de discusión que el ISS hoy COLPENSIONES a través de la Resolución No. 010620 de 1995, reconoció pensión de vejez al señor JOSÉ AGUSTIN FONSECA MARTINEZ a partir del 15 de febrero de 1990, en cuantía inicial de \$62.491.00 pesos, bajo los parámetros del Acuerdo 029 de 1983, ello al haber completado los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, así como

tampoco que en el mismo acto le fueron reconocidos los incrementos por cónyuge e hijos a cargo (Fl 10).

Establecido lo anterior, como quiera que el reparo de la censura se dirige a controvertir si luego de fallecida la esposa del pensionado a éste le asiste el derecho a recibir nuevamente incrementos por la compañera permanente con la que actualmente convive desde hace aproximadamente diez (10) años y depende de él.

**DEL RECONOCIMIENTO DEL PAGO RETROACTIVO DEL INCREMENTO POR COMPAÑERA DESDE LA FECHA DE OTORGAMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ**

Para tal propósito se remite la Sala a lo dispuesto en el artículo 16 del Acuerdo 224 de 1966, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el decreto 3041 del mismo año, por ser el ordenamiento jurídico al amparo del cual le fue concedida la prestación al actor, que en su artículo 16 dispone:

*“.. Art. 16. La pensión mensual de invalidez y la de vejez se incrementarán así:*

*a) En el siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años, o de 18 años si son estudiantes o inválidos de cualquier edad, que dependan económicamente del beneficiario y,*

*b) En el catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima para el cónyuge del beneficiario, siempre que éste no disfrute de una pensión de invalidez o vejez.*

*Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y vejez por estos conceptos, no podrán exceder el porcentaje máximo del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima...”.*

Entonces, dado que de conformidad con la Resolución No. 010620 de 1995 le fue concedido al promotor de esta actuación, el incremento por **“cónyuge”** a cargo, en el mismo momento del reconocimiento de la pensión y de manera retroactiva desde su causación (1990), no encuentra este Colegiado fundamento que apoye el pedimento aquí elevado, sobre todo cuando, como bien lo indicara el A quo, el pago del incremento se hizo no solo por reunirse los requisitos previstos en la norma *“cónyuge del beneficiario, siempre que éste no disfrute de una pensión de invalidez o vejez”*, sino oportunamente, lo que de suyo imposibilita volver a conceder el referido beneficio cuando las condiciones que dieron lugar al mismo han cambiado dado que ahora lo solicita por compañera permanente a cargo.

En este punto conveniente precisar que el momento que determina la exigibilidad del incremento no es otro distinto que el del reconocimiento pensional, lo que significa que es allí donde deben presentarse las circunstancias contempladas en la norma que consagra el citado derecho, y no con posterioridad, como acontece en el *sub examine*, de ahí que sea claro el ordenamiento al indicar *“Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán”*; amén de que también debe considerarse la finalidad del incremento, que no es otra que la de solventar de alguna manera las obligaciones económicas familiares que hasta ese momento tenía el trabajador



frente a su nueva condición de pensionado, manteniendo, como es lógico, tal beneficio hasta que desaparezcan las causas que le dieron origen, pues luego de ello no existe razón de que continúen, sin que por tanto pueda pensarse, como lo entiende la censura, que extinguidos los presupuestos que dieron lugar al derecho, estos surjan otra vez por relaciones sentimentales ulteriores o, en el caso de los hijos, de nacimientos ocurridos luego de reconocida la pensión, o siquiera suponer que pueden prolongarse o transmitirse sin consideración de los sujetos que de acuerdo a la norma detentaban las condiciones allí exigidas, razón determinantes para confirmar la sentencia objeto de apelación.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente al haberse resuelto de manera desfavorable su recurso. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,


#### **RESUELVE**

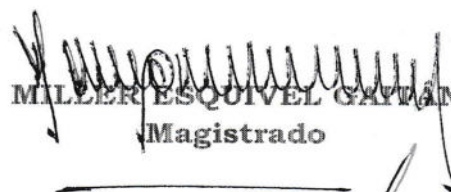
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018 por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró JOSÉ AGUSTIN FONSECA MARTINEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$350.000. Se confirman las de primera instancia.

#### **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



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

**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105022201500201-02**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Contrato realidad (extremos temporales de la relación – certificación laboral)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de mayo de 2018 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por KELYS PAOLA GARAVITO en contra de HERMINDA VARGAS MELO.

**ANTECEDENTES**

KELYS PAOLA GARAVITO promovió demanda ordinaria laboral en contra de HERMINDA VARGAS MELO, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato verbal a término indefinido vigente entre el 13 de marzo de 2006 y el 31 de enero de 2015, en virtud de la cual desempeño el cargo de administradora, devengando un último salario de \$1.200.000, y que no le fueron canceladas las prestaciones sociales, como la indemnización por despido sin justa causa, la incapacidad completa por maternidad y la sanción moratoria; sea condenada al pago las mismas junto con el pago de aportes a la seguridad social (salud y pensión), lo extra y ultra petita y las costas.

Como fundamento de sus prestaciones indicó que, laboró con la demandada en el restaurante “COMIDAS TIPICAS BOYACENSES de su propiedad, desde el 13 de marzo de 2006 hasta el 31 de enero de 2015, mediante un contrato verbal, en el cargo inicial de oficios varios, devengando el mínimo, en una jornada de lunes a domingo de 7:00 am a 5:00pm, prestando el servicio de manera personal, atendiendo las instrucciones impartidas, siendo ascendida al cargo de administradora el 15 de marzo de 2010 con un salario de \$1.200.000; el 29 de diciembre de 2010 inició su licencia por maternidad que se extendió hasta el 30 de marzo de 2011, la cual no le fue cancelada; fue despedida sin justa causa el 31 de enero de 2015 sin que se le cancelará la liquidación correspondiente; nunca le fueron canceladas las cesantías, los intereses a las cesantía, las primas de servicio, las vacaciones, la indemnización por despido, la licencia de maternidad y tampoco fue afiliada a salud y pensión. (fls 10-17)

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificado en legal forma el libelo, la demandada presentó escrito de folios 30 a 38 y subsanación de folios 41 a 54, sin embargo, al no atender las indicaciones por las cuales se inadmitió la contestación, por auto de fecha 3 de mayo de 2016 (fl 67) se tuvo por no contestada, decisión confirmada por el superior en proveído del 21 de febrero de 2017 (fls75-76).

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 16 de mayo de 2018, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, negó todas las pretensiones de la demandada y condenó en costas a la demandante en la suma de \$200.000.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación la parte actora interpuso recurso de apelación<sup>1</sup> para que se revoque y en su lugar se acceda a sus pedimentos al estimar que los extremos de iniciación y de terminación del contrato, o de los contratos, sí se probaron con los interrogatorios y los testimonios, con los que quedó suficientemente establecido el período, en particular que cuándo se fue la demandada para Venezuela fue la fecha en que cerró porque había vendido y dejó a la sobrina, junto con el documento que consta en el expediente que es una confesión de la realidad de la existencia de ese salario de \$40.000 diarios, pues no fue desvirtuado y está con firma de la demandada.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, no hubo pronunciamiento de las partes en el término legal.

## **DEL CONTROL DE LEGALIDAD**

Aun cuando se evidenciaron una serie de irregularidades en el desarrollo de la actuación de primera instancia que constituyen la causal de nulidad contemplada en el numeral 2 del artículo 133 del CGP, la cual como es sabido es insaneable en los términos del párrafo del artículo 136 ibídem, debe precisar este Colegiado que no decretará nulidad alguna respecto del trámite adelantado hasta el

---

<sup>1</sup> “El problema planteado por el despacho es que no se fijaron términos de iniciación del contrato laboral ni de la terminación, de que hubo dos contratos y que no se establecieron ni la fecha de iniciación de uno ni la de terminación del otro, de los dos contratos. Entonces no hay certeza para el juzgado de los extremos de iniciación y de terminación del contrato o de los contratos, y yo considero que con los elementos probatorios que hay en el proceso, los interrogatorios y los testimonios, queda suficientemente establecido el período. La cuestión de cuándo se fue la demandada para Venezuela, ahí está la fecha, que se fue, que cerraba, que había vendido y que dejaba a la sobrina, eso. Entonces yo hasta ahí no más sustento y creo que los demás elementos del documento que existe ahí que es una confesión de la realidad de la existencia de ese salario, de cuarenta mil pesos diarios, pues no fue desvirtuado, existe con firma de la demandada, entonces yo creo que esas partes deben resolverlas el Tribunal. Hasta ahí sustento.”

momento, y por el contrario resolverá de fondo la alzada, teniendo en cuenta que las decisiones que se vieron viciadas en nada influyen en esta instancia dado su resultado adverso a la demandada, y respecto a las pruebas practicadas, como quiera que pese a la declaratoria de la nulidad mantendrían su eficacia y validez de todas maneras.

En efecto, si bien es cierto que la demanda se tuvo por no contestada por auto del 3 de mayo de 2016, confirmada en segunda instancia el 21 de febrero de 2017 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, según consta a folios 67 a 81 del cartulario, y que la A quo en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT YSS, resolvió tanto la excepción previa como la tacha por sospecha de falsedad y desconocimiento de la certificación laboral, propuestas por la demandada con el escrito de contestación, decretando y practicando, además, las pruebas por ella solicitadas, esto es, procediendo en contra de la providencia del superior debidamente ejecutoriada; también es cierto que resultaría inane, en la práctica, la declaratoria de la nulidad para que se abstuviera de pronunciarse sobre tales aspectos -excepciones previas y tacha de falsedad de documento-, por la potísima razón que fueron decididos de manera desfavorable a los intereses de la parte convocada a juicio, de ahí que en nada altera el resultado posterior, y en lo que se refiere a las pruebas decretadas y practicadas en su favor, toda vez que aun declarada la nulidad éstas conservan su validez en tanto tuvieron oportunidad de ser controvertidas, tal y como lo enseña el inciso segundo del artículo 138 del CGP, es por lo que se abstendrá la Sala de declarar la nulidad de lo actuado en primera instancia pues no lo alteraría procesal y sustancialmente de manera palmaria, encontrando así sustento esta determinación en los principios de celeridad y economía procesal que gobiernan esta clase de actuaciones<sup>2</sup> (Art 209 y 229 de la C.Pol) así como en el de la primacía del derecho sustancial sobre el formal (Art 228 de la C.Pol).

Así las cosas, toda vez que el hecho de no declarar la nulidad, por las razones *in extenso* expuestas, de ningún modo comporta la aceptación o aval de la contestación de la demanda, pues lo legalmente procedente es que la providencia que se halla debidamente ejecutoriada mediante la cual se tuvo por no contestada la misma produzca sus efectos jurídicos, esta sentencia se proferirá en observancia de aquella, así las partes y la A quo la hubieran pasado inadvertida, y conforme las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

---

<sup>2</sup> “5.7 En suma, para el derecho constitucional colombiano, los principios de celeridad, eficacia e inmediatez judicial (Art. 209 y 229), son predicables de la función pública que se desarrolla en el ámbito de la administración de justicia. En el caso de los procesos laborales la efectividad de estos principios cobra mayor importancia debido a los especiales intereses que se debaten en ellos, estrechamente vinculados con derechos fundamentales conexos a las relaciones laborales y a la satisfacción de la seguridad social, así como a la preservación del orden público social económico, razones que han llevado a que estas materias cuenten con una especial protección constitucional (Arts. 25, 39, 48, 53, CPo). La realización de los principios de celeridad, inmediatez y eficacia se buscan mediante la oralidad en los procesos laborales, debe armonizarse con las demás garantías propias de los derechos al debido proceso en el contexto laboral, a la contradicción, a la defensa, y al acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Lograr este equilibrio es parte de las funciones y competencias propias del amplio margen de configuración del legislador. Es su función adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar el derecho de toda persona a acceder a una justicia sustantiva, pronta y cumplida.” (C.Const Sentencia C-583/16).

El litigio gira en torno a establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo verbal a término indefinido, en virtud del cual la demandante prestó sus servicios personales y subordinados a la demandada en el restaurante de propiedad de ésta, como administradora, durante el tiempo por ella precisado.

### **DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO VERBAL DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO**

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».* (CSJ SL362-2018, Radicación N.º 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

De tal suerte, dado que en el cartulario se encuentra debidamente probado el servicio personal que prestó la señora KELLY GARAVITO MONTIEL en favor de la señora HERMINDA VARGAS MELO en el establecimiento de comercio de propiedad de ésta de nombre “COMIDAS TIPICAS BOYACENSES”, pues así lo precisaron los testigos y lo aceptó la propia demandada, tal circunstancia resulta insuficiente por sí sola para declarar la existencia del contrato de trabajo en los términos solicitados por la parte actora, a quien igualmente le competía demostrar las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que desarrolló tales servicios. Lo que no hizo.

Así, al remitirse este colegiado al análisis en su conjunto de la prueba tanto documental como declarativa recaudada en el curso del proceso, que se contrajo, de

una parte, a la documental contentiva de la certificación laboral expedida por la demandada, al certificado de tradición expedido por la oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Centro del bien ubicado en la av Boyaca de propiedad de la demandada, el certificado de cámara de Comercio del establecimiento “Restaurante Tipico Boyacense” y la copia del registro civil de nacimiento de la menor Laura Valentina Garavito Montiel el 25 de diciembre de 2010 (fls 6, 7-8, 2 y 9, respectivamente); y de otra, a los interrogatorios de parte absueltos por las partes así como a los testimonios de GARYS CABALLERO RUIZ, ANA MILENA MARTINEZ y ANGELA CARRANZA; pudo advertir que la parte actora no logró demostrar la fecha de ingreso y de retiro de su labor a favor de la demandada.

En efecto, en lo que interesa al valor probatorio del contenido de la certificación expedida por la parte demandada el 4 de septiembre de 2013, en la que afirmó ser la propietaria del Restaurante típico Boyacense, en el cual la señorita KELLY GARAVITO MONTIEL desde el 15 de marzo de 2010 laboraba como Administradora, devengando la suma mensual de \$1.200.000, aunque por regla general debe dársele credibilidad, en el *sub examine* se determinó que dicho documento fue expedido por la propietaria del restaurante para hacerle un favor a la demandante, no correspondiendo a la realidad lo allí consignado, pues así lo aceptó expresamente la promotora de este proceso al rendir interrogatorio de parte cuando indicó que el certificado lo pidió para cuestiones de acceder a un arriendo y que fue ella quien lo mando a hacer luego de lo cual se lo llevó a la señora HERMINDA para que lo firmara, además que confesó igualmente que hubo períodos en los que laboró para otras personas, una de ellas a la señora LUZ MARINA a la que le vendió el primer negocio y ya al finalizar a la sobrina de la demandada a quien le había arrendado el negocio, incurriendo en serias contradicciones en cuanto a la ininterrumpida y continuada subordinación.

Es así como precisó que conoce a la señora HERMINDA desde el 2006, el 13 de marzo empezó a trabajar con ella en un restaurante que se llamaba LOS CARRANGUEROS, por la carrera 28D en el 7 de agosto, luego en el 2010 pasó al restaurante TÍPICO BOYACENSE ubicado en la Av. Boyacá No° 75, donde terminó, aclarando que inicialmente se trataba de otro establecimiento de comercio, **sin durar cesante ningún tiempo**, desempeñándose en oficios varios (lavar loza, pelar papa, atender mesas, cobrar) de 7:30 a 5:00 de la tarde o hasta la hora que se desocupara, todos los días, debía pedir permiso para ausentarse, empezó ganando \$10.000 en el 2006, pero la dueña lo vendió y por eso se fue al otro restaurante con ella, aduciendo que ocupó el cargo de administradora porque cobraba y estaba pendiente de ese restaurante, le entregaba la plata a ella, y al final ganaba \$1'200.000, es decir desde 2010, siempre cumpliendo el mismo horario en los dos restaurantes y allí trabajaban además 2 personas, CAROLINA que es la sobrina de ella, y LEONOR CASTILLO para lavar loza y hacer lo mismo que ella, sin saber cuánto le pagaba a la sobrina porque no era ella quien como administradora pagaba el personal, sino únicamente pagaba los servicios y los gastos, confirmando que la señora HERMINDA VARGAS permanecía en el establecimiento de comercio supervisando sus funciones, siendo su salario cancelado a diario, recibiendo a lo último \$40.000 el día. Igualmente comentó que el señor JOSÉ A BUITRAGO es el esposo de la demandada y cuando ella la mandaba le trabajaba en el restaurante de él, a quien a partir del 16 de abril del 2012 le hizo unos turnos porque se fueron a pasear a Estados Unidos, haciendo

esos turnos como un mes y luego volvió con ella otra vez en la BOYACÁ.

Y en la ampliación del interrogatorio de parte a instancias del Juzgado respondió así a las preguntas realizadas:

*“J: Señora KELLY, ¿usted qué puede decir frente al certificado que obra a folio 6 del expediente? Se ha puesto de presente por la señora HERMINDA y por la otro testigo que el mismo se expidió a efectos de que ella le hizo un favor para que usted lo presentara a efectos de obtener una tarjeta de crédito, ¿es eso cierto? ¿Usted le pidió que elaborara este certificado que usted misma redactó a efectos de tener una tarjeta de crédito?”*

*KPGM: Pues mira, la verdad yo le pedí el favor que necesitaba una carta laboral y eso no era para tarjeta de crédito sino para donde me iban a arrendar, que constara que lo que yo estaba ganando era \$1'200.000 y eso es verdad.*

*J: ¿Quién redactó el certificado?”*

*KPGM: Pues ella me dijo que lo mandara a hacer y que ella lo firmaba y ella me dio la cédula para que yo la mandara así, entonces la llevé y ella firmó.”*

Así mismo, confesó que la demandada le vendió el restaurante a la señora LUZ MARINA, y por eso quedó ahí por unos días y tan pronto ella remodeló se fue a trabajar con ella nuevamente a la Boyacá, no teniendo claros los días y/o meses que eso duró, y en relación con la sobrina de la demandada también admitió que la señora HERMINDA le arrendó el restaurante cuando se fue a Venezuela en noviembre, que no volvió a hacerse cargo del mismo, por lo que continuó trabajando y rindiéndole cuentas a la sobrina porque así se lo dijo la demandada uno o dos meses, pese a que era consiente del arriendo del negocio, es así como expuso:

*“J: Después de que la sobrina de la señora HERMINDA dio a luz, ¿quién siguió ejerciendo la administración de ese negocio?”*

*KPGM: Pues yo, yo fui la que seguí trabajando ahí.*

*J: ¿Para quién?”*

*KPGM: Pues para la sobrina pero yo me quedé ahí porque ella me dijo que me quedara.*

*J: Bueno entonces precísele a este despacho, ¿quién estaba a cargo del negocio para el año 2014 después de que ella arrendó el inmueble?”*

*KPGM: La sobrina.*

*J: ¿A quién le daba cuentas usted?”*

*KPGM: A la sobrina, pero eso fue por un mes nada más mientras ella fue a Venezuela.*

*J: ¿Después a quién le daba cuentas usted?”*

*KPGM: No, ya el negocio se cerró y ya no le di cuentas, solo a la sobrina y después ella me llamó que no me podía seguir dando trabajo y ya.”*

Fecha de inicio de labor referida en la demanda que igualmente resulta contraria a la fecha del registro o inscripción del restaurante en la Cámara de Comercio de Bogotá que según certificado de folio 2 ocurrió el 5 de diciembre de 2011, por lo que se hallan plenamente desvirtuados los extremos temporales en los que dice la certificación laboral, la demandante prestó sus servicios a la demandada.

Frente al contenido de los certificados laborales la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia del 8 de marzo de 1996 radicado 8360, reiterada en casación del 2 de agosto de 2004 radicación 22259 y más recientemente en decisión del 23 de septiembre de 2009 radicado 36748, oportunidad en la cual puntualizó:

*“(....) El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera 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 falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...”.*

Extremos temporales de los que tampoco dio cuenta la demás prueba declarativa recibida, pues repárese que si bien la demandada aceptó que la señora KELLY le prestó sus servicios personales, insistió en que los mismos no fueron permanentes lo cual fue corroborado igualmente por su hija, y tanto la expareja de la demandante como su amiga no supieron informar con certeza las fechas y las condiciones laborales en que la actora prestaba sus servicios, como el salario por ella devengado, coincidiendo en que la veían salir en las mañanas a trabajar y que ésta les informaba donde trabajaba, visitando con frecuencia regular el restaurante ubicado en el 7 de agosto, y ocasionalmente el de la avenida Boyaca, aclarando el señor GARI que pero para el año 2010 no eran pareja y que alguna vez la recogió en Alamos Norte donde trabajo como hasta 2012 o 2013, sin precisar ninguno de ellos cuantos días a la semana laboraba, al punto que no supieron dar razón si el restaurante abría los fines de semana, narrando sobre el particular lo siguiente:

**HERMINDA VARGAS MELO** en su condición de demandada admitió que, conoció a la señora KELLYS PAOLA GARAVITO trabajado donde una señora NANCY para el año 2006, llevando domicilios o por mandados, sin que para ese entonces le prestara servicios a su favor, la recibió luego por unos días ayudándole a pelar papa porque estaba empezando un restaurante de nombre los Carrangueros el cual tuvo como durante 4 años, luego de lo cual la demandante se fue para un restaurante que se llama LA PIMIÉNTICA, después de 2011 fue que trabajó en su RESTAURANTE TÍPICO BOYACENSE, pero en esos 4 años ella de vez en cuando iba a trabajar, eso era intermitente, un día sí y un día no, dos días a la semana, pues empezó con pasteles y empanadas, iba por ahí tres días en una semana, por lo que le paga el diario, el compromiso era que le pagaba a ella \$28.000, nunca \$40.000, días de la semana en los que pelaba la papa o a lavaba la loza, cobrando de vez en cuando, de 8am a 4pm, siendo ella y no la demandante quien cobraba, estaba encargada de pagar el personal, los servicios, la materia prima, los alimentos, abría el restaurante de lunes a sábado sin trabajar los días domingos



ni festivos. De otra parte, frente al certificado laboral que le expidió, explicó que lo hizo por ayudarle a sacar una tarjeta de crédito en ALKOSTO porque se la pasaba valiéndose de su tarjeta, es decir, de buena gente para ayudarla, la elaboró la actora y ella la firmó, aunque el logo lo desconoce, siendo que ella misma se puso su sueldo y todo. Aclarando además que en el 2014 le arrendó el negocio al marido de su sobrina, porque se iba para Venezuela 20 días y ella llegó ahí a pedirle trabajo y le dejaron el negocio a ella acabando con el mismo, ni plata, ni arriendo, ni nada, no volvió a abrir porque no tenía ya con qué trabajar, precisando que siempre tenía a otra persona que le ayudara no sólo a KELLY, como a Constanza, o su sobrina.

Por su parte el señor **GARIS ENRIQUE CABALLERO**, expareja de KELLY por mucho tiempo, hace más de diez años, doce años, lo que conoció a la demandada como su jefa, ya que vivió mucho tiempo en el 7 de agosto, y por eso sabe que comenzó trabajando en el 7 de agosto en un restaurante que ellos tenían allá de nombre LOS CARRANGUEROS, más o menos en el 2006, atendía mesas, todos los días y como vivía cerca veía cuando ella iba a trabajar y era una labor de domingo a domingo, de 7 de la mañana a 6 o 7 de la noche, donde habían como unas tres personas más empleadas, desconociendo cuánto ganaba, pero sí que trabajaba los domingos en los otros negocios que tenían por Álamos y en la Boyacá de propiedad de la demandada, lo que le consta porque comenzaron a vivir como pareja en el 2007, precisando por ello que en el RESTAURANTE TÍPICO CUNDIBOYACENSE, empezó a trabajar como desde el 2010, aunque para el año 2010 no tenían una relación como pareja, y mientras estuvieron conviviendo la veía salir en las mañanas, además que una vez fue a Álamos Norte a recogerla cuando ella terminaba el horario laboral tipo 6, 6:30, 7 de la noche, allí manejaba caja y se encargaba de la comida, en donde trabajo como hasta el 2012, 2013, y de ahí a la sede que estaba en la Boyacá, donde duró como dos años cuando le dieron vacaciones y le bajó el sueldo para enero, aunque no sabe cuánto ganaba, diciendo que como de millón algo, y que cuando la señora HERMINDA viajaba ella era la encargada del negocio, confirmando que si le había arrendado el restaurante al esposo de una sobrina cuando viajó a Venezuela, como en el 2014, 2015, siendo que para ese entonces el salario se lo pagaban las personas que subarrendaron el negocio, pero no sabe quien, y cuando la señora HERMINDA volvió después de arrendarlo asumió nuevamente la propiedad del negocio, comentando que el salario podía recibirlo semanal, pero que la verdad no sabía, que quien contrataba al personal era la señora HERMINDA y los negocios los manejaba KELLY, o sea, al personal, pendiente de la comida, la atención, manejaba caja.

Entre tanto, **ANA MILENA MARTÍNEZ**, amiga de la demandante desde el 2005, 2006 ya que vivían en el mismo barrio 7 de Agosto, conoció a la señora HERMINDA como desde 2004 o 2005 porque ella tenía un restaurante en ese barrio llamado LOS CARRANGUEROS, constándole que KELLY sí trabajaba allá porque esporádicamente iba a almorzar y la veía trabajando y además ella le decía que trabajaba ahí en la cocina, o a veces meseaba, o sea, lo que le colocaban a hacer ella hacía todos los días, lo cual le consta porque la veía que también se levantaba a trabajar; precisando que siempre ha trabajado por los lados de UNICENTRO comenzando a las 8 de la mañana y veía que la demandante se levantaba por ahí tipo 6, salía por ahí 6:30 7:00 a su trabajo, vivían cerca y pasaba por ahí para coger su transporte y la veía en el restaurante, aunque no

recuerda si abría los domingos, desconociendo su sueldo, relatando que como en el 2008, 2009 la trasladaron a trabajar a la Boyacá, a donde laboraba los domingos, lo cual le consta porque ella le decía que le tocaba irse a trabajar los domingos en la Boyacá, a donde permaneció hasta el 2015 aproximadamente, desconociendo si dicho restaurante fue o no arrendado, siendo que después del año 2015 no volvió a ir a ese restaurante.

Finalmente, **LUZ ÁNGELA CARRANZA** hija adoptiva de la señora HERMINDA, sabe de los negocios o restaurantes que su madre ha tenido siendo que LOS CARRANGUEROS inicialmente fue una cigarrería, luego ese restaurante fue vendido a la señora LUZ MARINA como en 2007, duraron un tiempo sin nada, sin restaurante, ya después de mucho tiempo compraron una casa en la Boyacá y su mamá abrió un restaurante normalmente se vendían 20, 30 almuerzos, siendo que KELLY fue contratada por su mamá cuando ella abrió el restaurante en la Boyacá, no cuando estaba ubicado en el 7 de agosto, su trabajo en oficios varios era ocasional y se le paga el día e iba 4 o 5 días de 7am a 4 o 5pm, era mesera, no se abría domingos ni festivos, el restaurante en la Boyacá se abrió en 2011, fecha a partir de la cual la señora KELLY prestó sus servicios en oficios varios el que jamás administró pues era su señora madre quién pagaba los salarios, los servicios, los alimentos etc, y luego le dejó el mismo a una sobrina, allí trabajaba entre semana de 7am a 5pm, por lo que se le pagaba 35, 40, no recordando bien pero eso si jamás se le pagó \$1'200.000, y en todo caso comentando que cuando se abrió el restaurante de la Boyacá hubo un espacio de tiempo como de un año o más, tiempo durante el cual trabajo KELLY para LUZ MARINA y los otros restaurantes del sector, y en cuanto al arriendo del restaurante de la Boyacá fue a una sobrina que duro como un año y allí continuó laborando la demandante hasta que un día no volvió, lo que duró y tiene conocimiento en el restaurante de la Boyacá fueron 3 años, y en cuanto al certificado laboral, ella se lo solicitó a su mamá para sacar un crédito de Codensa o una tarjeta de ALKOSTO, por lo que su mamá, obrando de buena fe lo firmó pero quien lo hizo fue KELLY y se hizo pasar como administradora con un salario que jamás se le pagó, un cargo que jamás se le asignó, después le puso unos rótulos de unas tarjetas donde estaba el nombre del restaurante y los teléfonos por si necesitaban domicilio.

De tal suerte, dado que la demandante soportaba otras cargas probatorias, además de la prestación de servicio, como lo eran por ejemplo la fecha inicial y final de la relación laboral así como, su jornada laboral si era todos los días o algunos a la semana, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros. Ello por la potísima razón de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla al tenor de lo previsto en el artículo 167 del CG, es por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que denegó sus pretensiones, sin que al respecto pueda considerarse las fechas de apertura del restaurante en abril de 2011 y la fecha de noviembre de 2014 como fecha de ingreso y de retiro tal y como lo sugiere el apoderado recurrente ante la falta de certeza de los días realmente devengados.

En relación con la carga de la prueba conviene recordar, *“que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o*

*aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.”*

En suma, al encontrarse sin sustento probatorio los hechos relacionados con los extremos temporales, particularmente el final y las condiciones de la continuada dependencia, no queda otro camino que mantener incólume la decisión primigenia, al no haber soportado en debida forma la promotora de la actuación la carga procesal que le correspondía.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante al haber resultado vencida en juicio, las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

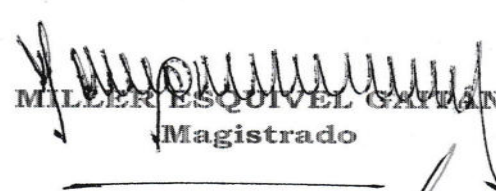
**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida el 16 de mayo de 2018 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandante, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$100.000. Las de primera instancia se confirman

Notifíquese y Cúmplase

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CAYÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105026201600202-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** Contrato realidad (salarios, prestaciones, indemnizaciones). Prueba declarativa

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia del 14 de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CESAR EDUARDO HERNANDEZ VARGAS en contra de ART&MAD SAS.

**ANTECEDENTES**

CESAR EDUARDO HERNANDEZ VARGAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de ART&MAD SAS, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 10 de mayo de 2010 y el 29 de abril de 2015, el cual finalizó por renuncia obligada del trabajador, quien percibía un salario mensual de \$1.051.600, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las cesantías, los intereses a las cesantías, las vacaciones, las primas de servicios causadas y no pagadas durante dicho lapso, así como al pago de los aportes a la seguridad social, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y la causada por despido injusto prevista en el artículo 64 ibídem, los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, precisó sucintamente que laboró para la demandada desde el 10 de mayo de 2010 hasta el 29 de abril de 2015, como auxiliar de pintura, devengando un salario mensual de \$1.051.600 pagadero con dos recibos uno de \$500.000 y otro por el salario mínimo, que la empresa le descontaba \$100.000 quincenales por lo que puso en conocimiento del Ministerio de Trabajo dicha situación el 28 de abril de 2015, siendo despedido al día siguiente, recibiendo como liquidación la suma de \$590.823 en la que no se tuvo en cuenta el salario realmente devengado (fls 4 a 9)

## **CONTESTACIÓN**

Notificada en legal forma la demandada dio contestación oportunamente con escrito de folios 44-48 y escrito de subsanación de folio 97, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con los extremos temporales y el cargo. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, mala fe del demandante y prescripción.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 14 de septiembre de 2018, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones y condenó en costas al demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000 (fls 112-113)

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación<sup>1</sup> para que sea revocada y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones: 1) porque pese a la documental aportada que consta a folios 15 y 16 que da cuenta de la doble contabilidad que llevaba la empleadora, el Juzgado la desconoció, aunque la misma no fue tachada ni refutada de falso; 2) porque no se resolvió sobre la tacha por sospecha de la señora NADIA, quien es empleada de la demandada y esposa del representante legal de ésta, quien nunca dijo que los documentos eran falsos, y 3) porque tampoco se tuvo en cuenta la manifestación del demandante ni se le dio validez cuando fue claro al contestar que no fue esa la carta que llevó para renunciar al cargo y que no estaba seguro que fuera su firma o no, con lo que se violan sus derechos fundamentales, y 4) porque aunque se demostró que la empresa llevaba una doble contabilidad nada dijo el despacho respecto de la mala

---

<sup>1</sup> “Señora juez, con todo respeto, para presentar recurso de apelación contra el fallo proferido por su despacho para que el superior funcional en segunda instancia lo revoque y en su lugar acoja las pretensiones de la demanda por las siguientes consideraciones: Primero, manifiesta el despacho que a pesar de la documental que obra y que se aportó con la demanda (folios 15 y 16) que dan cuenta de la doble contabilidad que realmente sí llevaba el demandado, pues no le dio credibilidad muy a pesar de que en la parte demandada ni en su contestación ni en ninguna etapa del proceso negó o tachó los documentos como falsos, quiere decir que los documentos sí tenían o tienen plena validez a mi manera de ver, cosa que desconoció el despacho y que ruego al superior funcional valore de manera adecuada esta prueba. Ahora bien, nada dijo el despacho respecto de la tacha que fue propuesta por la suscrita hacia la testigo que fue traída el día de hoy, la señora NIDIA NARVAEZ, quien manifestó al despacho no solo ser empleada y trabajadora de la demandada sino que también es esposa del representante legal, quien de manera muy curiosa reconoce los recibos del pago de nómina que trae la parte demandada con su contestación y desconoce los recibos que se aportaron, más nunca dijo que no eran falsos, no, simplemente que no le parecía. Es decir que no se tuvo ni se le dio la validez a la declaración de parte que tuvo el demandante, pues él a pesar de que la señora juez lo tomó como evasivas, sí fue claro al contestar que no fue esa la carta que él llevó para presentar una renuncia al cargo que venía desempeñando y que no estaba seguro, tan así es que asevera que ni siquiera está seguro si es su firma o no. De tal manera que también se le están violando sus derechos fundamentales al trabajador, vuelvo y reitero, sí se demostró en este proceso que la empresa demandada lleva una doble contabilidad. Ahora bien, tampoco nada dijo el despacho respecto de la mala fe que sí sancionó el Ministerio de Trabajo de la demandada porque sí lleva una doble contabilidad, sí quedó plenamente demostrado, al igual que la falta que realiza al no cancelar la seguridad social respecto al salario realmente devengado por sus trabajadores. En este orden de ideas dejo sustentado mi recurso de apelación para que el superior funcional en segunda instancia revoque el fallo y en su lugar acoja las pretensiones de la demanda.”

fe que sí sancionó el Ministerio de Trabajo por no cancelar la seguridad social con el salario realmente por sus trabajadores.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, no hubo pronunciamiento por ninguna de las partes.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

El litigio gira en torno a establecer si la relación laboral que ató a las partes finalizó sin justa causa imputable a la demandada y si ésta adeuda suma alguna al actor por concepto de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social, con especial énfasis en la valoración probatoria realizada por la A quo, en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T y de la SS.

### **DE LA TACHA POR SOSPECHA DEL TESTIMONIO DE NIDIA HERNANDEZ TIQUE**

Aunque en la sentencia no se hizo alusión por parte de la Juez de conocimiento sobre la procedencia o no de la tacha planteada por la apoderada de la parte demandante en relación con el testimonio rendido por la señora NIDIA HERNANDEZ TIQUE, en vista de que tal falencia debe ser corregida por esta instancia, luego de revisados detenidamente los hechos en los que se soportó la misma, al igual que la aludida declaración debe indicarse que una vez valorado con total rigor dicho testimonio no se evidencia razón alguna por la cual deba desestimarse, habida consideración que pese al vínculo laboral (secretaria) y afectivo (esposa) que detenta la testigo con el representante legal de la sociedad demandada sus respuestas además de espontaneas fueron coherentes de cara a lo indagado, sin mostrar parcialidad sino muy por el contrario conocimiento directo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la forma y el monto en que le era remunerada la labor al actor, debiéndose, en consecuencia valorarse en conjunto con los demás medios de prueba, tal como así se procedió.

### **DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO - Extremos temporales, cargo y salario.-**

No fue materia de controversia en la alzada la existencia del contrato de trabajo entre las partes que estuvo vigente desde el 10 de mayo de 2010 y el 29 de abril de 2015, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de Auxiliar de Pintura, devengando por tal labor un último salario mensual de \$644.350, circunstancias de las que dieron cuenta, entre otros medios probatorios, la forma asertiva como en parte se contestó la demanda, los comprobantes de pago y planillas a seguridad social que constan a folios 15-17 y 51 a 94 del expediente.

En este punto conviene resaltar que al estar firmados los comprobantes de nómina que reposan a folios 64 a 94 por el señor CESAR EDUARDO HERNANDEZ VARGAS y no haber sido tachados ni refutados de falso, dan fe de lo allí expresado, sin que los que reposan a folios 15 y 16 desvirtúen el contenido de aquellos, toda vez que si bien no fueron desconocidos no brindan certeza sobre su autenticidad si se tiene en cuenta que sólo se hallan suscritos por el actor, siendo incluso desconocidos por la responsable del pago en la empresa, señora Nidia Hernández Tique, quien informó en su testimonio que a los trabajadores no se les entregaba desprendible de pago sino que éstos firmaban en señal de aceptación un solo comprobante de pago en el que se detallaban individualmente nombres y conceptos, amén de que aun si en gracia de discusión se consideraran tales pagos a la misma conclusión se llegaría al tratarse de pagos efectuados por quincena más no por mes completo, lo que de suyo impide tener por acreditado una falta de pago o un pago incompleto sobre la base de una doble contabilidad, circunstancia esta última que tampoco se desprende de la sanción impuesta a la empresa por parte del Ministerio del Trabajo con ocasión de la investigación administrativa laboral resuelta con la resolución No. 001145 del 18 de abril de 2017 (fls 103-105) en la medida que la misma fue producto de la tardanza en el pago de los aportes a la seguridad social en la que se encontraba incurso la empleadora más no en una doble contabilidad, es así textualmente se expresó en dicho acto administrativo que: *“se tiene en este caso que el empleador incurrió en una falta de respeto a las leyes, toda vez que incumplió con lo indicado en el artículo 2° del Decreto 1670 de 2007, al hacer los aportes al sistema de seguridad social fuera del plazo indicado por la citada normatividad, esto es, como se evidencia en los folios 69 a 90 del presente expediente, los pagos se hicieron con mora en los meses: Enero de 2015, Febrero de 2015, Marzo de 2015, Abril de 2015, Mayo de 2015, junio de 2015, Julio de 2015, agosto de 2015 y Septiembre de 2015 (fls 39 a 54), aun cuando por disposición legal tenía la obligación de efectuar dichos pagos como máximo plazo hasta el día 1° del mes, en relación a los dos últimos números del NIT de la empresa (900124508-7)”*.

#### **DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – INDEMNIZACIÓN**

Precisa la parte actora que el contrato de trabajo terminó sin justa causa imputable a la empleadora, mostrándose inconforme con la valoración probatoria que sobre el particular realizó la Juez primigenia, particularmente con la falta de resolución de la tacha por sospecha que presentó frente al testimonio de la señora NIDIA HERNANDEZ TIQUE atendiendo su vínculo laboral y afectivo con la empresa convocada a juicio y, la falta de validez que le dio a la manifestación del demandante en cuanto a la carta de renuncia ya que no tenía presente que fuera ese el documento que presentó y/o firmó.

Para referirnos al respecto sea lo primero indicar que si bien el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades en el que las partes como sujetos de derecho tienen la capacidad para celebrarlo y terminarlo, cuando quien lo termina unilateralmente es el empleador se denomina despido, y es sancionado cuando se produce sin justa causa, es decir, cuando la decisión tomada unilateralmente no

se encuentra dentro de las determinadas en la ley. Causa también indemnización a favor del trabajador cuando la renuncia al cargo se da por conductas asumidas por el empleador que lo obligan a tomar tal decisión, produciéndose entonces un despido indirecto. Indemnización que se halla regulada expresamente en el art. 64 del C.S.T. y que en el presente asunto es solicitada bajo la modalidad del despido indirecto.

Aclarado lo anterior, dado que en los términos del párrafo del artículo 62 del CST *“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”*, una vez analizada la carta de renuncia presentada por el libelista que obra a folio 49, bien puede afirmarse que era a él a quien le correspondía demostrar en el curso de esta actuación judicial que la misma obedeció a la decisión de su empleadora a quien le endilga que le obligó a su presentación, lo que no hizo, pues repárese que lo que se lee en el citado documento es que los motivos que dieron lugar a su decisión de presentar la carta de renuncia al cargo que venía desempeñando en la empresa como auxiliar de pintura a partir de la fecha antes indicada, fueron **“únicamente personales”**, y si ello es así, en ningún dislate incurrió la A quo cuando determinó que no había lugar al pago de la indemnización solicitada ante la ausencia de un despido sin justa causa imputable a la empleadora.

Y es que aunque se duele el promotor de esta actuación de una indebida valoración de lo por él manifestado al absolver interrogatorio de parte, cuando desconoció tanto el documento contentivo de la renuncia como la firma allí estampada, basta hacer dos acotaciones en tal sentido, la primera de ellas, que la norma antes transcrita es clara en señalar que luego de indicados los motivos en la carta de renuncia o despido, no le es dable a las partes variarlos, por lo que mal puede alegar en la demanda una razón distinta a la que precisó en el documento por el cual daba por terminado el contrato de trabajo, sobre todo ningún otro medio probatorio respaldó su dicho con la entidad probatoria suficiente para tener por desvirtuado lo allí consignado expresamente; y la segunda, que de conformidad con lo previsto en el artículo 191 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT y de la SS, es presupuesto de la confesión *“que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”*, de ahí que en ningún desatino hubiera incurrido la A quo cuando desestimó la exposición del actor relacionada con la ausencia de certeza sobre la elaboración y suscripción de la carta de renuncia que reposa a folio 49 del paginario, ya que no le es posible beneficiarse de sus propias manifestaciones, máxime cuando al estar asistido debidamente por profesional del derecho tenía conocimiento sobre las oportunidades para desconocer o tachar un documento de conformidad lo prevén los artículos de que tratan los artículos 269, 270 y 272 del CGP, sin que hubiera planteado ninguna de tales figuras.

En tal orden de ideas, habida cuenta que con la liquidación final de prestaciones sociales y los comprobantes de pago de planilla se halla acreditado el pago de las obligaciones debidas a cargo de la demandada es por lo que se resolverá



desfavorablemente el recurso de apelación confirmando en su integridad la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo del recurrente. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida el 14 de septiembre de 2018 por el Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

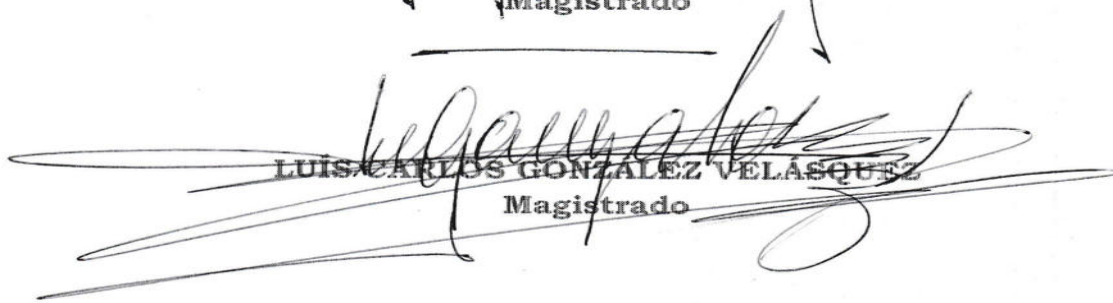
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$200.000. Las de primera instancia se confirman

Notifíquese y Cúmplase

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



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

**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**

Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105031201800249-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** Contrato realidad – prestación personal del servicio.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2018 por el Juzgado Treintaiuno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SEGUNDO CARLOS LÓPEZ en contra de BUITRAGO BESS AUTOGRUAS SAS; no sin antes tener por aceptada la renuncia al poder que efectúa el Dr. Marco Fidel Alfonso Roa a folio 169. Absteniéndose de reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado del demandante al DR. NESTOR EDUARDO AVILA ROBLES con CC. No. 11036675 y T.P No.133727 del CSJ como quiera que el Dr. JUAN BERLEY LEAL BERNAL, quien dice conferirle sustitución, no actúa en estas diligencias ni allega poder otorgado por el demandante (fls 171-172).

**ANTECEDENTES**

SEGUNDO CARLOS LÓPEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de BUITRAGO BESS AUTOGRUAS SAS, para que previa declaratoria de la existencia de una relación laboral vigente entre el 13 de septiembre de 2009 y el 31 de julio de 2017, en virtud de la cual no le canceló las prestaciones sociales, horas extras, aportes a la seguridad social integral y caja de compensación; sea condenada al pago las mismas junto con el auxilio de transporte, horas extras, aportes a la seguridad social, salud, pensión y ARL, aportes a la caja de compensación familiar durante todo el tiempo laborado y la indemnización por mora, por no haber efectuado consignación por los derechos prestacionales a la terminación del contrato de trabajo, la indemnización del artículo 64 del CST, lo extra y ultra petita y las costas.

Como fundamento de sus prestaciones, indicó que, laboró con la demandada AUTO SERVICIO BUITRAGO, hoy BUITRAGO BESS AUTOGRUAS SAS, desde el

13 de septiembre de 2009 hasta el 31 de julio de 2017, mediante un contrato verbal en el taller y almacén que funcionaba en la carrera 28 a 63 a – 09 de Bogotá, y a partir del año 2011 se trasladó a la calle 63 a 28<sup>a</sup>-36 de Bogotá, cambiando su razón social en el año 2013; desempeñó el cargo de jefe de patios, con un salario mínimo, en una jornada de lunes a viernes de 9am a 5pm, y el sábado de 9am a 5pm; no fue afiliado a la seguridad social, ni le fueron consignadas las cesantías; desempeñó personalmente la prestación del servicio, estando subordinado y observando buena conducta; no recibió cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, subsidio familiar, auxilio de transporte, y horas extras, sanciones legales y sanciones moratorias, ni fue afiliado a la caja de compensación ni se efectuaron aportes parafiscales; siendo despedido sin justa causa porque el trabajo estaba mal; y no cuenta con recursos económicos. (fls 2-8)

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificado en legal forma el libelo, la demandada dio con escrito de folios 45 a 79, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó la totalidad de los hechos; y propuso las excepciones que denominó como: Inexistencia del derecho pretendido; Temeridad y mala fe del demandante; Abuso del derecho; Presunta comisión de fraude procesal; Falta de legitimación en la causa por pasiva; Falta de legitimación en la causa por activa, y la Genérica.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 5 de octubre de 2018, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, sin costas.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de Ley, la parte actora solicitó revocar la sentencia de primera instancia, insistiendo en la procedencia de sus pretensiones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta previa las siguientes

#### **CONSIDERACIONES**

El litigio gira en torno a establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo verbal a término indefinido, en virtud de los cual el demandante prestó sus servicios personales para la sociedad demandada y en consecuencia le asiste derecho en el reclamo de sus acreencias laborales.

## **DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO VERBAL DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO**

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».* (CSJ SL362-2018, Radicación N.º 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

De tal suerte, dado que en el cartulario no se encuentra debidamente probado el servicio personal que prestó el señor SEGUNDO CARLOS LOPEZ en favor de la sociedad demandada BUITRAGO BESS AUTOGRUAS SAS, pues, de una parte, si bien afirma que laboró para ella desde el 13 de septiembre de 2009, lo cierto es que dicha sociedad, a decir del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls 26-28), tan sólo nació a la vida jurídica el 6 de agosto de 2013, siendo inscrita formalmente el 9 de agosto de la misma anualidad, sin que se evidencie un cambio de razón social, fusión o cualquier otro figura jurídica que dé cuenta, siquiera sumariamente, de la existencia con anterioridad de la sociedad AUTOSERVICIO BUITRAGO o de una posible sustitución patronal.

En este punto es de precisar que, si lo pretendido era vincular un establecimiento de comercio, por sabido se tiene que a quien se debe hacer comparecer a juicio es a su propietario, lo que no se hizo en el presente caso.

De otra parte, habida consideración que corresponde al actor demostrar la efectiva prestación personal de sus servicios para que opere en su favor la presunción del artículo 24 del CST, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que dice que desarrolló su labor como jefe de patios se tiene que obran en el expediente a folio 30, las tarjetas de presentación del establecimiento de comercio Autoservicio Buitrago, que de ningún modo prueban sus servicios a la sociedad convocada a juicio, ya que lo que allí se lee es que se trata de un establecimiento de comercio y que su responsable es el señor Enrique Buitrago, las que por demás pueden ser obtenidas por cualquier persona por tratarse de una forma de publicidad, reiterando en todo caso, que el señor BUITRAGO como persona natural no fue convocado a esta actuación.

Y en relación con las declaraciones extraproceso que constan a folios 31 a 33, rendidas ante Notario por los señores JULIO ROBERTO RODRIGUEZ LARA (empleado), TERESA BARBOSA AGUDELO (independiente) y VICTOR ARQUIMEDES ACOSTA BAHONA (maestro de construcción), aunque todos ellos dicen conocer al aquí demandante desde hace 10, 19 y 15 años, respectivamente, se evidencia que se trató de versiones idénticas en su contenido en el que manifestaron saber que el señor SEGUNDO CARLOS LOPEZ *“laboraba de lunes a viernes en la empresa Autoservicio Buitrago y/o Autogruas Buitrago ubicada en la calle 63 A No. 28ª 36 y carrera 28 A No. 63 A-09 del Barrio Benjamín Herrera en Bogotá d.C. en un horario de 9:00 am a 8:00pm., la persona que le pagaba su sueldo era el señor ENRIQUE BUITRAGO y el mismo era su jefe, así mismo recibía órdenes del señor ENRIQUE BUITRAGO, el señor ingreso a trabajar a esta empresa el día 13 de septiembre de 2009”*, manifestaciones que así vistas no brindan credibilidad y certeza a la Sala sobre la razón de su dicho, en la medida que se desconoce como obtuvieron conocimiento de tales situaciones; y si bien la primera de las declaraciones fue ratificada en el curso del proceso, resultó insuficiente dicho testimonio para tales propósitos, teniendo en cuenta que el contacto que mantenía el señor JULIO con el accionante era ocasional, en tanto que aclaró que lo veía en el barrio porque todas las vueltas de banco las realizaba en ese sector (barrio Benjamín Herrera) y se encontraban en restaurantes, por lo que lo veía sacando carros y comprando repuestos por el sector del siete de agosto por ahí cada tercer día, quizá dos veces por semana, dependiendo de su trabajo, afirmando que sabe que el actor trabajaba en un taller de Grúas de un señor Buitrago por el sólo hecho de que a veces cuando estaban almorzando el señor llegaba y le daba órdenes, como que fuera a comprar tal cosa, lo cual vio una vez en el mes, desconociendo cuál era la remuneración que recibía por sus servicios el señor SEGUNDO, enterándose de la terminación y del horario que cumplía por lo que el mismo demandante le contó, y supone que trabajaba en ese taller porque lo veía allí con overol, pero en sí, laboralmente, no sabe cómo eran las condiciones.

Entre tanto, la testigo **LAURA CLEMENCIA CARDONA CARDONA**, contadora pública, nada aportó en beneficio del libelista, señor SEGUNDO CARLOS LÓPEZ, a quien conoce porqué con ocasión del vehículo de su propiedad, es clienta del señor Enrique Buitrago, y por ello sabe y le consta que el señor Carlos estaba allí, como amigo, que le ayudaba a hacer diligencias a aquél en el taller, aclarando que **BUITRAGO BESS AUTOGRUAS SAS** es una empresa de grúas, que es propiedad de la señora Sandra delgadillo, esposa del señor Enrique Buitrago y que una cosa es el taller y otra la empresa que sólo ofrece el servicio de grúa y se halla a la vuelta del taller, viendo como auxiliar en el taller del señor Enrique Buitrago al demandante.

Últimamente, del interrogatorio de parte rendido por el señor López, se tienen por hechos confesados que, quien le daba las órdenes directas era el señor Enrique Baudelino Buitrago; que la señora Sandra Milena u otra persona diferente nunca le dio órdenes, y a veces que le iba consultar a ella le decía que eso problema de él con Enrique; que sí tiene una relación de amistad con el señor Enrique Buitrago porque se conocían hacia mucho rato, y que quien lo contrató fue él.

Material probatorio del que fácil es colegir que el promotor de esta actuación no satisfizo el presupuesto mínimo e indispensable de prestación de servicios a la sociedad demandados en los términos por ella indicados, para que operara en su favor la presunción contemplada en el artículo 24 del CST y se trasladara a la sociedad demandada la obligación de desvirtuar las condiciones en que el contrato laboral se ejecutó, en tanto las solas manifestaciones que en tal sentido efectuó se muestran insuficientes para los anotados fines, al soportar la carga de la prueba de que trata el artículo 167 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por autorización de los artículos 40, 48 y 145 del CPTSS. Carga probatoria de la que se ha ocupado la doctrina asentada de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al precisar que no debe creerse que todo aquel que 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 configure una relación de trabajo, como lo serían la fecha de ingreso y retiro, salario, cargo, jornada etc, y así lo ha determinado el Tribunal de cierre en decisión No. 36549 de agosto 5 de 2009 MP Luis Javier López Osorio, cuando señaló:

*“Esta presunción no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias. Le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementarios si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros...”*

Por lo anterior deberá confirmarse la decisión absolutoria objeto de grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en esta instancia ante la aceptación de la solicitud de amparo de pobreza en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley


**RESUELVE**


**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida el 5 de octubre de 2018 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia. La absolución de primera instancia se confirma.

Notifíquese y cúmplase.

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105011201000261-03**

En Bogotá D.C., hoy a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**ASUNTO:** Contrato realidad - pensión- cosa juzgada

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2018 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DEMERLO ZAMORA CUERO** en contra de **MARTA HELENA MIRANDA PATRICY, GLADYS ELVIRA MIRANDA PATRICY, GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA** y **GLORIA ESPITIA DE MIRANDA** en su condición de herederos y la última como cónyuge del causante **ALFONSO MIRANDA CHARRY**, las sociedades **RAULANVAR** y sus socios **GLORIA ESPITIA DE MIRANDA, SOFIA MIRANDA DE VARGAS** y **GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA; BELEN LTDA** y sus socios **GLORIA MARIA ESPITIA DE MIRANDA, GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA, MARTHA HELENA MIRANDA PATRICY;** sociedad **EDVIAURRE LTDA** y sus socios **ROSA IRENE ARANGO** y **ROGER MAURICIO MARQUEZ;** sociedad **RESTREPO SOLER Y ASOCIADOS LTDA** y sus socios **MARIA TERESA PATRICY DE MIRANDA, GLADYS ELVIRA MIRANDA, GLORIA MARIA ESPITIA DE MIRANDA, MARTHA ELENA MIRANDA PATRICY, MARIA ISABEL ESPITIA HERNANDEZ, GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA** y **ROSA MARIA PACHECO LUIS** y contra los herederos determinados e indeterminados de **FRANCISCO MIRANDA PATRICY.**

**ANTECEDENTES**

DEMERLO ZAMORA CUERO promueve demanda ordinaria laboral en contra de **MARTA HELENA MIRANDA PATRICY, GLADYS ELVIRA MIRANDA PATRICY, GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA** y **GLORIA ESPITIA DE MIRANDA** en su condición de herederos y la última como cónyuge del causante **ALFONSO MIRANDA CHARRY**, las sociedades **RAULANVAR** y sus socios **GLORIA ESPITIA DE MIRANDA, SOFIA MIRANDA DE VARGAS** y



GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA; BELEN LTDA y sus socios GLORIA MARIA ESPITIA DE MIRANDA, GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA, MARTHA HELENA MIRANDA PATRICY; sociedad EDVIAURRE LTDA y sus socios ROSA IRENE ARANGO y ROGER MAURICIO MARQUEZ; sociedad RESTREPO SOLER Y ASOCIADOS LTDA y sus socios MARIA TERESA PATRICY DE MIRANDA, GLADYS ELVIRA MIRANDA, GLORIA MARIA ESPITIA DE MIRANDA, MARTHA ELENA MIRANDA PATRICY, MARIA ISABEL ESPITIA HERNANDEZ, GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA y ROSA MARIA PACHECO LUIS y contra los herederos determinados e indeterminados de FRANCISCO MIRANDA PATRICY, para que previos los tramites que son propios a la naturaleza de esta clase d procesos, se declare que suscribió un contrato a término indefinido desde el 24 de septiembre de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2004, cuando terminó sin justa causa, periodo en el que no fue afiliado a la seguridad social, motivo por el cual debe condenárseles al pago de la pensión sanción consagrada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, debidamente indexado, junto con las costas del proceso.

Como hechos con relevancia jurídica fundamento de sus pretensiones, relató que, fue contratado verbalmente por el señor ALFONSO MIRANDA CHARRY el 24 de septiembre de 1990, suscribiendo el 20 de septiembre de 1993, contrato de trabajo escrito por duración de la obra o la labor desempeñada con el señor FERNANDO LEYVA MIRANDA, quien a su vez era empleado y familiar del señor ALFONSO MIRANDA CHARRY, por lo que firmó en su condición de representante de MIRANDA CHARRY, ejecución del contrato en el que le fueron encomendadas labores de construcción en las distintas obras de ingeniería y arquitectónicas, desvirtuando el contrato suscrito de mampostería, sin discriminar quien le impartía las ordenes (Don Alfonso, sus hijos, herederos, personas jurídicas), sin que durante la relación laboral le realizaran aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, además, como el señor ALFONSO MIRANDA CHARRY falleció el 26 de diciembre de 2005, es por eso que demanda a sus herederos, pero en todos los bienes que éste tenía no aparecía como socio, informando que luego de la explosión ocurrida el 25 de mayo de mayo de 1995 una vez recuperado continuó trabajando para los MIRANDA por espacio de 13 años, habiendo reclamado su pensión sin obtener respuesta, señalando que ante el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad instauró un proceso contra la sociedad ALMITE LTDA y otros, reclamando el pago de sus prestaciones sociales y la indemnización por despido sin justa causa, el cual terminó por conciliación. (fls 3-13 y escrito de subsanación fls. 40-43)

### **CONTESTACIÓN**

Notificados en legal forma todos los demandados, dieron contestación con escritos de folios 356-361, 402- 404 y 479-481, en su mayoría, a través de curador ad litem, en donde, frente a las pretensiones manifestaron atenderse a lo que resulte probado, no les consta los hechos y propusieron las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, cosa

juzgada, prescripción y la genérica. Habiéndose tenido por no contestada la demanda respecto de Rosa María Pacheco.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 23 de febrero de 2018, el Juzgado Once laboral del circuito de Bogotá obrante a folios 581 a 592, resolvió: absolver a todos y cada uno de los demandado; declarar probados los hechos de la excepción de cosa juzgada respecto de los demandados **RESTREPO SOLER Y ASOCIADOS LTDA** y los señores **FRANCISCO ALFONO MIRANDA PATRICY, GLORIA MIRANDA ESPITIA, GLADYS ELVIRA MIRNDA DE DIAS, MARTHA HELENA MIRANDA PATRICY y GLORIA ESPITIA DE MIRANDA** en condición los primeros de herederos y la última como cónyuge del señor **ALFONSO MIRANDA CHARRY** junto con los herederos indeterminados, y la de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de los restantes; declarándose relevado del estudio de los demás; condenar en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$200.000; y ordenó devolver el expediente bajo el radicado No. 2006-01153 al Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual fue enviado en calidad de préstamo, previa expedición de las copias de la demanda, su reforma y el acta de conciliación.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad, y en su lugar se acceda a las pretensiones, ello al no encontrarse de acuerdo con la declaración de la cosa juzgada contenida en la sentencia, ya que en el proceso que cursó en el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá no se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión sanción, sino el pago de prestaciones sociales que le habían sido reconocidas, por lo que dicha conciliación lo que permite es volver a condenar a los aquí herederos a pagar la pensión sanción, al no cumplir con la obligación de cotizar a la seguridad social (Art. 48 C. Pol). Preciso además que, en el otro proceso se demandó la declaratoria de la existencia de contratos verbales a término indefinido desde el día 20 de septiembre del año de 1993 hasta diciembre 7 de 2004, en donde el actor desempeñó los cargos de maestro obra general, albañil, pintor, plomero eléctrico y servicio, con un último salario promedio de \$620.000, así como que se declarara la sustitución patronal (Art 67 y 68 del CST), la responsabilidad solidaria (Art 33 del CST), y se condenara al pago de las cesantías y sus intereses, primas de servicios, vacaciones, sanción moratoria, indemnización, dotación, subsidio familiar, domingos y festivos, indexación y costas; no siendo los mismos hechos y pretensiones aquí solicitados. Acta de conciliación que se celebró considerando que tenía al menos parcialmente razón en lo peticionado por lo que la parte demandada tomó la decisión de cancelarle una suma de dinero en efectivo de \$20.000.000 y \$6.000.000 en honorarios del doctor DUQUE, que cubría todas las pretensiones, suscripción de la conciliación que por tanto

considera, prueba no sólo la relación laboral sino también que la misma terminó sin justa causa, porque así lo admitieron cuando conciliaron los herederos determinados e indeterminados y la esposa sobreviviente del señor MIRANDA, pues de no ser así, se pregunta, por qué le pagaron las prestaciones sociales y la indemnización.

### **ALEGATOS DE CONCLUSION**

Una vez corrido el traslado de ley, no hubo pronunciamiento de las partes en el término concedido.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si en el presente caso se configura la institución jurídica de la cosa juzgada respecto de este proceso y el que el demandante promovió ante el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, y sobre esa base, si hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda dirigidas a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, junto con el pago de la pensión sanción debidamente indexada, por lo que en virtud del principio de limitación y congruencia (art. 66A del CPL y SS), la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados por la parte recurrente.

### **DE LA INSTITUCIÓN JURIDICA DE LA COSA JUZGADA**

Los artículos 303 y 304 del CGP, aplicables por analogía conforme lo establecido por el Legislador en el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establecen al respecto:

*“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.*

*Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.*

*En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.*

*La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”*

*“Artículo 304. Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias:*

- 1. Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, salvo las que por su naturaleza no sean susceptibles de ser modificadas.*
- 2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.*

3. *Las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento.*" (Negrilla fuera de texto)

En este punto conviene recordar que en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la conciliación es posible siempre y cuando verse sobre derechos "inciertos y discutibles", al igual que se requiere para la transacción (Artículos 53 de la C. N y 14 y 15 del C. S. T), al mismo tiempo que es imperioso que las partes celebrantes tengan capacidad de ejercicio, que su consentimiento no adolezca de vicios y, que el convenio recaiga sobre un objeto lícito y tenga una causa lícita (Artículo 1502 del C. C).

En cuanto a lo que se entiende como derechos ciertos e indiscutibles la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de pronunciarse, entre otras, en sentencia SL2301-2020 del 8 de julio de 2020, Radicación n.º 70832 M.P Dr. Jorge Prada Sánchez, en la que explicó:

"En sentencia CSJ SL, 8 jun. 2011, rad. 35157, que reiteró lo asentado en la CSJ SL, 14 dic. 2007, rad. 29332, se discurrió:

*[...] el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad.*

*Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales.*

Así mismo, en la última de las sentencias citadas, la Corte también precisó que la conciliación no es un acto procesal sino, ante todo, un acto o declaración de voluntad, sujetó para su validez y eficacia, al cumplimiento de unos requisitos.

Puntualmente se dijo en esta providencia, al reiterar otras anteriores:

*[...] esa cuestión jurídica la tiene definida de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala que, no obstante reconocer el efecto de cosa juzgada que por mandato legal producen las conciliaciones laborales, ha precisado que **no es un acto procesal sino, ante todo, un acto o declaración de voluntad que está sujeto para su validez y eficacia al cumplimiento de los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil.***

*[...]la Sala Plena de la Corte, al conceptualizar sobre la institución de la conciliación, se inclina, sin reservas, por la tesis que ve en ella un desarrollo de la autonomía de la voluntad y desecha la tesis según la cual la conciliación es un acto procesal. Esta "doctrina constitucional" -que al tenor de lo dispuesto en el artículo 40. de la ley 153 de 1887, es norma para interpretar las leyes-, permite zanjar la discusión acerca de la naturaleza de la conciliación y tomar partido por la tesis de que se trata esencialmente de un acuerdo de voluntades sometido a una solemnidad ad substantiam actus.; y por ser un acto o declaración de voluntad queda la conciliación sujeta para su validez y eficacia a que se cumplan los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil." (resaltado propio de la Sala)*

De ahí que cuando el contrato de trabajo está en discusión, como acontece en el contrato de trabajo realidad, tal incertidumbre que le es propia, sólo desaparece luego de proferida la sentencia que así lo declare; lo que significa que la terminación que de manera anticipada del proceso pueda presentarse -porque así lo deciden las partes de manera libre y voluntaria, con el aval del funcionario judicial-, de ninguna manera comporta para ellas una declaración tácita de la existencia del contrato de trabajo, y menos aún, permite entender que el pago que se realiza comprende de manera total o parcial obligaciones laborales que por su naturaleza son irrenunciables, en la medida que de verificarse situación semejante (aceptación del contrato de trabajo y condiciones de tiempo, modo y lugar en que se ejecutó el mismo), no puede llevarse a cabo la conciliación ante la observancia de la ilicitud del objeto.

En el presente asunto, revisadas las piezas procesales del Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del expediente con radicado No. 11001-31-05-017-2006-01153-00, que obran a folios 561 - 580, advierte la Sala en relación con el primer requisito: 1) que en ambas actuaciones el demandante es el mismo señor DEMERLO ZAMORA CUERO, 2) que en uno y otro coincidieron como extremo pasivo las siguientes personas naturales y jurídicas: LA SOCIEDAD RESTREPO SOLER Y ASOCIADOS LTDA y los señores FRANCISCO ALFONSO MIRANDA PATRICY, GLORIA MIRANDA ESPITIA, GLADYS ELVIRA MIRANDA DE DIAS, MARTHA HELENA MIRANDA PATRICY y GLORIA ESPITIA DE MIRANDA en condición los primeros de herederos y la última como cónyuge del señor ALFONSO MIRANDA CHARRY junto con los herederos indeterminados, como acertadamente lo concluyó el A quo.

Ahora bien, atinente a la identidad de causa, los dos procesos se sustentan en la prestación personal y subordinada del servicio en favor del señor ALFONSO MIRANDA CHARRY para el periodo comprendido entre los meses de septiembre de 1993 y diciembre de 2004, con una pequeña diferencia de días, pues mientras que en el que cursó en el Juzgado 17 Laboral se anotaron como fechas el 20 de septiembre de 1993 y el 7 de diciembre de 2004, en el que aquí se adelanta los días mencionados corresponden al 24 de septiembre de 1993 y al 31 de diciembre de 2004, lapso durante el cual afirma que desempeñó cargos en construcción tales como maestro de obra en general, albañil, pintor, eléctrico, plomero y servicios varios como lo precisó en el otro proceso, las que no detalló con tanta precisión en esta actuación, donde se limitó a relatar que sus labores eran de construcción en las distintas obras de ingeniería y arquitectónicas.

Finalmente, de cara a la identidad de objeto, que es donde enfatiza su reproche la censura, con el argumento que apenas es con este proceso que solicita la pensión sanción contemplada en el artículo 133 de la ley 100 de 1993, pedimento que, en efecto, constata la Sala que no formó parte de las pretensiones elevadas en el proceso del Juzgado 17 Laboral, donde reclamó cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios,

vacaciones, sanción moratoria, indemnización, dotación, subsidio familiar, domingos y festivos e indexación; es menester hacer las siguientes consideraciones: **i)** en ambos procesos se solicitó la declaración que DEMERLO ZAMORA CUERO, suscribió un contrato a término indefinido vigente en las fechas anteriormente indicadas<sup>1</sup> (fls 4 y 564-565); **ii)** según lo manifestado por el demandante en la diligencia surtida ante el Juzgado 17 laboral del Circuito (fl 579), fue su decisión aceptar la propuesta de la demandada y conciliar “todas y cada una de las pretensiones de la demanda”, entre las que se encontraba la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo; y **iii)** tanto en el proceso del Juzgado 17 Laboral como en éste, constituye presupuesto para la prosperidad de las pretensiones condenatorias, la previa declaración de la existencia del contrato de trabajo, de manera clara y expresa, por manera que la ausencia de esa declaración, conduce innegablemente a la desestimación de las demás súplicas.

Al compás de lo anterior, la Sala discrepa de las consideraciones hechas por el recurrente cuando le atribuyó a la conciliación realizada ante el Juzgado 17 Laboral un asentimiento de las partes sobre la existencia del contrato de trabajo, el pago de prestaciones sociales y con él, la obligación de quienes lo realizaron de asumir igualmente el pago la pensión sanción, así como que se encontrara eximido, desde esa percepción, de la obligación de probar en este proceso alguna relación laboral al creer que ya estaba probada con esa acta de conciliación que le puso fin al referido proceso; ello, habida cuenta que lo que adujo la demandada al celebrar la conciliación de marras, es que de manera parcial le hallaba la razón al demandante y, por esa razón -sin aceptar fechas o conceptos que hubieran dado lugar a tener por demostrados unos hechos ciertos e indiscutibles-, tomó la decisión de cancelarle la suma de \$20.000.000 a él y \$6.000.000 adicionales a su abogado, propuesta que fue en esas condiciones la que el demandante aceptó, conciliando la totalidad de las pretensiones, motivo por el cual el Juzgado la aprobó al evidenciar que tal acuerdo conciliatorio no le vulneraba sus derechos ciertos e indiscutibles.

En efecto, reza el aludido acuerdo:

“(…)AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

*El representante Legal de las demandadas manifiesta: Viendo las circunstancias y las pretensiones del señor ZAMORA considerando que en la mayoría de ellas tenía al menos parcialmente la razón tomé la decisión de cancelarle una suma de dinero en efectivo consistente en veinte millones de pesos (\$20.000.000,00) y seis millones de pesos (\$6,000.000.00) como honorarios del doctor GERMAN NIÑO DUQUE a quien también se los cancelé en efectivo para llegar así a una conciliación total de las deudas pendientes por las sociedades MIRADOR DEL COUNTRY 1: MIRADOR DEL COUNTRY 2, RESTREPO SOLER Y ASOCIADOS Y ALMITE LTDA Y los herederos determinados e indeterminados de la sucesión del señor ALFONSO MIRANDA CHARRY.*

---

<sup>1</sup> Coincidiendo las fechas entre el 24 de septiembre de 1993 y el 7 de diciembre de 2004.

*En uso de la palabra el demandante manifiesta: "Acepto la propuesta y con eso quedan conciliadas todas y cada una de las pretensiones de mi demanda. Igualmente recibí en efectivo la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) por concepto de mis prestaciones sociales con las empresas demandadas.*

*En uso de la palabra el apoderado del demandante manifiesta: De conformidad a la manifestación voluntaria de la parte demandante y a la manifestación así mismo del Representante Legal de las empresas demandadas en forma voluntaria, libre y espontánea manifiesto que se dé por conciliada la demanda presentada y el pago en efectivo por las prestaciones y pretensiones de la demanda como de mis honorarios profesionales cancelados por las empresas demandadas en la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000.00).*

AUTO

*Por cuanto el anterior acuerdo conciliatorio no vulnera derechos ciertos e indiscutibles del demandante, el Juzgado lo aprueba en su totalidad, advirtiendo a las partes que el mismo hace tránsito a cosa juzgada de conformidad con los artículos 22 y 78 del C.P.L (...)"*

**Sobre la identidad de objeto en conciliaciones en las que se controvierte la existencia del vínculo laboral, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL7493-2017 del 17 de mayo de 2017, radicación N.º 44833, M.P Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, precisó:**

"La inconformidad que plantea la recurrente con la sentencia del Tribunal, se dirige a establecer que, contrario a lo señalado por éste, en el acta de conciliación suscrita entre las partes, se concilió lo relativo al vínculo contractual.

El *ad quem*, para arribar a su decisión, transcribió el acta de conciliación suscrita ante el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, e indicó que las partes no estaban de acuerdo en la forma de vinculación, pues mientras el demandante alegaba que era uno de naturaleza laboral, la demandada aducía que se trataba de uno de prestación de servicios de carácter civil, e informó que el actor, en esa diligencia, no manifestó de manera clara que aceptaba que el mismo había sido del último de los mencionados.

Pues bien, a efectos de resolver sobre el ataque formulado por el recurrente contra la sentencia del Tribunal, recuerda la Sala que la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el que dos o más personas solucionan sus controversias por sí mismas, pero bajo la supervisión de un tercero neutral y calificado.

Como tal, es un acto jurídico donde intervienen sujetos con capacidad jurídica, y su consentimiento va dirigido a dar por terminado un conflicto existente o eventual, y en relación a sus efectos, se ha enseñado que por tratarse de un negocio jurídico, donde se verifica un acuerdo de voluntades, supervisado por un tercero, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL, 1185-2015.

Precisado lo anterior, el acta de conciliación de la que pretende el censor derivar los errores de hecho, dice lo siguiente:  
(...)

El documento transcrito, objetivamente examinado muestra que entre la Texas Petroleum Company y el señor Heriberto Díaz, se llegó a un acuerdo conciliatorio, en donde el demandante manifestó su conformidad con los términos del arreglo conciliatorio, en el que los comparecientes buscaban precaver cualquier litigio futuro, tanto así que en esa diligencia el accionante declaró a paz y salvo a la empresa accionada por todo concepto relacionado con el vínculo contractual que existió entre las partes.

Y es que, aun cuando en el texto del acta de conciliación se hizo mención a la posición de las partes, y respecto de la naturaleza del vínculo contractual, para la accionada el actor estuvo ligado por «un contrato de prestación de servicios», el señor Díaz Cano, de su lado, adujo que «podía tener derecho a la liquidación y pago de las prestaciones sociales contempladas en la

*Ley para quienes prestan sus servicios a través de un contrato de trabajo», las mismas, tan solo constituyeron la postura de estos a efectos de lograr un acuerdo. Tanto así que expresamente se dijo que esos planteamientos encontrados sobre la naturaleza del vínculo contractual, hacía que se estuviera «en presencia de unos posibles derechos inciertos y discutibles, que permiten una conciliación», y en consecuencia, se decidió conciliar lo relacionado con el vínculo contractual.*

Así, se observa que los contendientes, y atendiendo lo manifestado por estos, con el fin de dirimir cualquier controversia futura, sobre un eventual contrato realidad de tipo laboral, decidieron llegar a un acuerdo conciliatorio para su solución amigable, el cual, según lo expresó la autoridad judicial que actuó como conciliador, no lesionó derechos ciertos e indiscutibles, e hizo tránsito a cosa juzgada, situación que imposibilitaba al accionante iniciar un proceso judicial, con la finalidad de desconocer lo pactado libre y voluntariamente.

Por manera que fue manifiesto y protuberante el error del Tribunal cuando concluyó, sustentado en el acta de conciliación, que las partes no habían dispuesto sobre el vínculo contractual, pues pasó por alto que se acordó dar por terminado la relación que los unió, con la entrega de una suma de dinero, frente a lo cual, el accionante declaró «a PAZ Y SALVO a la TEXAS PETROLEUM COMPANY por todo concepto en relación con el vínculo contractual», lo que impedía desconocer los precisos términos con los que se suscribió ese documento, y entrar a confirmar la sentencia de primer grado.”

Y más recientemente, en la sentencia SL1393-2020, del 14 de abril de esta anualidad, radicación N.º 72180, M.P Dr. Omar De Jesús Restrepo Ochoa, dentro de un proceso de características similares a las aquí debatidas, en las que en dos ocasiones se solicitó ante la jurisdicción laboral la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, pero fue tan sólo en la segunda que se petitionó el reconocimiento de la pensión sanción, razonó:

“De lo expuesto colige la sala, que en ambos procesos confluyen las identidades de partes, de objeto y de causa. Es que si bien es cierto que, en el proceso anterior no se pidió la pensión sanción contemplada en el art. 133 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que ello se petitionó en el presente, previa la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo en el período comprendido entre el 2 de enero de 1998 y el 26 de marzo de 2003, entre otro, y dicha declaratoria fue precisamente la pretensión principal del promovido en forma inicial, la cual fue resuelta en forma desfavorable para el demandante, por lo que indefectiblemente se trata del mismo objeto.

En tales circunstancias, le asiste razón al tribunal cuando en la sentencia recurrida, consideró probada la excepción de cosa juzgada. Sobre esta institución procesal, esta corporación en la sentencia CSJ SL913-2013, explicó:

[...]

Del mismo modo, en la sentencia CSJ SL 35722, 17 jun. 2009, sostuvo:

[...]

*Conviene al estudio del caso recordar que la fuerza de la cosa juzgada -denominada también "res iudicata"-- se predica por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de las sentencias ejecutoriadas proferidas en procesos contenciosos, cuando quiera que el nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa que aquél donde se profirió la sentencia, y entre ambos exista identidad jurídica de partes.*

*Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre el mismo ya se ha asentado, de manera definitiva, el pensamiento del juzgador natural. Tal aserto es el que permite adquirir a la sentencia la característica de "definitiva", preservando el principio de "seguridad jurídica", factor indiscutiblemente pacificador de la sociedad civil.*



*Pero, para que la cosa juzgada adquiera la fuerza que persigue la ley, no basta que solamente una o dos de las identidades antedichas se reflejen en el nuevo proceso; como tampoco, para negarla, que por la simple apariencia se desdibujen los elementos que la conforman, esto es, el objeto del proceso, la causa en que se funda y los sujetos entre quienes se traba la disputa. Por eso, para que se estructure la cosa juzgada, de una parte, deben concurrir, necesariamente y en esencia -como se asentó en la sentencia de la Corte de 28 de agosto de 2004 (Radicación 23.289), las tres igualdades anotadas, y, de otra, deben aparecer identificados claramente los elementos que las comportan.*

*En ese orden, se tiene certeza que los aspectos que deben ser de estudio para predicar la aplicación de la «cosa juzgada» son: la coincidencia de objeto, causa y sujetos; es decir, que la forma en que analizó el juez de segundo grado en el sub lite la existencia de dicha figura procesal, fue acertada, tal como se explicara a continuación.*

En consecuencia, no incurrió el colegiado en error, al encontrar configurada la excepción de cosa juzgada propuesta, por ende, no hubo una aplicación indebida del art. 332 del CPC, aplicable por integración normativa al procedimiento del trabajo y de la seguridad social (art. 145 CPTSS), ni una infracción directa de los arts. 133 y 141 de la Ley 100 de 1993.” (resaltado propio de la Sala)

De las condiciones fácticas, jurídicas y jurisprudenciales enunciadas, es dable colegir que, en ningún error de apreciación en la identidad de objeto incurrió la falladora de primera instancia cuando concluyó que si bien era cierto en este proceso existía como nueva pretensión no reclamada con anterioridad, el reconocimiento pensional, la que por consiguiente no se halló incluida en la conciliación adelantada ante el Juzgado 17 laboral del Circuito de Bogotá, de todas formas se estaba en presencia de la institución jurídica de la cosa juzgada en relación con quienes en uno y otro proceso fungieron como partes, por la potísima razón que el tema de la “existencia de uno o varios contratos de trabajo entre ellas durante el periodo comprendido entre septiembre de 1993 y diciembre de 2004” ya había sido objeto de conciliación en el primer proceso, en el que no se aceptó de manera clara y expresa uno o varios contratos de trabajo; sin que la incorporación en este proceso de otras pretensiones o partes para integrar la pasiva, tenga la entidad suficiente para restarle seguridad jurídica y, con ello los efectos de cosa juzgada al dicho acuerdo conciliatorio.

Basta lo hasta aquí analizado para confirmar la sentencia apelada, teniendo en cuenta que el ataque se dirigió a la declaratoria de cosa juzgada que afectó solamente a los aquí demandados que intervinieron en el proceso de conocimiento del Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, manteniéndose, por consiguiente, incólumes las demás determinaciones que no fueron objeto de reproche.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente atendiendo las resultas de la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley


**RESUELVE**

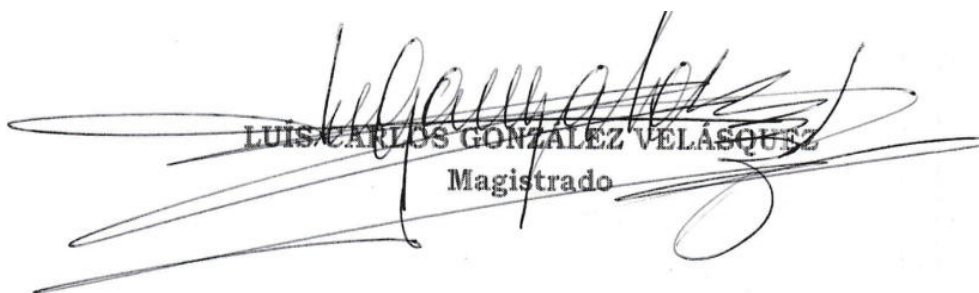
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de febrero 2018 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DEMERLO ZAMORA CUERO** en contra de **MARTA HELENA MIRANDA PATRICY, GLADYS ELVIRA MIRANDA PATRICY, GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA** y **GLORIA ESPITIA DE MIRANDA** en su condición de herederos y la última como cónyuge del causante **ALFONSO MIRANDA CHARRY**, las sociedades **RAULANVAR** y sus socios **GLORIA ESPITIA DE MIRANDA, SOFIA MIRANDA DE VARGAS** y **GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA; BELEN LTDA** y sus socios **GLORIA MARIA ESPITIA DE MIRANDA, GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA, MARTHA HELENA MIRANDA PATRICY;** sociedad **EDVIAURRE LTDA** y sus socios **ROSA IRENE ARANGO** y **ROGER MAURICIO MARQUEZ;** sociedad **RESTREPO SOLER Y ASOCIADOS LTDA** y sus socios **MARIA TERESA PATRICY DE MIRANDA, GLADYS ELVIRA MIRANDA, GLORIA MARIA ESPITIA DE MIRANDA, MARTHA ELENA MIRANDA PATRICY, MARIA ISABEL ESPITIA HERNANDEZ, GLORIA MARIA MIRANDA ESPITIA** y **ROSA MARIA PACHECO LUIS** y contra los herederos determinados e indeterminados de **FRANCISCO MIRANDA PATRICY**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia .

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia al demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.803. Las de primera instancia se confirman.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

  
**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado

  
**MILLER ESCUIVEL GAITAN**  
Magistrado  
20/10/18

  
**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado



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

**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105010201600262-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** Contrato realidad (salarios, prestaciones, indemnizaciones)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2018 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DIANA MARCELA GÓLEZ VEGA en contra de OPTICA COLOMBIANA S.A.

**ANTECEDENTES**

DIANA MARCELA GOMEZ VEGA promovió demanda ordinaria laboral en contra de OPTICA COLOMBIANA S.A, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato realidad vigente entre el 2 de mayo de 2009 y el 1º de julio de 2013, el cual finalizó por causa imputable al empleador, se condene a la demandada al pago de las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicio, las vacaciones y el y el pago de los aportes a seguridad causados en vigencia de la relación laboral, junto con la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, así como la contemplada en los artículos 65 del CST y 99 de la ley 50 de 1990, o en subsidio la indexación, y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que, se vinculó a través de contrato de prestación de servicios con la demandada el 2 de mayo de 2009, desempeñando funciones como óptica de división empresarial, atendiendo a los usuarios del punto POS San Martín, controlando y supervisando los productos de la contratante y cuidando y manteniendo en perfectas condiciones de higiene los equipos dados, ejerciendo su labor en las instalaciones de la Óptica, siendo vinculada con contrato de trabajo a término indefinido a partir del 2 de julio de 2013, manteniendo siempre una jornada laboral de lunes a sábado de 9:00 am a

700pm, devengando como último salario promedio a junio de 2013, la suma de \$3.430.968.33, y a partir de julio su salario se determinó con una comisión del 9% sobre el valor del recaudo de ventas POS San Martín más un 3% sobre el valor del recaudo de la empresa; así mismo comenta que no firmó la aceptación de terminación del contrato pero que en diligencia de conciliación del 23 de septiembre de 2013 surtida ante el Inspector de Trabajo, se dio aprobación a la conciliación de terminación del contrato de prestación de servicios profesionales como optómetra en la suma de \$3.500.000, y que le fueron negadas todas las acreencias laborales causadas hasta julio de 2013, siendo que siempre debió asistir a los cursos y capacitaciones impartidos en los horarios fijados por los jefes (fls 52-64 y 68 a 70)

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificado en legal forma el libelo la demandada dio contestación con escrito de folios 45 a 53 y subsanación de folios 99 a 126, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con la celebración del contrato de trabajo a partir del 2 de julio de 2013, la existencia anterior del contrato de prestación de servicios, la conciliación celebrada entre las partes y las deducciones que le hizo por retención en la fuente. Propuso las excepciones de prescripción, compensación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, buena fe, cosa juzgada material en virtud del acuerdo conciliatoria y la genérica.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 26 de septiembre de 2018, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes vigente entre el 2 de mayo de 2009 y el 22 de junio de 2013, por lo que condenó a la demandada al pago de las cesantías, prima de servicios y vacaciones debidamente indexadas, así como también al pago de aportes a seguridad social, autorizando la deducción de la suma pagada en la conciliación; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y la de inexistencia de la obligación respecto del pago de la indemnización del artículo 65 del CST, así como la de compensación, condenó en costas a la demandada en la suma de \$2.000.000 y absolvió de las demás pretensiones.

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación las partes, a través de sus apoderados interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

**La parte demandante**<sup>1</sup>, en relación con las excepciones de prescripción y compensación, por cuanto con el escrito que presentó para que le pagaran y liquidaran su contrato de trabajo -contrato realidad-, interrumpió el término prescriptivo puesto que allí solicitó liquidar su contrato realidad y no el contrato de prestación de servicios profesionales, sin que debiera hacer una discriminación detallada de cada uno de sus derechos laborales, sobre todo cuando insiste que se trató de un contrato realidad, no pudiéndole imponer ese requisito que desconoce el principio fundamental establecido en el artículo segundo de la Constitución relacionado con que el Estado tiene la obligación de brindarle a sus asociados todas las posibilidades para que desarrollen su personalidad, trabajo y profesión. Y en cuanto a la compensación de \$3.500.000 para ser descontados, de acuerdo al acta de conciliación lo que allí se concilió fueron derechos inciertos e indiscutibles por lo que al haberse declarado que lo que existió fue un contrato de trabajo, esa compensación no puede salir adelante, ya que lo que cubre ese monto

---

<sup>1</sup> “Presento recurso contra la decisión contra que se acaba de adoptar en esta audiencia y fundamento esta apelación que debe versar sobre aquellos numerales de su sentencia en los cuales negó las pretensiones de la demanda aquella decisión en la parte resolutive que acepto la prescripción y compensación no así el numeral primero donde declara el contrato de trabajo, entre mi poderdante y la demandada desde el 2 de mayo de 2009 al 22 de junio de 2013 y el numeral segundo en cuanto que condena a la demandada al pago de cesantías primas vacaciones al pago de la seguridad social referente a los aportes a pensión en tal sentido señora juez descontento con su decisión se basa en lo siguiente en cuanto a la prescripción señora juez me permito manifestar que su decisión no le ha asistido razón habida cuenta que del escrito presentado por mi mandante a la demandada respecto de que le pagaran y liquidaran su contrato de trabajo contrato realidad al que ella hace alusión es apenas lógico que esa prescripción no puede operar por que se interrumpió por este documento arrojado al proceso, este documento dice es que se le debe liquidar su contrato de realidad y no el contrato de prestación de servicios profesionales, esa interrupción señora juez es que aun trabajador que no tiene la concepción jurídica ni los fundamentos jurídicos es imposible encabeza de ellos pedir que sepa que debe hacer una discriminación de cada uno de sus derechos laborales que se vieron violentados de manera flagrante por la demandada, tanto es así que lo que se está pidiendo ni siquiera es la liquidación del contrato de trabajo sino la liquidación del contrato de realidad y efectivamente su señoría aquí se manifestó que lo que existía era un contrato de trabajo en atención a ese principio fundamental del artículo 53 de la constitución que nos informa que no puede estar por encima de la realidad las formalidades, aquí se está poniendo una formalidad en cuanto que se dice que debe discriminarse de manera detallada cada uno de los derechos, si un trabajador desconoce por qué su profesión nunca le dieron aspectos legales, pues no podría imponerse ese requisito que a todas luces desconoce ese principio fundamental que tenemos que todos los asociados en este país y que se establece en la constitución artículo segundo donde se expresa con claridad que el estado está en la obligación de brindarle a sus asociados todas las posibilidades para que desarrollen su personalidad para que puedan desarrollar el trabajo y la profesión a la cual optaron en su momento determinado.

Así las cosas, señora juez, en el tribunal superior de Bogotá sala laboral al cual acudo en este momento presentare de forma más detalle cada uno de los elementos constitutivos de la no aceptación de este apoderado de la decisión suya de que opero la prescripción de casi todos los derechos de mi poderdante, de igual manera señora juez debo manifestar que aceptar ud la compensación de 3.500.000 para ser descontados si bien como lo dice la misma acta de conciliación lo que allí se pudo haber conciliado fueron los derechos inciertos e indiscutibles en tal sentido señora juez como ud declaro que existía un contrato de trabajo esa compensación no puede salir adelante ante el superior jerárquico, esos tres millones y medio eran para compensar lo que ud en su decisión no le dio a mi poderdante esto es las indemnizaciones que no se le dieron en su momento indemnización del artículo 99 de la ley 50 del 90 que nos habla de que cuando el empleador no consigna las cesantías con plazo máximo del 14 de febrero del año siguiente de haberse causado dichas cesantías debe ser condenado a pagar un día salario por cada día de mora en esa consignación, de igual manera la indemnización de que habla el artículo 65 también nosotros nos causa sorpresa señora juez habida cuenta que ud declara que existe contrato de trabajo en ese periodo del 2 de mayo de 2009 a 22 de junio de 2013, que ordena pagar una serie de derechos laborales como aportes en pensión, cesantías, y vacaciones de igual manera prima del año 2013.

Entonces señora juez considero que su decisión frente a no darle a mi poderdante esa indemnización de que habla el artículo 65, pues es contraria a derecho pues aquí se vio totalmente y de las pruebas allegadas al plenario que por parte de la empleadora existió mala fe y por qué existió mala fe, porque después de cuatro años de tener a mi poderdante bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios de la noche a la mañana consideran que deben contratarla por un contrato a término indefinido, eso quiere decir que siempre supieron que existía era un contrato de trabajo y que lo que hubieron en el transcurso de esos años fue un disfraz que pusieron de contrato de prestación de servicios, es cierto que la señora demandante tiene una profesión aparentemente liberal como es la de optómetra, pero también es cierto que le asisten los iguales derechos y las mínimas garantías deben ser respetadas tanto por el empleador como por el estado en cabeza de su señoría y así se lo estamos pidiendo al tribunal superior de Bogotá que condene a la empleadora al pago de esta indemnización moratoria por cuanto no pago las cesantías, si bien es cierto según su manifestación señora juez, de que existe prescripción frente a algunas de estos valores de estos años, también es cierto de que existía, si las debían las cesantías, si debían los aportes a la seguridad social, si debían todas las primas, no le pagaron las vacaciones, desde el 2009, y la empresa tenía perfectamente claro que lo que existió siempre fue un contrato de trabajo.

Con estos argumentos señora juez los cuales ampliare ante el tribunal, presento el recurso de apelación.”

corresponde a las indemnizaciones que no se le dieron en su momento como la del artículo 65 del CST y la del 99 de la ley 50 de 1990, habida cuenta que existió contrato de trabajo en el período del 2 de mayo de 2009 al 22 de junio de 2013, que ordena pagar una serie de derechos laborales como aportes en pensión, cesantías, vacaciones y prima del año 2013. Últimamente, la falta de condena de la indemnización del artículo 65 del CST es contraria a derecho, pues la empleadora obró de mala fe porque después de cuatro años de un vínculo a través de contrato de prestación de servicios la contrató a término indefinido, queriendo decir eso que siempre supieron que existía un contrato de trabajo, por lo que pide que se condene al pago de esta indemnización moratoria por cuanto no pagó las cesantías, primas, vacaciones y demás.

**La parte demandada<sup>2</sup>:** con la finalidad que se revoque la totalidad de lo resuelto en la sentencia, pues si bien existe la presunción contenida en el artículo 24 del CST, no es menos cierto que como ha sido precisado por la corte constitucional dentro del análisis de exequibilidad de la ley del 80 de 1993 referente a la contratación por prestación de servicios, en la figura del contrato de prestación de servicio es el elemento de subordinación el que permite la diferenciación entre esa modalidad de vinculación y la de índole laboral, la cual encontró probada con la documental allegada referente a los correos electrónicos que la demandante aportó como si se le hubieran dirigido de manera personal, pasando por alto el despacho que tales correos corresponden a la cuenta corporativa del punto de ventas San Martín no a un correo electrónico corporativo ni personal de la señora Diana Marcela y, únicamente por los años 2012 y 2013, sin existir evidencia de los años 2009 a 2011 que permitiera llegar a la conclusión de las condiciones en

---

<sup>2</sup> “Con la finalidad que se revoque la totalidad de lo resuelto en la presente sentencia, lo anterior en consideración a que se bien existe dentro nuestro ordenamiento la presunción contenida en el artículo 24 del CST, no es menos cierto que como ha sido precisado por la corte constitucional dentro del análisis de exequibilidad de la ley del 80 de 1993 referente a la contratación por prestación de servicios, la figura del contrato de prestación de servicio es el elemento de subordinación aquel que permite la diferenciación entre esa modalidad de vinculación y la de índole laboral como la que su despacho ha decretado entre mi representada y la señora Diana Marcela. Tal subordinación fue extraída de la documental allegada al proceso referente a los correos electrónicos que la demandante aportó como si se le hubieran dirigido de manera personal pasando por alto el despacho que como se habían indicado en los alegatos tal correo electrónico corresponde a la cuenta corporativa del punto de ventas San Martín no a un correo electrónico corporativo ni personal de la señora Diana Marcela. Estos correos electrónicos corresponden únicamente a los años 2012 y 2013, no existe ninguna evidencia de los años 2009 a 2011, que siquiera sumariamente permitiera llegar a la conclusión de las condiciones en las que ejecuto la labor y por ende mal podría entenderse que existió subordinación en tal periodo en gracia de discusión tuviera por cierto que entre el 2 de mayo de 2009 y el 26 de junio de 2013, existió el pretendido contrato de trabajo no debe desconocerse que no aparece dentro del proceso, prueba que fue fehacientemente de cuenta de la continuada y permanente subordinación de la señora Diana Marcela, así mismo de manera tal vez ligera el despacho desconoció el objeto social de la demandada el cual se encuentra enmarcado estrictamente en la normatividad proferida por el ministerio de salud y en su momento en el ministerio de la protección social referente a la actividad de corrección de la vista lo cual implica que de ninguna manera cualquier persona puede llevar a cabo valoraciones de tipo optométrico y en consecuencia no era dable ni a la señora Diana Marcela ni a ningún contratista ni ningún trabajador de la sociedad Óptica Colombiana ni tampoco a ninguna compañía que pertenezca a la misma rama de negocios permitir que terceros los reemplacen en la prestación de sus servicios menos aun sin no se ha corroborado de que se trata de profesionales debidamente acreditados en una institución de educación superior en el área de la optometría que cuenten con la respectiva tarjeta profesional expedida por la autoridad competente, ello habría implicado que mi representada se habría visto expuesta no solo a funciones de tipo económico y administrativo sino incluso al cierre de sus establecimientos si se hubiera pretendido autorizar a la señora Diana Marcela a acudir a terceros que la reemplazaran en sus ausencias, de igual manera debe ponerse de presente que la obligatoriedad de asistencias de capacitación hizo parte de lo convenido desde el inicio de la relación contractual puesto que la señora Diana Marcela estaba en la obligación de desempeñarse con diligencia en sus labores ello implicaba que debía conocer a cabalidad no solo los productos comercializados por mi representada sino también los protocolos de legalización y formalización de las historias clínicas de los pacientes atendidos por ella atendiendo nuevamente a la normatividad fijada por el ministerio de salud. Finalmente solicito a la honorable sala laboral del tribunal superior de Bogotá, que con base en la inexistencia de los medios de pruebas que acrediten la subordinación entre la señora Diana Marcela y mi representada se revoque la decisión aquí adoptada absolviendo a mi representada de las pretensiones.”

las que ejecutó la labor y por ende mal podría entenderse que existió subordinación continuada y permanente en tal período. Además, atendiendo su objeto social consistente en la actividad de corrección de lo visual, es claro que las valoraciones de tipo optométrico no pueden ser ejercidas por terceros que la reemplazaran en la prestación de sus servicios, siendo que la obligatoriedad de asistencias de capacitación hizo parte de lo convenido desde el inicio de la relación contractual, conociendo los productos comercializados por esa óptica y los protocolos de legalización y formalización de las historias clínicas de los pacientes atendidos por ella, en acatamiento de la normatividad fijada por el Ministerio de Salud. De ahí que ante la inexistencia de pruebas de subordinación deba ser absuelta.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, ninguna de las partes se pronunció en el término concedido.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta previa las siguientes

#### **CONSIDERACIONES**

El litigio gira en torno a establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo o si se trató de un contrato de prestación de servicios y, en caso de salir avante la declaratoria del contrato realidad, si hay lugar a declarar probadas las excepciones de prescripción, compensación y en consecuencia determinar la prosperidad de las totalidad de las pretensiones incoadas y en particular de la indemnización moratoria, en estricto acatamiento de lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y de la SS.

#### **DEL CONTRATO REALIDAD - PRESUNCIÓN**

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de

trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.»* (CSJ SL362-2018, Radicación N.º 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

De tal suerte, dado que en el cartulario se encuentra debidamente probado el servicio personal que prestó la señora DIANA MARCELA GOMEZ VEGA en favor de la demandada durante el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2009 y el 22 de junio de 2013, pues del mismo da cuenta, además de la forma asertiva como en parte se contestó la demanda, el contrato de prestación de servicios (fls 6-11), la solicitud de terminación del mismo, su aceptación y liquidación (fl 140-143), la respuesta brindada por la demandada al derecho de petición elevado por la actora en la que admite la existencia de dicho contrato y que se mantuvo hasta el 22 de junio de 2013 (fl 17) y el acta de conciliación de fecha 23 de septiembre de 2013 (fl 12-13, 144-145), al encontrarse dirigido el debate a establecer si tales servicios obedecieron a un verdadero contrato de trabajo o a un contrato de prestación de servicios, el tema de la subordinación es el que resulta de vital importancia para efectos de decidir la apelación.

#### **DEL ELEMENTO DE LA SUBORDINACIÓN – VALORACION DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS Y DE LAS CAPACITACIONES**

Como quiera que la parte demandada insiste en que debe ser absuelta ante la inexistencia de pruebas de subordinación, para lo cual aduce que ninguno de los correos electrónicos aportados por la demandante corresponde a los años 2009, 2010 y 2011, sino que todos ellos son posteriores a 2012, perteneciendo a la cuenta corporativa del punto de ventas, sea lo primero indicar que por virtud de la presunción contemplada en el artículo 24 del CST, estudiada en precedencia, la carga probatoria sobre el elemento de la subordinación corresponde a la parte demandada ante la certeza de la prestación de los servicios personales de la demandante durante todo el tiempo de vigencia del contrato de prestación de servicios entre ellas celebrado.



De forma reiterativa la jurisprudencia ha destacado que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil o comercial.

Al punto, se pronunció la Corte en sentencia CSJ SL, 5 ago. 2009, rad. 36549:

*“Pues bien, como primera medida, es del caso recordar, que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, dado que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S. del T. modificado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990, que consagró que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.*

***De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar, la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es el empleador quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.***

*Sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.”(Negrilla fuera de texto).*

Con todo, en virtud de las reglas de la sana crítica respecto a la apreciación de las pruebas establecido en el artículo 176 del CGP aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S., se entrará a realizar el estudio correspondiente al material probatorio existente en el proceso.

Así, al remitirse este colegiado al análisis en su conjunto de la prueba tanto documental como declarativa recaudada en el curso del proceso, si bien debe indicar que le asiste razón a la parte demandada cuando sostiene que ninguno de los correos electrónicos que militan a folios 16 a 51 entre los que la destinataria sí

fue la demandante al ser la encargada del punto de ventas San Martín, son anteriores al mes de marzo de 2012, también es cierto que tal situación de ninguna manera afecta la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo durante ese periodo (mayo de 2009 a febrero de 2012), pues aunque no fue demostrativa de la subordinación, tampoco la desvirtuó en los precisos términos del artículo 24 del CST, toda vez que acreditada por parte de la demandante la prestación de los servicios personales, a quien correspondía la carga probatoria de que los mismos no fueron subordinados era a la demandada, lo que no hizo, al punto de que muy por el contrario, este elemento quedó plenamente probado con la prueba declarativa.

En efecto, la señora Yolima Velásquez Moreno, en su calidad de gerente financiera de Óptica Colombiana S.A. y representante legal, confesó que según el contrato de servicios celebrado con la actora, la misma desempeñó funciones de optómetra en los consultorios de esa sociedad, devengaba, de acuerdo con su contrato de prestación de servicios entre el 2 de julio de 2009 y el 2 de julio de 2013, comisiones sobre los servicios como optómetra, constituía su agenda con sus pacientes, en un horario habitual de 10:00 am a 7:00 pm, o normalmente de 9, 10 am a 7, 8 pm; debía asistir obligatoriamente a las capacitaciones con el fin de prestar al paciente un servicio óptimo y no le fueron canceladas las acreencias propias del contrato de trabajo y en ese lapso porque se trató de un contrato de prestación de servicios,

Entre tanto, la testigo **KATHERYN ANDREA CASTILLA ALDANA**, también optómetra, relató que fue empleada de óptica Colombia S.A entre agosto de 2007 y 2013, aunque no laboraba en el mismo punto con la demandante, sabe que debía cumplir el horario establecido por la óptica que podía ser de 9:00 am a 7:00pm y en algunos centros comerciales de 10:00 am a 7:00pm, el cual era controlado a través de llamadas efectuadas por personas de recursos humanos, la Dra. Elzi Ortiz, Angela Gómez como asistente de gerencia, lo cual le consta porque era algo que les pasaba a todos y lo comentaban en las reuniones frecuentes, las capacitaciones y las charlas que eran frecuentes; además, los elementos con los que laboraba la señora Diana Marcela Gómez Vega eran suministrados por la Óptica Colombiana S.A y lo único propio era el estuche de diagnóstico y ante cualquier ausencia debía avisar con tiempo, enterándose por lo que ella misma le comentó que una vez le llamaron la atención porque no estaba en el punto cuando la contactaron requiriéndola a la oficina para que diera cuentas de eso.

En el anterior contexto probatorio, es dable concluir que el objeto social de la pasiva ninguna incidencia representa de cara a la subordinación ya que no justifica su desconocimiento sobre un contrato laboral ni menos sobre uno civil, aún ni siquiera en el evento de que las partes acordaran que el que presta los servicios tuviera la obligación de asistir a las capacitaciones que el contratante tenga a bien brindarle durante el vínculo; por lo que procede la confirmación de la sentencia en cuanto a este puntual reparo.

## **DE LAS EXCEPCIONES DE PRESCRIPCIÓN Y COMPENSACIÓN**

En vista que la parte actora reprocha la declaratoria que respecto a estos dos medios exceptivos realizó la A quo, basta indicar que tratándose de la excepción de prescripción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTYSS la exigibilidad de la obligación es el parámetro para comenzar a contar el término cuyo trascurso, sin el accionar del acreedor, conduce a la extinción del derecho.

Y es que si el trabajador no ejerce su derecho a reclamar el reconocimiento y pago de un “determinado” beneficio laboral dentro de los tres años siguientes al momento en que se causó para el empleador la obligación de pagarlo, dicho trabajador pierde el derecho a exigir judicialmente el pago del mismo. O sea que la prescripción constituye una sanción para el trabajador por no haber ejercido su derecho dentro de ese plazo.

Ahora bien, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, encargado de regular esta figura, establece que: *“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”* De otro lado, el artículo 489 de la misma normatividad al referirse a la prescripción de las acciones laborales, establece la interrupción de esta, así: *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.”*

Como se anotó, la prescripción opera a los tres años contados a partir de la fecha en que surge la exigibilidad del derecho por parte el trabajador, pudiéndose interrumpir por un lapso igual, con el reclamo escrito que sobre un derecho determinado presente a su empleador.

En cuanto a las características que debe contener dicho reclamo es la propia ley la que expresamente fija que los derechos pretendidos deben ser siquiera enunciados o determinados, lo que de suyo excluye la posibilidad de que sea el Juez en una amplia interpretación del escrito establezca la verdadera voluntad y alcance de lo anhelado por el trabajador, so pretexto de la ausencia de conocimiento de éste sobre las acreencias laborales que puede solicitar cuando está en discusión la existencia de un verdadero contrato de trabajo como aquí acontece, pues ello no se avala ni siquiera dentro de los procesos en los que no se controvierte el contrato de trabajo.

Por tanto, todo reclamo que se haga en forma abstracta, genérica, indefinida o indeterminada, como solicitar el pago de los derechos laborales o reconocimiento de prestaciones sociales o la satisfacción de las indemnizaciones legales o convencionales o el otorgamiento de los descansos obligatorios carece de eficacia para interrumpir la prescripción, al no permitir conocer, de manera concreta y determinada, el derecho pretendido, debiendo siempre individualizarse y precisarse el derecho reclamado, por ejemplo, solicitar el pago de cesantía, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, pensión de jubilación, pensión de vejez, etc.

No se trata de exigir solemnidad alguna que la norma no prevé frente a la redacción del escrito, sino que, precisamente en acatamiento de la misma, que éste debe contener el señalamiento concreto del derecho, concepto o beneficio recabado para lo cual no se requiere de conocimientos jurídicos pues el trabajador si debe conocer por lo menos cuáles son los que quiere que le sean concedidos aunque puede suceder que no le asista el derecho. En tal sentido puede consultarse, si se quiere, la sentencia con radicado 32.547 del del 24 de junio de 2009, M.P Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.

En el caso de autos, se duele la parte actora de que el escrito elevado el 9 de enero de 2015 (fls 14-15), no hubiera sido considerado como reclamación idónea a fin de interrumpir la prescripción, sin embargo, luego de su lectura detenida, observa la Sala que lo que allí se pidió, consistió en: *“liquidación del contrato realidad”* y que se reconozca que *“la suma recibida en la conciliación fue un abono o pago parcial con respecto a sus derechos”*, pretendiendo por consiguiente que *“se haga la liquidación conforme a derecho (desde el 2 de mayo hasta el 9 de diciembre de 2014) descontando los valores pagados”*; con lo que es dable afirmar que allí no se precisó o determinó ni un sólo derecho o prestación, lo que va en contravía de lo dispuesto en la ley; no encontrando yerro entonces este Colegiado en la decisión adoptada por la Juez cuando tomó en cuenta como escrito para interrumpir la prescripción el de la demanda, presentada el 16 de mayo de 2016, según acta de reparto de folio 65, no habiendo, por tanto, lugar a su modificación; máxime cuando se ocupó de estudiar la prescripción respecto de todas y cada una de las acreencias laborales discriminadas en las pretensiones, incluidas las atinentes a las indemnizaciones, lo que de suyo impide recabar sobre la buena o mala fe de la demandada.

Últimamente, en lo que interesa a la excepción de compensación, en ningún dislate incurrió la falladora de primera instancia cuando ordenó imputar a las condenas impuestas la suma de \$ 3.500.000 que la demandante, con ocasión de la diligencia de conciliación había recibido, pues precisamente esa es la esencia de dicha excepción, en la medida que no puede alegar la demandante en su favor que la destinación de la misma era la de pagar cualquier suma derivada del contrato de prestación de servicios y al mismo tiempo desconocerlo, lo cual

resulta una contradicción, sobre todo cuando se efectuó con el ánimo de reconocer sus servicios personales

### **DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 65 DEL CST**

Como es sabido, esta indemnización no opera de manera automática por el simple hecho de declararse la existencia de un verdadero contrato de trabajo, encontrándose sujeta a la buena o mala fe con la que actuó el empleador omisivo.

En cuanto a la buena o mala fe del empleador ha de reiterarse lo precisado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, como en sentencia 46574 de fecha 19 de octubre de 2016 con ponencia del Doctor Gerardo Botero Zuluaga, cuando en lo relacionado con este tema enseñó:

*“Conviene recordar que para definir la procedencia de la indemnización moratoria, debe estudiarse en cada asunto en particular la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias, que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al vencimiento de que nada adeudaba; o que por el contrario, su proceder se encuentra revestido de la mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra. De ahí que se sostenga que la aplicación de esta sanción no es automática ni inexorable.*

*Del mismo modo, debe memorarse que la «buena fe» equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 ag. 2016, rad. 45175); e igualmente que «la absolución de esta clase de sanción cuando se discute la existencia del vínculo contractual laboral, no depende de la negación del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los mismos contratos, ni la condena de esta súplica pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia; habida consideración que en ambos casos se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que hable de las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del contrato, a fin de poder determinar si la postura de éste resulta o no fundada» (Sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39.186, reiterada en la SL11436-2016, 29 jun. 2016, rad. 45536).”*

Por lo expresado, no hay lugar a revocar la absolución impartida en primera instancia a la demandada de cara a esta indemnización, si se tiene en cuenta que la misma actuó con la firme convicción que el vinculo que la ató con la actora hasta el mes de junio de 2013, se trató de un contrato de prestación de servicios, aunque por via judicial se decidiera lo contrario, al punto de que cuando decidió contratarla con posterioridad a través de un contrato de trabajo escrito, no sólo modificó algunas de sus condiciones laborales sino que le asignó otras, como quedó demostrado en el curso de la actuación, y en todo caso tuvo la voluntad de conciliar por las obligaciones surgidas en dicha relación contractual, acreditando así la buena fe en su actuar que de plano imposibilita la condena solicitada.

Conforme lo expuesto se confirmará en todas sus partes la sentencia objeto de apelación.

Sin costas en la instancia. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida el 26 de septiembre de 2018 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DIANA MARCELA GÓLEZ VEGA en contra de OPTICA COLOMBIANA S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

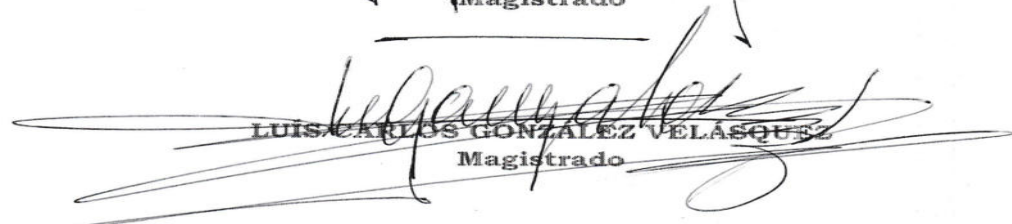
**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia las de primera se confirman.

Notifíquese y cúmplase.

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



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

**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**

Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105000268-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** Contrato realidad (salarios, prestaciones, indemnizaciones)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2018 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ESTHER TRUJILLO DE SERRANO en contra de MARÍA DE JESUS PACHECO DE MEDINA Y JHON FREDDY MEDINA PACHECO como propietario del establecimiento de comercio LECHONERIA DONDE DOÑA AÑA, a efecto de lo cual la Sala les concede el uso de la palabra para que se identifiquen manifiesten la condición en que actúan y procedan a realizar sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

ESTHER TRUJILLO DE SERRANO promovió demanda ordinaria laboral en contra de MARÍA DE JESUS PACHECO DE MEDINA como persona natural y JHON FREDDY MEDINA PACHECO como propietario del establecimiento de comercio LECHONERIA DONDE DOÑA AÑA, para que previa declaratoria de la existencia de varios contratos de trabajo a término indefinido vigentes entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2006, el 1° de marzo y el 31 de diciembre de 2009, el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2013, el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2014 y el 1° de enero y el 30 de agosto de 2015, sean condenados al pago de la indemnización por despido sin justa causa respecto de todos y cada uno de los contratos, así como los aportes a pensión, cesantías, intereses a la cesantías y las indemnizaciones a que haya lugar por el no pago y consignación de las cesantías y sus intereses, la de perjuicios por la no entrega de dotación, la moratoria del artículo 65 del CST, la indexación, las costas y lo que resulte ultra y extra petita

Como fundamento de sus pretensiones indicó que celebró con los demandados sendos contratos de trabajo a término indefinido vigentes entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2006, el 1° de marzo y el 31 de diciembre de 2009, el 1° de

enero y el 31 de diciembre de 2013, el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2014 y el 1° de enero y el 30 de agosto de 2015, en virtud de los cuales desempeñó labores como cocinera y oficios varios en un horario de 6am a 6pm, recibiendo como salario la suma de \$560.000 sin incremento anual y sin serle cancelada suma alguna por concepto de indemnización por renuncia con justa causa imputable al empleador, aportes a salud, pensión y ARL, caja de compensación, cesantías ni intereses a las cesantías, ni se le entregó dotación (fls 2 -12)

#### **Contestación de la demanda**

Notificado en legal forma el libelo los demandados dieron contestación con escrito de folios 45 a 53 y subsanación de folios 67 a 79, en donde se opusieron a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negaron los hechos y propusieron las excepciones de: inexistencia de vínculo laboral entre la señora Esther Trujillo de Serrano y el Establecimiento de Comercio denominado Lechonería Doña Ana, de propiedad de los señores JHON FREDDY MEDINA PACHECO y MARIA DE JESUS PACHECO DE MEDINA; inexistencia de despido sin justa causa, prescripción y la genérica.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 6 de septiembre de 2018, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la actora.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, no hubo pronunciamiento de las partes dentro del término concedido.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta previa las siguientes

#### **CONSIDERACIONES**

El litigio gira en torno a establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por varios contratos de trabajo en virtud de los cuales la demandante prestó sus servicios personales en el establecimiento de comercio LECHONERIA DONDE DOÑA AÑA de propiedad del señor JHON FREDDY MEDINA PACHECO y MARIA DE JESUS PACHECO DE MEDINA; en consecuencia le asiste derecho en el reclamo de sus acreencias laborales.

#### **DE LA EXISTENCIA DE CONTRATOS DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO**

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la*



*segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».”* (CSJ SL362-2018, Radicación N.° 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

De tal suerte, dado que en el cartulario no se encuentra debidamente probado el servicio personal que prestó la señora ESTHER TRUJILLO DE SERRANO en favor del señor JHON FREDDY MEDINA PACHECO en el establecimiento de comercio de propiedad de éste de nombre “LECHONERIA DONDE DOÑA AÑA”, sino que el mismo se prestó de manera exclusiva para la señora MARIA DE JESUS PACHECO DE MEDINA en actividades propias del hogar que realizaba en el apartamento de ésta, tales como cocinar y realizar la limpieza, es por lo que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda en los términos solicitados, sobre todo cuando frente a ésta última tampoco quedó debidamente acreditada la fecha de ingreso y terminación de cada uno de los contratos y que los mismos fueran en beneficio del negocio de su hijo.

En efecto, al remitirse este colegiado al análisis en su conjunto de la prueba tanto documental como declarativa recaudada en el curso del proceso, la que en lo que interesa a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que la demandante desarrolló su labor, se contrajo, de una parte, a los documentos que demuestran que el propietario del establecimiento de comercio es el señor JHON FREDDY MEDINA PACHECO, inmueble donde funciona el mismo que le fue arrendado por su señora madre desde el año 2013 (fls 13 y 57 a 59), así como un comprobante de pago por consignación de prestaciones sociales efectuado en el Banco Agrario

por la señora PACHECO DE MEDINA MARIA DE JESUS en favor de la promotora de esta actuación (fl 60); y de otra, a los interrogatorios de parte absueltos por los demandados como a los testimonios rendidos por ISABEL CRISTINA ARIAS ROBAYO y DIONY SERRANO TRUJILLO, es necesario afirmar que de ninguna manera tales medios probatorios brindan certeza de que en su actividad de oficios varios estuviera bajo la continuada subordinación del propietario del establecimiento de comercio destinado a la elaboración y/o producción de lechonas, ni aún por orden de la señora MARIA DE JESUS PACHECO DE MEDINA como lo sostiene en los hechos de su demanda, pues tal situación no se desprende de la referida documental, ni de los interrogatorios de parte rendidos por los demandados, toda vez que lo por ellos aceptado consistió expresamente en que la señora ESTHER le prestó sus servicios personales y subordinados exclusivamente a la señora MARIA DE JESUS haciendo aseo en el apartamento de ésta, ubicado en la segunda planta donde se encuentra el establecimiento de comercio de su hijo JHON FREDDY, laborando por días en el horario de 7 u 8 am hasta las 2pm, por el que ella le cancelaba la suma de \$580.000, no habiendo suscrito formalmente un contrato, precisando en todo caso que la señora MARIA DE JESUS no es propietaria de la Lechonería, que le canceló en junio la prima y en diciembre todo lo debido hasta entonces, sin pagar ARL ni pensión, y que la consignación que efectuó el señor JHON FREDDY en el banco agrario no fue por cuenta de un servicio prestado a él sino por los servicios prestados a su mamá.

Es más, la cuñada de la demandante, señora **ISABEL CRISTINA ARIAS ROBAYO**, luego de relatar en su testimonio que es la compañera del hermano de aquella y por tal razón la conoce hace aproximadamente 20 años, indicó que la misma era empleada de la señora PACHECO DE MEDINA, desconociendo desde qué año, aunque precisó que sí supo que estuvo en los años 2011 y 2015, porque dado que su compañero estaba enfermo iba frecuentemente a la lechonería (una o dos veces por mes), la preguntaba y ella bajaba del segundo piso donde laboraba en oficios varios cocinando y haciendo aseo, no trabajo en otro lugar, además que ella le comentaba que su horario era de 7am a 6pm de lunes a viernes, que ganaba \$500.00 al mes, que no pertenecía a ningún fondo de pensiones ni caja de compensación y que no le pagaron sus prestaciones por lo cual la acompañó al Ministerio de Trabajo a presentar la queja y luego le consignaron con depósito judicial, lo que deja en evidencia que laboraba en el domicilio de la demandada, siendo las demás circunstancias por ella descritas de conocimiento de oídas y no de forma directa, esto es, por lo que le comentaba la propia demandante. Y en relación con la declaración de la señora **DIONY SERRANO TRUJILLO**, otro tanto acontece ya que al ser la hija de la señora ESTHER supo de algunas situaciones por lo que aquella le informaba, es así como manifestó que trabajo con los demandados esporádicamente, que en diciembre de 2014 le colaboró a la señora MARIA PACHECO con el reparto de lechona, que su señora madre trabajaba con la señora MARIA en oficios varios, lo cual sabe porque iba semanalmente, que trabajaba de lunes a sábado de 6 o 7am a 6pm ya que a veces la acompañaba, que su labor era en el apartamento pero ocasionalmente bajaba a colaborar en la lechonería lo cual hizo en los años 2006 y 2009 a 2015, que le contó que no le subieron el sueldo de \$530.000 y por eso no volvió, no estuvo afiliada a salud que

lo cual se enteró porque en el 2013 vio afectada su salud, y que no fue afiliada a pensión ni caja de compensación, no le cancelaron cesantías, intereses ni le dieron dotación y que fue tan solo pasados 8 meses que le pagaron la liquidación.

Material probatorio del que fácil es colegir que la actora no satisfizo el presupuesto mínimo e indispensable de prestación de servicios a los demandados en los términos por ella indicados, para que operara en su favor la presunción contemplada en el artículo 24 del CST y se trasladara a éstos la carga probatoria respecto a las condiciones en que el contrato laboral se ejecutó, en tanto las solas manifestaciones que en tal sentido efectuó se muestran insuficientes para los anotados propósitos, al soportar la carga de la prueba de que trata el artículo 167 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por autorización de los artículos 40, 48 y 145 del CPTSS. Carga probatoria de la que se ha ocupado la doctrina asentada de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al precisar que no debe creerse que todo aquel que 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 configure una relación de trabajo, como lo serían la fecha de ingreso y retiro, salario, cargo, jornada etc, y así lo ha determinado el Tribunal de cierre en decisión No. 36549 de agosto 5 de 2009 MP Luis Javier López Osorio, cuando señaló:

*“Esta presunción no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias. Le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementarios si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros...”*

Por lo anterior deberá confirmarse la decisión absolutoria impartida en primera instancia,

Sin costas en esta instancia, las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley


#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida el 6 de septiembre de 2018 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia las de primera se confirman.

Notifíquese y Cúmplase

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CAYÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



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

**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**

Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105023201600341-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Terminación de Contrato – Indemnización por despido sin justa causa

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 31 de julio de 2018 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ADRIANA ELIZABETH CAICEDO NIÑO en contra del CENTRO INTERNACIONAL CLUB COLOMBIA -PH EDIFICIO BAVARIA.

**ANTECEDENTES**

ADRIANA ELIZABETH CAICEDO NIÑO promovió demanda ordinaria laboral en contra del CENTRO INTERNACIONAL CLUB COLOMBIA -PH EDIFICIO BAVARIA, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato a término indefinido vigente entre el 1º de enero y el 21 de julio de 2013, el cual finalizó por renuncia motivada por causas imputables al empleador, que es madre cabeza de familia por lo que tiene derecho a la estabilidad reforzada, y que por lo tanto es ineficaz el acto del despido indirecto, sobre todo cuando estaba aun convaleciente del accidente sufrido el día 2 de abril de 2013; se ordene su reintegro junto con el pagos de los salarios, auxilio de transporte, prima de servicios, vacaciones, cesantías, e intereses a las cesantías desde la fecha de terminación y hasta la presentación de la demanda; y de manera subsidiaria, al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, al no contar con autorización del Ministerio de trabajo, la indemnización por renuncia justificada, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, la indemnización por daños y perjuicios morales causados con motivo del despido, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que prestó sus servicios como recepcionista para la demandada en virtud del contrato de trabajo suscrito el 1º de enero de 2013, devengando como último salario más auxilio de transporte la suma de \$885.000, en un horario de 7am a 6pm, siempre de manera personal cumpliendo las ordenes emitidas por la Ingeniera CRISTINA ISABEL UNDA RAMIREZ en su calidad de Administradora General, el 18 de julio de 2013 presentó renuncia la cual le fue aceptada el 21 del mismo mes y año; pero con anterioridad, el 2 de abril de 2013

sufrió un accidente de tránsito con fractura de su pie izquierdo otorgándosele una incapacidad de 90 días y terapias físicas durante 60 días, al reintegrarse a sus labores el 8 de julio de 2013 se le amplió su horario laboral hasta las 7pm, a pesar de su condición de salud y ser madre cabeza de familia, debiendo laborar de pie con un descanso de 15 minutos y media hora de almuerzo, no le fue cancelada la indemnización por despido, ni compareció la demandada a la diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo. (fls 3-27).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma la demandada dio contestación oportunamente con escrito de folios 87-98 en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con los extremos temporales, el cargo, el salario y el accidente por ella sufrido. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, caducidad de la acción, carencia de justa causa y título para pedir, genérica, prescripción y buena fe.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 31 de julio de 2018, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante (fls 176-178)

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación<sup>1</sup> para que se revoque, precisando respecto al acoso

---

<sup>1</sup> “Su señoría, interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de esta ciudad. Respecto al acoso laboral que el juez natural da como no probado, existe dentro del plenario un informe que la demandante envió al MINISTERIO DE TRABAJO dentro del tiempo que exige la ley, comunicando la situación que se está presentando dentro de la relación laboral con la demandada. La demandada alega como excepción previa, la inexistencia de estos actos para lo cual indica que para que estos puedan considerarse como acoso laboral deben tratarse de conductas persistentes y demostrables y que por lo tanto su frecuencia deberá ser por lo menos una vez por semana durante un tiempo prolongado al menos durante 6 meses y que debido a esta frecuencia y duración se ocasione un considerable sufrimiento psíquico, psicosomático y social al trabajador; alega además la memorialista que las incidencias del cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades a un trabajador, así como cualquier petición no tiene alcance de constituir actos de acoso laboral, pues así lo establece el artículo OCTAVO de la ley 1010 del año 2006. Al respecto quiero manifestar que la citada ley 1010 del 2006, en ninguno de sus artículos menciona que para que se configure al acoso laboral, la conducta debe despegarse mínimo una vez por semana y durante seis meses, mucho menos que esta conducta deba ocasionar en el trabajador trastornos psíquicos, psicosomáticos o sociales, pues mal haría la ley en permitir que mientras tanto se perjudique la salud del trabajador, esta tenga que soportar el acoso implacable de su empleador para demostrar que su conducta es contraria a la ley. Para este citar la parte final del artículo séptimo de la mencionada ley cuyo literal es el siguiente: "Excepcionalmente un solo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales" Argumenta igualmente la demandada que las exigencias que se le hicieron a la demandante durante la vigencia del contrato de trabajo obedecieron a órdenes para el cumplimiento de sus funciones del horario de trabajo, de seguir los procedimientos y protocolos establecidos para el registro de los visitantes, las cuales fueron hechas de manera respetuosa por lo cual no se le puede reprochar su proceder, pero olvida que la actora en su informe ante el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL expuso que los delitos de la ingeniera CRISTINA ISABEL UNDA RAMÍREZ, eran permanentes y delante de los visitantes, además se presentaron continuamente hechos que constituyeron acoso laboral tales como encontrar su puesto de trabajo desordenado, los documentos de algunos visitantes del edificio cambiados, las fichas de entrada al edificio revueltas, pérdida de documentos, de llaves, cambios de horario de trabajo, falta de relevos a tiempo para que pudiera ir al baño tal como sucedió el día 12 de julio del mencionado año y presión psicológica para que renunciara, conductas estas se encuentran mencionadas en el artículo séptimo de la ley 1010 de 2006 como acoso laboral. Ahora bien, señala la actora en el mencionado escrito también que permanentemente era recriminada por la señora CRISTINA UNDA mediante gritos frente a sus compañeros de trabajo y visitantes del edificio, lanzándole frases como: "porque no voy a seguir perdiendo plata con usted, porque estoy desfasada en la nómina", "bueno, muévase, pilas con el registro de los portátiles", "su trabajo a mí no me sirve", "que feas son las comparaciones pero Carolina realiza mejor el trabajo que usted", "usted a mí no me sirve", "¿quién es su jefe?, dígame, ¿quién es su jefe?", "usted es una mentirosa, una enredadora", "tan pronto termine su incapacidad preséntese a la empresa y entregue el puesto y vaya recogiendo sus cosas" Sumado a lo anterior, esta cambió el horario de trabajo, obligándola a laborar de pie durante 11 horas diarias, desconociendo su estado de debilidad manifiesta, pues era conocedora de su incapacidad por el accidente sufrido en su pie izquierdo. No enviarle a tiempo

laboral, que pese a que el juez natural lo dio como no probado, existe dentro del plenario un informe que la demandante envió al Ministerio de Trabajo dentro del tiempo que exige la ley, comunicando la situación que se estaba presentando dentro de la relación laboral con la demandada, siendo que la ley 1010 del 2006, en ninguno de sus artículos menciona que para que se configure al acoso laboral la conducta debe

relevos para que pudiera cumplir con la eliminación de sus desechos corporales y abusar de su poder dominante intimidándola permanentemente con despedirla, causándole incertidumbre, angustia y depresión por su condición de madre cabeza de familia y la responsabilidad frente a su hijo y su sobrina en custodia, tal como lo relata ese tal informe ante el Ministerio del Trabajo. La inexistencia de la condición de madre cabeza de familia y del fuero por este aspecto. Afirma la accionada que por el solo hecho de manifestar la demandante en su hoja de vida que era casada, ya se configura la inexistencia de condición de madre cabeza de familia, argumento del cual discrepamos, pues al momento de consignar su estado civil ella dijo la verdad, es decir que era casada, otra cosa es que el esposo no sea aportante al hogar ni conviva con ella como en efecto sucede por lo cual enfocamos el principio de la realidad sobre las formalidades. Además, cita la demandada que el esposo se presentó en el lugar de quien era su compañera de trabajo Clara Beatriz Castiblanco para reclamarle sobre su supuesta intervención en el caso de su esposa, afirmación que carece de veracidad limitando las meras especulaciones pues la demandada ni estuvo presente cuando así lo afirma y certifica. De otro lado, con relación a los requisitos que deben satisfacer los empleados que aspiren a la protección de la estabilidad laboral reforzada, de manera general, las sentencias SU-388 Y 389 de 2005, la Corte afirmó que aquellos son básicamente dos: primero, tener debidamente acreditada la condición de vulnerabilidad de la cual se predica el derecho de la estabilidad reforzada; y segundo, haber comunicado oportunamente a la entidad accionada de dicha condición; respecto al numeral primero, esta condición se cumple tanto con la incapacidad médica otorgada por el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, a través de los médicos Sebastián Mejía Barreto, Julián Isidro Carreño Ardila, José Roberto Cardona Barón y Alonso Rojas Borda como con la declaración que la actora hizo ante la representante legal de la empresa Centro Internacional Club Colombia Propiedad Horizontal Edificio Davivienda, el día 02 de mayo del 2013 cuando aquella le informó que: "tan pronto terminara su incapacidad, se presentara a la empresa y le entregara el puesto de trabajo y fuera recogiendo sus cosas" a lo cual ella le respondió: "uy jefe, esto me cae como un baldado de agua fría, pues en primer lugar a mí este trabajo sí me gusta y por otro lado tengo la necesidad de este trabajo por mi bebé de un año y como usted sabe, también tengo la custodia de mi sobrina de 5 años de edad" Respecto del numeral segundo, la condición que impone la Corte se cumplió el día julio 13 del 2013 cuando la demandante le comunicó a la representante legal de la demandada empresa que se encontraba incapacitada por la fractura sufrida en su pie izquierdo por accidente de tránsito sufrido el 2 de abril del mismo año y que por lo tanto se tuviera en cuenta su estabilidad laboral reforzada consagrada en la ley 361 de 1997; además por lo ante dicho, por su condición de madre cabeza de familia. Acepta además el colegiado de primera instancia los argumentos esbozados por la defensa, apoya su fallo en las declaraciones rendidas por los testigos, que a la luz de la verdad se tornan amañadas, preparadas e inconsistentes, buscando con ella proteger una conducta incorrecta desplegada por su jefe, la ingeniera CRISTINA ISABEL UNDA RAMÍREZ, en la relación laboral sostenida con la demandante, señora ADRIANA ELIZABETH CAICEDO NIÑO. De las declaraciones rendidas por los testigos, apreciadas como ciertas por el señor juez, claramente se puede deducir que estas fueron rendidas bajo la presión que ejerce la condición de ser jefe, lo que garantiza que los subalternos le apoyen por su defensa en aras de su estabilidad laboral, de otra manera no se puede explicar que personal que se encuentra retirado del puesto de trabajo donde ejercía su función la demandante, coincidan en afirmar que les consta que al trato discriminatorio ha sido como tal por la ingeniera ELIZABETH UNDA, es contrario a lo afirmado por mi representada, que no hubo gritos delante de los visitantes, ni insultos, que las acciones de hecho como encontrar su puesto de trabajo desordenado, los documentos de algunos visitantes del edificio cambiados, las fichas de entrada del edificio revueltas, pérdidas de documentos, de llaves, cambio de horario o falta de relevos a tiempo para que pudiera ir al baño tal como sucedió el día 12 de julio del mencionado año y presión psicológica para que renunciara no eran ciertos. Son tan amañados, preparados y falsos los testimonios aportados como el de CLARA BEATRIZ CATIBLANCO, quien afirmó que la demandante convivía con su esposo por el solo hecho de verlo en algunas oportunidades, muy pocas por demás, en el apartamento de la demandante, lo que no sabe era que se encontraba visitando al hijo que tuvo con la actora y esto pues no puede ser un impedimento, además, ante la pregunta del suscrito, si saliera temprano y regresara tarde como ella lo afirma, ¿en qué momento podía observar lo que estaba contestando? A la cual no pudo responder de manera clara dejando entender que lo que había afirmado no era cierto. De otro lado todos los testigos coinciden en afirmar que sí existía una silla para que la demandante se sentara, lo que no dijeron era que esta no era ergonómica y que por lo pequeña, la accionante debía estar de pie, pues de lo contrario quedaba oculta para los visitantes. Finalmente alego el defecto fáctico en el que incurrió el juez natural, pues no valoró la totalidad de las pruebas y por ende no reconoció el vínculo laboral y los \_\_\_\_\_ inherentes conforme al principio de control del contrato realidad. A pesar de que por fuerza mayor los testigos citados por la demandante no pudieron asistir, para rendir su declaración, el juez de la causa no tuvo en cuenta las declaraciones extraprocesales que se rindieron, ni tampoco tuvo en cuenta el acta de entrega de la niña LOREN SOFÍA MUÑOZ MÉDEZ, en su calidad de tía materna por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el día 8 de marzo del 2013. Descartó como prueba además de la documental enviada al MINISTERIO DE TRABAJO por la actora el día 16 de julio del año 2013, referenciando el acoso laboral del que era objeto por parte de la demandada, el cual fu recibido por esta el día 18 de julio del mismo año tal como lo señala el sello de recibido EDIFICIO BAVARIA DAVIVIENDA y la constancia de no comparecencia a la audiencia de conciliación convocada por la demandante, expedida por el inspector RCCA de trabajo el día 9 e septiembre de 2013 a la hora de las 9:07am. En cuanto al defecto fáctico, la Corte Constitucional en sentencia de Tutela número T-4816962 con ponencia del Magistrado Iván Palacio Palacio, dijo: "Se configura cuando una omisión en el decreto o a la valoración de las pruebas deriva de la diferencia entre los hechos debidamente probados y del supuesto de hecho que legalmente determina la decisión, se realiza una valoración irrazonable de las pruebas o se asume la inexistencia de una de ellas o se asigna un valor contra evidente contra los medios probatorios" Para la Corte, el defecto fáctico se presenta bajo dos modalidades o dimensiones; primero: una positiva que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada o en la fundamentación de una decisión de una prueba no apta para ello; y segundo: una negativa en la medida que se trata de una omisión en la valoración de una prueba determinante o en el decreto de pruebas de carácter esencial. Esta última modalidad se presenta cuando el funcionario judicial a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, en el caso en concreto, resulta evidente su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente. La sumatoria de todos estos hechos son motivos suficientes para solicitarles muy respetuosamente, honorables Magistrados, revocar la sentencia emitida por el juzgado 23 laboral del circuito de esta ciudad y en su defecto ordenar el pago de las sumas de dinero pretendidas por la demandante, señora ADRIANA ELIZABETH CAICEDO NIÑO, como consecuencia de la violación de sus derechos por parte de la demandada empresa CENTRO INTERNACIONAL CLUB COLOMBIA PROPIEDAD HORIZONTAL EDIFICIO BAVARIA, al igual que se ordene su reintegro al cargo que venía ocupando en la empresa en solución de continuidad por su especial de madre cabeza de familia y por el auto despido que en su momento se presentó estando disminuida físicamente, sin previa autorización del MINISTERIO DE TRABAJO, igualmente se condene a la demandada al pago en favor de la demandante de los emolumentos correspondientes del día de su retiro hasta la fecha de su reintegro. Honorables Magistrados con el debido respeto, José Hernando Henao Trujillo."

desplegarse mínimo una vez por semana y durante seis meses, mucho menos que esta conducta deba ocasionar en el trabajador trastornos psíquicos, psicosomáticos o sociales, pues mal haría la ley en permitir que mientras tanto se perjudique la salud del trabajador, al punto que excepcionalmente un solo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral; sin que las exigencias que se le hicieron a la demandante obedecieran a órdenes para el cumplimiento de sus funciones ya que la misma en su informe expuso que los delitos de la ingeniera Cristina Isabel Unda Ramírez, eran permanentes y delante de los visitantes, además se presentaron continuamente hechos que constituyeron acoso laboral tales como encontrar su puesto de trabajo desordenado, los documentos de algunos visitantes del edificio cambiados, las fichas de entrada al edificio revueltas, pérdida de documentos, de llaves, cambios de horario de trabajo, falta de relevos a tiempo para que pudiera ir al baño tal como sucedió el día 12 de julio del mencionado año y presión psicológica para que renunciara, como también gritos frente a sus compañeros y visitantes, cambió del horario de trabajo, obligándola a laborar de pie durante 11 horas diarias, desconociendo su estado de debilidad manifiesta, ni enviarle a tiempo relevos para que pudiera ir al baño, sufriendo así de angustia y depresión por su condición de madre cabeza de familia y la responsabilidad frente a su hijo y su sobrina en custodia, lo cual quiso desvirtuar la demandada con el hecho de que en su hoja de vida informó que era casada cuando ahora es separada, debiendo primar la realidad sobre las formalidades, sin que brinde certeza la afirmación de que el esposo se presentó a una de sus compañeras. Y en cuanto a la estabilidad laboral reforzada de acuerdo a las sentencias SU-388 Y 389 de 2005 son dos requisitos los que se deben cumplir, 1º) tener debidamente acreditada la condición de vulnerabilidad de la cual se predica el derecho de la estabilidad reforzada; y 2º) haber comunicado oportunamente a la entidad accionada de dicha condición; cumpliendo los dos con la incapacidad médica otorgada por el Hospital Universitario San Ignacio, la cual comunicó el día julio 13 del 2013. De otra parte, los testimonios solicitados por la demandada se tornan amañados, preparados e inconsistentes al proteger una conducta incorrecta desplegada por su jefe, ya que fueron rendidos bajo la presión que ejerce la condición de ser jefe, lo que garantiza que los subalternos le apoyen por su defensa en aras de su estabilidad laboral, como el de Clara Beatriz Castiblanco, quien afirmó que la demandante convivía con su esposo por el solo hecho de verlo en algunas oportunidades, y además todos los testigos coinciden en afirmar que sí existía una silla para que la demandante se sentara, lo que no dijeron era que esta no era ergonómica y que por lo pequeña, la accionante debía estar de pie, pues de lo contrario quedaba oculta. Finalmente alega el defecto fáctico en el que incurrió el juez natural, pues no valoró la totalidad de las pruebas y por ende no reconoció el vínculo laboral, no tuvo en cuenta las declaraciones extraprocesales que se rindieron, ni tampoco el acta de entrega de la niña Loren Sofía Muñoz Médez, en su calidad de tía materna por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el día 8 de marzo del 2013, descartando como prueba además de la documental enviada al Ministerio de Trabajo por la actora el día 16 de julio del año 2013 y la constancia de no comparecencia a la audiencia de conciliación convocada por la demandante.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, la demandada solicitó la confirmación del fallo, porque no se probó ninguno de los supuestos de hecho de la demanda



No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

El litigio gira en torno a establecer como primera medida, si la terminación del contrato se trató de un despido indirecto imputable al empleador, en cuyo caso afirmativo se determinara si como lo aduce se encontraba amparada por la garantía de estabilidad laboral reforzada por su estado de salud y/o por ser madre cabeza de familia, y en ese orden procede el reintegro solicitado, debiéndose corroborar para ello la valoración probatoria que sobre el particular realizó el A quo, en particular respecto de la prueba documental y de la declarativa militante en el informativo, en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T y de la SS. **DEL CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO- EXTREMOS TEMPORALES, CARGO Y SALARIO** No es materia de discusión en la alzada que entre las partes existió un contrato de trabajo escrito a término indefinido, vigente entre el 1° de enero y hasta el 21 de julio de 2013, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de recepcionista, devengando como último salario básico la suma mensual de 885.000 más auxilio de transporte, circunstancias de las que dieron cuenta, además de la forma asertiva como en parte se contestó la demanda, la copia del contrato de trabajo a término indefinido (fls 28 y 102), la renuncia presentada el 18 de julio de 2013 por la demandante y su aceptación (fl 13), el certificado laboral (fl 39), la liquidación final de prestaciones, su comprobante de pago y la aceptación expresa del mismo junto con constancia del pago de los aportes a seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses (fls 40-41 y 151-157).

### **DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA**

En cuanto a la terminación del contrato de trabajo, atendiendo las circunstancias de este asunto, oportuno se muestra recordar que las relaciones de trabajo pueden darse por terminadas de forma anticipada, por mutuo acuerdo de las partes o bien por decisión de una de éstas enmarcada o no en una justa causa contemplada en la ley, el contrato de trabajo, el reglamento interno, o las pactadas como tales en convenciones o pactos colectivos.

De tal modo, cuando el empleador es quien toma la decisión de finiquitar el vínculo se denomina despido, mientras que si quien adopta tal decisión es el trabajador, se entiende entonces que se configura una renuncia, evento este último en el que si las situaciones especiales del trabajador obedecen principalmente a las conductas desplegadas por el empleador señaladas en el literal b) del artículo 62 del CST, se denominará “despido indirecto” o “renuncia motivada”.

Así, la parte que toma la decisión de dar por terminada la relación laboral tiene la obligación manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esta determinación; no siendo dable posteriormente alegar válidamente una causal distinta a la que sea enunciada, tal y como lo enseña expresamente el párrafo único

del artículo 62 del CST. Por tanto, en tratándose del despido indirecto, se tiene que para que surta efecto legal la terminación o lo que es lo mismo, para que se configuren las consecuencias jurídicas relevantes, como el pago de la indemnización por despido sin justa causa, valorado y cuantificado por el daño emergente y el lucro cesante ocasionado por la conducta exhibida por el empleador, deviene necesario que los motivos aducidos sean necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador, entendimiento que ha sido desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en muchedumbre de sentencias, entre las que vale la pena resaltar la decisión del 27 de enero de 2016 radicado 47375. Y cumplido lo anterior, seguidamente le incumbe al trabajador demostrar la ocurrencia de la justa causa o motivo que siendo imputable al empleador, fue lo que sin lugar a dudas direccionó la decisión de terminar el contrato de trabajo de manera anticipada, como lo ha sostenido la máxima corporación de esta jurisdicción en pronunciamiento del 05 de octubre de 2016 radicación N° 48885; aspectos de relevante importancia como quiera que también en palabras de la Corte Suprema de Justicia *“mientras el juez laboral no declare que la terminación del vínculo fue indirecto, vale decir, por causas imputables al empleador, se presume o entiende que fue voluntario por parte del trabajador”*. Sentencia del 07 de septiembre de 2016 radicado No. 46075.

Aclarado lo anterior, la circunstancia de la renuncia motivada se halla acreditada en el plenario con la comunicación del 18 de julio de 2013, mediante la cual la señora ADRIANA ELIZABETH CAICEDO NIÑO dio por terminado su contrato de trabajo aduciendo expresamente, en lo pertinente, lo siguiente: *“En concordancia con el oficio radicado el día miércoles 17 de julio del año en curso, ante el Ministerio de la Protección Social, presento RENUNCIA IRREVOCABLE de mi cargo; renuncia motivada por el constante Acoso laboral ejercido contra mí, por parte de la Ingeniera Cristina Isabel Unda Ramírez. ...”*

En tal sentido, advirtiéndose este Colegiado que el documento a que se refería la trabajadora en su renuncia corresponde al que milita a folios 31-36, radicado en las dependencias de su empleadora en la misma fecha de presentación de aquella, es por lo que bien puede afirmarse que las conductas específicas y detalladas endilgadas a su Jefe Cristina Isabel Unda Ramírez, consistieron, grosso modo, en: **1)** la precaria capacitación a ella brindada el día 8 de julio de 2013 cuando se reintegró de sus labores finalizada su incapacidad médica, ya que su antecesora había recibido más tiempo, siendo que por tal circunstancia su jefa le dijo “bueno, bueno necesito que se ponga las pilas porque Carolina sólo viene hoy y estará con usted sólo medio día y el resto del día que le resuelva dudas porque no voy a seguir perdiendo plata con usted, porque estoy desfasada en la nómina” “aprovéchela hoy y mire a ver que hace porque el presupuesto no me da para más”; **2)** el 9 y el 10 de julio hubo bastante conglomeración de gente pero sin apoyo y con poca capacitación sorteó la situación; **3)** en sus reemplazos con la señora JANETH PIÑEROS, cuando regresó de sus descansos de 15 minutos o de la terapia encontró su sitio de trabajo desordenado, los documentos de algunos visitantes cambiados, fichas de entrada en la superficie, el huellero tirado boca abajo, debiendo ordenar el sitio, en otra ocasión no fue relevada oportunamente a las 8:30 am sino hasta las 9:45; situación de mal trato que le comentó al coordinador Marcos Tovar a quien le precisó que su jefa la gritaba por teléfono diciéndole que se moviera, que pilas con el registro de los portátiles, con los ascensores y con el ingreso de visitantes y trabajadores, además que también en una ausencia se perdieron las llaves que utiliza en el sitio de trabajo y las de su casa; **4)** su

jefa la gritó aduciendo quejas recibidas por el lento ingreso de los visitantes indicándole que ya no le servía, además de que se había demorado en la terapia; **5)** luego de comentarle a su coordinador que se había perdido una tarjeta militar se comprometió a estar pendiente de su puesto, sin embargo el 12 de julio luego de requerirlo dos veces para que la relevara para ir a la terapia llegó tarde y por ello no asistió, además de que tampoco atendió oportunamente su solicitud de relevó para ausentarse al baño ya que su compañera llegó cuando manifestó no poder esperar más; **6)** esa tarde su jefe nuevamente la gritó por no haber ido a la terapia tratándola de mentirosa y enredadora, ofensas que escucharon los clientes y visitantes porque retiró el teléfono; y, **7)** que el 2 de mayo, encontrándose en incapacidad, su jefe la llamó para que finalizada la misma se presentara a la empresa y retirara sus cosas.

Enlistadas como se encuentran las conductas de maltrato que aduce la demandante la motivaron a dar por terminado su contrato de trabajo, corresponde a esta Sala verificar en armonía con la carga de la prueba que se encuentra en cabeza de la señora ADRIANA CAICEDO en los términos del artículo 167 del CGP: **i.)** que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo provino del trabajador, **ii.)** que el trabajador hubiese comunicado al momento de la extinción del vínculo a su empleador, las causas o motivos que resultaron determinantes para terminar anticipada y unilateralmente el contrato de trabajo, y; **iii.)** que se acredite la ocurrencia de las causales que fueron alegadas para finiquitar la relación laboral; lo que como veremos en este caso no ocurrió.

En tal orden de ideas, al hallarse demostrados los presupuestos i) y ii), a fin de determinar si las faltas mencionadas fueron debidamente demostradas y constituyen causa imputable al empleador, una vez examinada en su conjunto la prueba que milita en el plenario, se evidencia que tratándose de la prueba documental pertinente para la demostración de los hechos de maltrato antes anotados, la misma se contrajo exclusivamente a la carta de renuncia y a la carta dirigida al Ministerio del Trabajo, ya que ningún otro documento de la comisión de las conductas descritas, al punto de que la carta que le fue dirigida a la trabajadora el 12 de julio de 2013 en la que la demandada, a través de la administradora general, le manifiesta su preocupación por la inasistencia observada a 2 de sus terapias físicas programadas para el 8 y el 12 de julio, de lo único de lo que da cuenta es del interés de la empleadora por su bienestar, sin que la anotación que allí realizó la actora a mano tenga la entidad probatoria para variar tal conclusión, por la potísima razón que no describe ni una de las conductas antes referidas, en tanto se limitó a consignar que no asistió a las terapias por todos los hechos ocurridos desde el 8 de julio, *“hechos que están abiertamente encaminados a perjudicarme, a entorpecer mi labor, es decir a impedirme el buen desempeño de mi trabajo”*, sin siquiera mencionar uno de ellos, sosteniendo que las veces que quiso comunicarse con su jefe no le fue posible, sin puntualizar cuáles veces, ni por qué medios, como tampoco cuándo se dieron los gritos y descalificaciones contra ella por parte de la señora CRISTINA, quien aduce era su jefe, y en qué consistieron. Sobre este punto se desconoce si fue retroalimentada con quien elaboró la carta y la fecha, ya que el sello de recibido estampado en el mismo de lo que da cuenta es de que la trabajadora lo recibió. De otra parte, en lo que a la prueba declarativa interesa, del interrogatorio rendido por la demandada, ninguna confesión se obtuvo sobre el particular sobre las conductas narradas en la carta de terminación ni en la presentada al Ministerio de Trabajo, insistiendo la representante legal, quien resulta ser justamente a la que se le atribuye la comisión de las mismas, que nunca recibió

queja de la situación de Adriana sino hasta cuando ella le contestó el requerimiento para que cumpliera las terapias, momento en el que informa que le planteó la posibilidad de cambiarla de cargo para que evitara cualquier inconveniente de conflicto con sus relevos y pudiera cumplir de mejor manera sus terapias sin afectar la prestación del servicio, a lo cual ella se negó, sin que en todo caso le constaran los hechos relacionados con el desorden, la pérdida de documentos o la falta de apoyo para ausentarse por parte de su relevo. Negando el otorgamiento de permiso tarde para sus terapias. Hechos que tampoco fueron probados con los testimonios rendidos por las señoras ANGIE CATHERINE VARGAS BELTRÁN Y CLARA BEATRIZ CASTIBLANCO, quienes manifestaron desconocer los actos de maltrato propiciados por la demandada a la actora por ésta última relatados, máxime cuando tales declaraciones brindan total y absoluta credibilidad a este Colegiado, contrario a lo expuesto por la censura en su recurso, toda vez que no es la alzada la oportunidad procesal para su refutación cuando teniendo la posibilidad de hacerlo la parte actora en el momento de la práctica de los mismos no los tachó por sospechosos, de ahí que mal pueda pretender que no se valoren o se les reste convicción sobre su dicho, sobre todo si también se tiene en cuenta que revisada juiciosamente la diligencia oral se observa que éstos fueron sinceros y espontáneos.

En efecto, repárese que lo señalado por la demandada, a través de la señora **CRISTINA ISABEL UNDA RAMÍREZ**, en su condición de representante legal y administradora general del edificio Centro Internacional desde el 3 de julio del 2003, en el interrogatorio, se contrajo a que la demandante laboró en el edificio del 1° de enero del 2013 al 18 de julio del 2013 como recepcionista de la torre A, cuyas funciones eran las de entregar fichas a visitantes por computador y luego el sistema de ingreso con huella del cual, una vez se reintegró al puesto, fue capacitada; que tuvo un accidente como a los tres meses de estar en la copropiedad y duró tres meses incapacitada, ingresando el 5 de julio otra vez al edificio, tenía su silla, podía estar sentada todo el tiempo porque es una silla grande, alta, de recepción; que al programar las terapias a las 10 y 11 de la mañana se le dio la opción de asignarla en otro cargo que no aceptó cual era el de monitoreo, ello luego de enterarse que no fue a algunas terapias obligatorias por esa petición de programarlas ojala en la mañana temprano o sobre las 4 de la tarde, que trabajó hasta el 18 de julio, el 19 en la mañana fue tipo 8 de la mañana, entregó la carta y se fue, ese día ella no laboró, o sea, se fue inmediatamente, pero la liquidación se hizo hasta el 21 que fue el domingo, y no fue al médico, entregó el puesto al finalizar al señor Hugo, fecha para la que no tenía incapacidad sino que estaba asistiendo a terapias de rehabilitación; su horario era de 7am a 6pm, con 15 minutos de descanso en la mañana, en la tarde y una hora de almuerzo, los descansos eran de 9:30 a 9:45 o de 3 o 4 de la tarde a 4:15, mas o menos, o sea, dependiendo como era el movimiento de la copropiedad; además, como representante sí fue a la diligencia que la citó el Ministerio pero Adriana no asistió; Andrés Walteros era el jefe inmediato de Adriana pero no dio ninguna queja, y la citación del ministerio fue posterior a la renuncia, siendo que su carpeta se perdió, la propiedad no solicitó permiso al Ministerio de Trabajo porque no vio que el despido fuera justificado, ni acoso laboral, ni nada, aclarando que la demandante ella no era cabeza de familia porque vivía con su esposo, que fue capacitada en la inducción del manejo del sistema de visitantes, no constándole que se perdían documentos y llaves, que no la relevaban a tiempo o que no se le concedieran los permisos oportunamente para sus terapias, sin recibir las quejas mencionadas por Adriana, de las que se

enteró después que se fue, indicando que había sido grosera con ella y la trató muy mal cuando le dijo que la iba a cambiar de puesto, negando en todo caso gritarla delante del público o de los trabajadores.

Entre tanto, del interrogatorio de parte rendido por la demandante, señora **ADRIANA ELIZABETH CAICEDO NIÑO**, lo único que se tiene por confesado es que no puso en conocimiento del comité de convivencia el acoso laboral del que afirma que fue víctima, no tenía incapacidad, ni una valoración por pérdida de capacidad laboral para la fecha en la que presentó su renuncia, aceptando igualmente que la queja ante el Ministerio de Trabajo fue anterior a la renuncia.

Es así como en lo pertinente indicó que laboró para la demandada a partir del 1° de enero del 2013, Cristina Isabel Unda era su jefe, con quien se veía cada tercer día o cada vez que ella se dirigía a su puesto o le llamaba, se reincorporó el 8 de julio luego de su incapacidad, teniendo durante los siguientes 10 días inconvenientes, afirmando que encontrándose incapacitada dicha señora le pidió la renuncia - de lo cual no existe constancia- a lo que elaboró una carta solicitando la estabilidad reforzada; no asistió a la terapia del 12 de julio porque no le mandaban el remplazo al momento que era, en la recepción le tocaba de pie; en cuanto a su esposo Alexander Rojas, aun cuando indicó que se separó de él en el 2012, antes de que naciera su hijo, lo cierto es que para enero del 2013 lo afilió como cónyuge en COLSUBSIDIO, según su dicho por la continuidad del grupo familiar y a quien nunca demandó; respecto a su labor, especificó que trabajaba de lunes a viernes con descansos en la mañana y en la tarde de 15 minutos pero no los tomaba pues cuando abandonaba el puesto al regresar lo encontraba desordenado por intervención de la señora Janeth Piñeros que es vigilante sin poder contar su situación la jefe, sin informar al comité de convivencia laboral de la copropiedad porque no existía, siendo descalificada cuando solicitó una silla, renunció el 18 de julio del 2013 sin incapacidad médica vigente, ni calificación de pérdida laboral en curso, pero sí con terapias pendientes.

mientras que la testigo **ANGIE KATHERINE VARGAS BELTRÁN**, contadora del edificio Centro Internacional, y compañera de trabajo de la demandante narró que aquella era recepcionista de la torre A del edificio, la reemplazó, voluntariamente, cuando iba a terapias y/o a controles médicos durante la vigencia de la relación laboral porque conoció que con Betty tuvieron problemas y por ello se ofreció a relevarla en el cargo, además fue quien hizo las afiliaciones cuando ingresó y la liquidación y todo y por ello es que sabe y le consta que el estado civil de la demandante en el momento en el que se vinculó y estuvo trabajando al servicio de la copropiedad era el de una unión libre con el esposo, tanto así que estuvieron hablando que era entrenador de la Equidad Fútbol Club, y que les podía vender uniformes y eso, entonces sabía que era casada y las afiliaciones lo corroboran (Caja de compensación, EPS), para lo cual la demandante tuvo que presentarle la cedula de su esposo; sabe que la actora como en dos oportunidades no asistió a la terapia y por ello procedió a informárselo a su jefa, sabe que para el cargo de la recepción estaba dispuesto un escritorio, una silla más o menos alta no normal sino giratoria, el computador, debiendo dentro de sus funciones tomar la fotografía y la huella de la persona que venía y registraba los nombres y números de documentos; No evidenció acto de acoso o de maltrato por parte de la ingeniera Cristina Unda hacia la demandante, precisando que, para julio de 2013 funcionaba el comité de convivencia laboral, que

no está permitido por el Ministerio extender el horario hasta las 7 de la noche; que Janeth Piñeros es de personal de la guarda de seguridad de la empresa SOVIC LTDA y, debido a un inconveniente que la demandante tuvo con Beatriz Castiblanco, aunque no sabe si con JANETH también, fue por lo que se ofreció a hacer ese trabajo, que en alguna oportunidad escucho el llamado de atención que su jefe le hizo a la demandante vía telefónica para que asistiera a las terapias, el que le pareció normal, desconoce los motivos de la renuncia que aquella presentó, así como lo relacionado con el desorden de su puesto de trabajo cuando retiraba por breves momentos, que fuera madre cabeza de familia y recuerda que la incapacidad duro en total como 90 días.

Y finalmente, **CLARA BEATRIZ CASTIBLANCO AMÉZQUITA**, Auxiliar de administración en el Edificio Centro Internacional desde hace 15 años, manifestó conocer a la promotora de esta actuación en el conjunto donde habita porque vive en el mismo edificio y en la misma torre, narrando que fue quien la reemplazó como recepcionista ya que a ella pasaron para la parte administrativa; que se enteró que renunció porque el puesto al que la pasaron luego del accidente no le servía; no supo de malos tratos de la jefe, ni inconvenientes, por su relación de vecinas supo que vivía con el señor William que es el esposo y el bebé; sólo supo de la separación de la pareja cuando en administración lo informaron, siendo que cuando ella tuvo el accidente laboral, quien envió los papeles de la incapacidad fue el señor William que subió hasta su apartamento y los hizo llegar a administración, desconociendo cuándo se separaron, comentando que cuando ya había retornado a sus labores luego de su incapacidad la demandante surgió en el edificio donde habitaban un incidente donde el señor William le reclamó que era lo que pasaba en esa propiedad y en el trabajo y de ahí no tuvieron más inconvenientes, no dirigiéndose la palabra desde entonces, y no quiso relevarla en el trabajo precisamente por el conflicto anterior que habían tenido en su lugar de residencia con el esposo, sin que le asista ningún interés en que alguien mas se quedara con ese trabajo, particularmente Janeth; que le dio la inducción de una semana porque no se manejaba ni sistema ni nada, únicamente se entregaban fichas y se recibían, y que nunca le comentó que el lugar de trabajo le fuera revuelto u otras situaciones, enterándose de ello sólo cuando pasó la queja.

Prueba testimonial cuya capacidad demostrativa, como quedó visto, brinda credibilidad sobre su dicho, al ser además de espontaneo obtenido de manera directa frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la que la demandante desarrolló su labor.

Así las cosas, aunque todas las pruebas militantes en el informativo son contundentes para tener por acreditado que el finiquito del vínculo laboral se dio por decisión unilateral de la trabajadora, quien en su carta escrita imputó a la empleadora una serie de conductas constitutivas de maltrato y acoso laboral, lo cierto es que en el curso de esta actuación no aportó ningún elemento probatorio que llevara al convencimiento de la ocurrencia, frecuencia y gravedad de éstos hechos, es más, pese a que manifestó que de tales sucesos tuvieron conocimiento el coordinador MARCOS TOVAR, su compañera de turno a la que dice que le tuvo que pedir que por radioteléfono solicitara el relevó, los clientes que presenciaron los gritos personales o por teléfono, su propio relevo, señora Janeth Piñeros, así como el resultado de la queja de Acoso laboral, entre otros medios probatorios que estimara pertinentes,

conducentes y eficaces para la demostración de sus manifestaciones, fue nugatoria la actividad probatoria encaminada a tal fin, y si ello es así, al no haber acreditado la justedad de su renuncia, no queda alternativa distinta que declarar que la terminación del vínculo laboral obedeció a su decisión libre y voluntaria, lo que de suyo releva cualquier pronunciamiento dirigido a establecer si gozaba de una garantía de estabilidad laboral reforzada, ya que tal manifestación pendía de la justa causa imputable al empleador.

Luego, ante la imposibilidad en este escenario de superar tal defecto probatorio, se absolverá a la encartada de las pretensiones incoadas en su contra tanto principales como subsidiarias y así se dirá en la parte resolutive del presente proveído.

Costas en las instancias a cargo de la parte demandante al haber resultado vencida en juicio. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,


### **RESUELVE**


**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida el 31 de julio de 2018 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por ADRIANA ELIZABETH CAICEDO NIÑO en contra del CENTRO INTERNACIONAL CLUB COLOMBIA - PH EDIFICIO BAVARIA hoy CENTRO INTERNACIONAL CLUB COLOMBIA PH, pero conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$250.000. Las de primera se confirman.

Notifíquese y cúmplase.

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CAYÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



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

**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105011201600346-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Contrato de trabajo y pensión convencional – naturaleza jurídica de la empleadora y calidad de la trabajadora

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2017 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por PATRICIA FARIAS JÍMENEZ en contra de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, a efecto de lo cual la Sala procede a emitir la Sentencia que en derecho corresponda. Previo a ello se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderado general del conjunto de derechos y obligaciones de la extinta Fundación San Juan de Dios y Hospitales: Hospital San Juan de Dios e Instituto Materno Infantil –Liquidado, al Dr Jorge Eduardo García Parra con CC No. 11.510.318 y T.P No. 137.705, conforme poder otorgado en escritura publica anexa.

**ANTECEDENTES**

PATRICIA FARIAS JÍMENEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA Y FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, para que previa declaración que entre ella y la Fundación San Juan de Dios, existió un contrato de trabajo término indefinido vigente desde el 24 de enero de 1983 hasta el 20 de diciembre de 2006, fecha en la que fue declarada insubsistente a través de la Resolución 620 del 20 de diciembre de 2006 con el cargo de Coordinadora docente asistencial intramural en el Instituto Materno Infantil; que el último salario que devengó fue la suma de \$2.363.052 más \$1.039.742 por concepto del 44% de prima de antigüedad, para un total de \$3.402.794; percibía una prima de vacaciones y una prima de navidad equivalente al 100% del salario mensual; tenía derecho a una prima de servicio equivalente al 100% del sueldo básico; y que al momento de su retiro había cumplido más de 20 años al servicio de la Institución, cumpliendo los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional (Art 30 CCT 1982); se condene a las demandadas al pago de la reliquidación pensional calculada desde el 23 de junio de 2003 por la diferencia resultante entre el monto de la pensión convencional y la cantidad de mesada pensional que se le viene cubriendo por parte de Colpensiones, mes a mes, hasta la actualidad y hacia el futuro, incluido el reajuste anual de IPC; junto al pago de



la diferencia en el monto de las mesadas pensionales en forma indexada; lo que resulte extra y ultra petita y las costas del proceso.

### **CONTESTACIÓN**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación oportunamente de la siguiente forma.

La **BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA** con escrito de folios 91-99, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos aceptó los relacionados en los numerales 1, 2, 3, 6, 14, 15, 16, 17, 20, 21 relacionados con la naturaleza jurídica de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, la sentencia de nulidad del Consejo de Estado que declaró nulos los decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998, la liquidación de dicha Fundación, y la sentencia de la Corte Constitucional SU 484-08 y la tutela T-010 del 20 de mayo de 2012, negando los demás o manifestando no constarle. Propuso las excepciones de fondo que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la aplicación de la Convención Colectiva por falta de requisitos (art. 469 del Código Sustantivo de Trabajo) y falta de competencia.

La **GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA** con escrito de folios 167-200, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos aceptó los relacionados con la naturaleza jurídica de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, la sentencia de nulidad del Consejo de Estado que declaró nulos los decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998, la liquidación de dicha Fundación, y la sentencia de la Corte Constitucional SU 484-08, la tutela T-010 del 20 de mayo de 2012, y que agotó la vía gubernativa; negando los demás o manifestando no constarle. Propuso las excepciones de fondo que denominó, falta de jurisdicción y competencia, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, improcedencia de la aplicación de la Convención Colectiva por falta de requisitos y prescripción.

La Nación **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** con escrito de folios 238-249, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó o manifestó no constarle los hechos; y, propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad o de vínculo entre la demandada y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de los derechos convencionales reclamados, que la demandante PATRICIA FARIAS era empleada Pública de la Fundación San Juan de Dios prescripción, cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Sentencia de Unificación 484 de 2008 proferida por la Corte Constitucional, prescripción y la genérica.

La **FUNDACION SAN JUAN DE DIOS**, en liquidación y sus dos centros Hospitalarios, Hospital San Juan de Dios e Instituto Materno Infantil, con escrito a folios 339-355, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos aceptó los relacionados con la naturaleza jurídica de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, la sentencia de nulidad del Consejo de Estado que declaró nulos los decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998, la liquidación de dicha Fundación, y la sentencia de la Corte Constitucional SU 484-08, la tutela T-010 del 20 de mayo de 2012, y que agotó la vía gubernativa, manifestando no constarle los restantes o ser apreciaciones subjetivas. Propuso las excepciones de fondo que denominó: falta de causa, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación; buena fe, genérica y prescripción.

La **ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ**, con escrito a folios 361-371, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y frente a los hechos de la demanda aceptó los relacionados con las sentencias del Consejo de estado y la Corte Constitucional y negó los restantes o manifestó no constarle. Propuso las excepciones de fondo que denominó: falta de jurisdicción, falta de competencia, cosa juzgada constitucional, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, buena fe, exclusión de los beneficios convencionales a la autora, inexistencia de la obligación y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 27 de noviembre de 2017, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en la demanda, declaró probado los hechos, sustento de la excepción denominada “La demandante PATRICIA FARIAS, era empleada de la Fundación San Juan de Dios, sin perjuicio de lo que la Jurisdicción Contencioso Administrativa determine” y condenó en costas a la actora en la suma de \$250.000,00.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, el apoderado general del conjunto de derechos y obligaciones de la extinta Fundación San Juan de Dios y Hospitales: Hospital San Juan de Dios e Instituto Materno Infantil –Liquidado, solicitó la confirmación del fallo, recordando que la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de la Gobernación de Cundinamarca es la responsable de la ejecución de las decisiones adoptadas en procesos que guarden relación con temas pensionales. Por su parte, el Departamento de Cundinamarca, a través de su apoderado, insistió que no es el llamado a responder por las supuestas deudas y en todo caso la demandante no era trabajadora oficial, debiéndose ratificar la sentencia de primera instancia. Y la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, luego de precisar que la actora ostentó la calidad de empleada pública y por tanto no es beneficiaria de los beneficios demandados, solicitó la confirmación de la providencia apelada.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta previa a las siguientes consideraciones.

### **CONSIDERACIONES**

El litigio gira en torno a establecer si la demandante es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la FUNDACION SAN JUAN DE DIOS y su sindicato de Trabajadores SINTRAHOSCLISAS (1982) y por tanto le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional, así como al pago de las diferencias que surjan entre esta y la que actualmente bien devengando por parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para lo cual ha de establecerse en un primer nivel de análisis, si durante su relación laboral ostentó la condición de trabajadora oficial, debiéndose verificar, por tanto, la naturaleza jurídica de su empleadora.

### **DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ENTIDAD EMPLEADORA**

Como quiera que la A quo soportó su decisión absolutoria en el hecho de que la demandante no ostentó la calidad de trabajadora oficial, presupuesto indispensable para abordar el estudio de los beneficios convencionales, producto

de las convenciones colectivas celebradas entre la Fundación empleadora y la organización sindical SINTRAHOSCLISAS, ello atendiendo la naturaleza jurídica de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, es por lo que corresponde a la Sala verificar tanto el sustento fáctico como jurídico en el que se fincó tal determinación.

Al respecto, se halla plenamente demostrado con la copia de la modificación del contrato de trabajo No. 050/93 modificación No. 026/95 del 1 de noviembre de 1995 (fl 29), la Resolución 620 del 20 de diciembre por la cual se declaró insubsistente a la actora en su calidad de funcionaria pública y se dispuso liquidar las prestaciones económicas (fl 36), la certificación laboral expedida el 28 de noviembre de 2006 por la Jefe de la Sección de nómina del Instituto Materno Infantil (fl 35) y la Resolución 621 de 2006 “*por la cual se reconocen de manera oficiosa unas acreencias y se ordena el pago de unos salarios*” expedida el 20 de diciembre de 2006 por la liquidadora del conjunto de derechos y obligaciones de la Fundación San Juan de Dios (fls 37-39), entre otras documentales obrantes en el informativo, que la señora PATRICIA FARIAS JIMENEZ prestó sus servicios a la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS durante el período comprendido entre el 24 de enero de 1983 y el 20 de diciembre de 2006, desempeñando como último cargo el de Coordinadora Docente Asistencial, con un último sueldo básico de \$2.363.052.

Aclarado lo anterior, debe recordarse frente a la naturaleza jurídica de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS y la calidad de sus servidores, que al no ser objeto de discusión por la parte actora la declaratoria de nulidad de los decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998, que efectuó el Consejo de Estado con sentencia del 8 de marzo de 2005, al punto que relacionó tal situación en los hechos de la demanda, particularmente en el hecho décimo cuarto, es del caso sostener, contrario a lo por ella indicado, que los efectos de dicho fallo no produjeron efectos a partir de que cobró firmeza (14 de junio de 2005) sino que tiene efectos desde la fecha de expedición de los decretos anulados, esto es, tiene efectos *ex tunc*, es decir, desde siempre, no *ex nunc*, desde ahora.

Anulación de los actos que dio lugar a concluir que el Hospital San Juan de Dios no ostentaba la naturaleza jurídica de una Fundación, en la medida que pertenecía al establecimiento público denominado “Beneficencia de Cundinamarca”, en cuyo caso se encuentra sometida al régimen jurídico propio de las personas de derecho público, por lo que sus servidores son, por regla general empleados públicos y sus relaciones se rigen por una situación legal y reglamentaria, establecida por la ley o por reglamentos válidos, que no pueden ser modificados sino por normas de la misma jerarquía de aquellas que las crearon y no por voluntad de las partes<sup>1</sup>; siendo considerados trabajadores oficiales, por excepción, quienes desempeñen cargos destinados a la construcción y

---

<sup>1</sup> Sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado en su Sección Segunda, tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia del 26 de marzo 1981, en los siguientes términos:

“(…) *Por otra parte, el carácter de la relación de trabajo entre el Estado o una entidad pública y sus servidores no lo determina la naturaleza del acto jurídico por medio del cual se hizo la vinculación sino la naturaleza de la respectiva entidad. De manera que si no se trata de un trabajador de la construcción o mantenimiento de una obra pública que adelante un ministerio, por ejemplo, quien ingresa a él no puede ser calificado sino como empleado público, aunque se haya vinculado mediante un contrato de trabajo(…)*”. (C.E., S. Contencioso Administrativo, Secc. Segunda, auto, mar. 16/83). “*Es evidente que la característica de la relación laboral del empleado público es que ella se rige por una situación “legal y reglamentaria”, esto es, establecida por la ley o por reglamentos válidos, que no pueden ser modificados sino por normas de la misma jerarquía de aquellas que las crearon. Esta es la diferencia radical de tal tipo de vinculación con la contractual, en donde existe la posibilidad de la previa deliberación sobre las condiciones del servicio y la modificación de tales condiciones y de las prestaciones correspondientes, en sentido favorable, por decisión unilateral del patrono o por convenciones colectivas de trabajo*”.

mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, no directivos.

Al respecto el artículo 1° de la ley 10 de 1990, consagra que: *“La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas, para el efecto, en los términos que establece la presente Ley.”*, y en el parágrafo de su artículo 26, prevé, en lo pertinente que: *“... Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones (...)”*

Bajo tal entendido, la razón está del lado de la Juez primigenia cuando afirma que al no hallarse la labor ejercida por la demandante dentro de las funciones inherentes al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, toda vez que era la de **“Coordinadora Docente Asistencial Intramural”**, no puede catalogarse como trabajadora oficial.

Al tema la H Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en varias ocasiones, pudiéndose traer a colación, entre otras sentencias, la CSJ SL 17428-2016, invocada en decisiones CSJ SL15389-2017, CSJ SL14513-2017, CSJ SL13743-2017, CSJ SL5170-2017, CSJ SL8907-2017, CSJ SL3978-2018, CSJ SL677-2018, CSJ SL803-2018, CSJ SL475-2019, y recientemente las sentencias CSJ SL348-2020, CSJ SL 2045-2020. Y en tal sentido puntualizó:

*“Tampoco es de recibo el argumento que los servidores de la Fundación San Juan de Dios solo serían empleados públicos a partir de la declaratoria de nulidad de los decretos de creación del Centro Hospitalario, es decir, desde el año de 2005, en tanto por sabido se tiene, que las sentencias de nulidad del Consejo Estado producen efectos ex tunc, esto es, desde la expedición de los actos administrativos anulados, luego ello significa que la naturaleza jurídica del vínculo laboral de la actora siempre ha sido la de empleada pública.”*

Sin que la sentencia de la Corte Constitucional C SU-484 de 2008, dispusiera que los empleados de la Fundación San Juan de Dios fueran trabajadores del sector privado durante todo el tiempo, o que pudieran beneficiarse de las disposiciones convencionales, como así lo explicó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL 17428-2016, cuando adujo:

*“Ahora, en cuanto a que los derechos de los trabajadores que pudieran haber tenido sus relaciones laborales como privadas, regidas por contratos de trabajo, deben prevalecer por sobre todo, para lo cual, la recurrente cita la sentencia SU-484 de 2008, para la Sala es claro que al anularse los Actos de creación de la entidad, los efectos de esa declaratoria no hacen retrotraer sus efectos, es decir, estos son hacia el futuro, tal como se pregona del efecto general de las leyes. Lo que sucede es que esa sentencia, al igual que el auto 286 de junio 23 de 2016, emanado de la Corte Constitucional, como resultado del seguimiento que se hace a la misma, deja a salvo los derechos adquiridos por los trabajadores de la Fundación, pero en ningún momento indica, como lo quiere hacer ver la recurrente, que los empleados de la Fundación sean trabajadores oficiales o del sector privado. Deja a salvo los derechos de todos, incluidos los empleados públicos.”*

*Si lo anterior no fuera suficiente, en el auto mencionado, la Corte Constitucional indica:*

*En relación con las decisiones judiciales proferidas con posterioridad a la Sentencia SU-484 de 2008, **ADVERTIR** que sólo se podrán reconocer derechos por relaciones laborales o prestación de servicios, teniendo en cuenta que, en todo caso, dichas relaciones sólo pudieron tener como vigencia máxima las fechas indicadas en los numerales cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia de unificación. Se refiere allí al numeral cuarto de la sentencia SU ya indicada, en la que se dijo:*

**CUARTO.** *En relación con el establecimiento de la Fundación San Juan de Dios, **HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS**, la Corte Constitucional **DECLARA** que quedaron terminadas el **29 de octubre de 2001:***

**4.1.** *Todas las relaciones de trabajo vigentes para esa fecha que hayan tenido como causa un contrato de trabajo o un nombramiento y posesión; y que se regían respectivamente por el Código Sustantivo del Trabajo y las normas complementarias – incluida la ley 6 de 1945- ó por la ley y el reglamento.”*

Entonces, atendiendo que la demandante no acreditó ser trabajadora oficial, no puede beneficiarse de las convenciones colectivas vigentes celebradas entre su empleadora y la organización sindical SINTRAHOSCLISAS, sobre todo cuando el campo de aplicación de los acuerdos extralegales está definido por la ley, sin que por tanto, éstas puedan desconocerlo. Aspecto este último frente al que la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación laboral, precisó: “*Esta Sala de la Corte ha explicado que las normas que gobiernan el régimen laboral de los trabajadores al servicio del Estado son de orden público y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento, de tal suerte que el régimen laboral a ellos aplicable es el que surja de la ley, atendiendo los criterios de clasificación en ella contenidos. Por esa razón, ha explicado que no es dable pactar que a un trabajador se le aplique todo un régimen laboral previsto en la ley, para otro grupo de trabajadores, que no sea el que legalmente le corresponde.*” (sentencia CSJ SL, 19 jul. 2011, rad. 46457, reiterada en la Sentencia CSJ SL 12688-2015), de ahí que al no ostentar la actora la calidad de trabajadora oficial no se beneficie de las convenciones.

Por lo anterior, claro es para esta colegiatura que la decisión proferida por el A quo esta ajustada a derecho y por ende debe ser confirmada en su integridad.

Sin costas en la instancia al no haberse causado, las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida el 27 de noviembre de 2017 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por PATRICIA FARIAS JÍMENEZ en contra de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS y otros, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

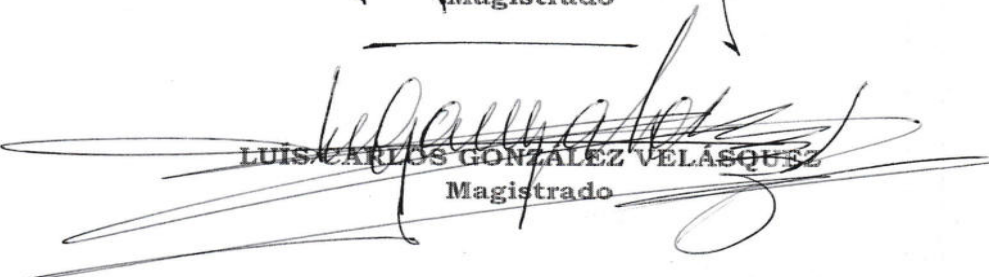
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, por no haberse causado, se confirman las de primera instancia.

Notifíquese y Cúmplase

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

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



**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO  
Proceso: 110013105013201700352-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** Indemnización por falta de pago Art 65 del CST- intereses moratorios

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2018 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARGLOBIA GONZALEZ GIRALDO en contra de la sociedad D&D ENERGY TRANSPORTADORA INC SUCURSAL COLOMBIA.

**ANTECEDENTES**

MARGLOBIA GONZALEZ GIRALDO promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad D&D ENERGY TRANSPORTADORA INC SUCURSAL COLOMBIA, para que previa declaratoria de que el contrato de trabajo terminó sin justa causa imputable al empleador, que no le fueron cancelados 26 días de salario de marzo de 2014, la prima de servicios, las cesantías y los intereses a las cesantías correspondiente al período de enero a marzo de 2014, ni las vacaciones causadas del 13 de agosto al 26 de marzo de 2014, sea condenada al pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria (Arts 64 y 65 del CST), los salarios, las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicio y las vacaciones adeudadas, la indexación lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones indicó, que celebró contrato de trabajo el 13 de agosto de 2013 para desempeñar el cargo de conductora, con un salario inicial de \$1.575.000 el cual para el año 2014 ascendió a \$1.605.500; que el 26 de marzo de 2014 fue citada a descargos para determinar porqué recibió la suma de \$2.705.000 de la empresa Alianza Logística JC SS, a lo cual indicó que correspondía al denominado STAND BY del vehículo, sin embargo en la misma

fecha recibió comunicación dando por terminado su contrato de trabajo aduciendo tal conducta como falta grave y descontándola de la liquidación final aunque no autorizó dicho descuento, adeudándole los conceptos correspondientes a 26 días de salario de marzo de 2014, la prima de servicios, las cesantías y los intereses a las cesantías correspondiente al período de enero a marzo de 2014, ni las vacaciones causadas del 13 de agosto de 2013 al 26 de marzo de 2014 (fls 82-88)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificado en legal forma el libelo, la sociedad demandada por intermedio de Curador Ad Litem dio contestación con escrito de folios 144 a 148 y subsanación de folio 152, donde frente a las pretensiones manifestó atenerse a lo que resulte probado, en cuanto a los hechos indicó no constarle la totalidad y propuso las excepciones de prescripción y genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 7 de noviembre de 2018 (fls 155-157), el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, luego de declarar que el contrato de trabajo existente entre las partes fue terminado sin justa causa por la demandada el 26 de marzo de 2014, la condenó al pago de los salarios (\$1.392.300), cesantías (\$457.167), intereses a las cesantías (\$13.105), primas de servicio (\$383.755), vacaciones (\$628.483), indemnización por despido (\$999.600) y devolución de descuentos ilegales adeudados (\$2.705.000); en cuanto a la indemnización moratoria *“está deberá pagarse sobre los intereses que devenguen las sumas que acabamos de decir como adeudadas a partir del mes 25, esto es, desde el 27 de marzo de 2016 hasta cuando se verifique el pago de salarios y prestaciones debidas”*; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandada.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación<sup>1</sup> respecto de los términos en que se dispuso el

---

<sup>1</sup> “De ante mano, valorando la sentencia favorable en relación con la declaratoria y las condenas, solicito una aclaración a la sentencia, posterior a la aclaración se determina la interposición o no del respectivo recurso de apelación respecto de la indemnización moratoria, toda vez que la misma se solicita de conformidad con el artículo 65 y dado que en el fallo se establece que a partir del mes 25 no hay señalamiento entre el mes primero al mes 24 de mora si existe o no la realización del pago de esta sanción moratoria de que trata el artículo 65, por lo cual solicito dicha aclaración y en caso pues de ser negada la pretensión como se había solicitado, procederé a la interposición del recurso.

**J:** Doctor, el juzgado sí condenó a la indemnización moratoria pero no de un día de salario desde el primer día hasta el 24. ¿Por qué? porque la demanda no se presentó dentro de los 24 meses siguientes como ordena la ley. Cuando ello no ocurre entonces no hay lugar sino a los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas que se causan a partir del primer día del mes 25 en adelante hasta cuando se pague; y es que en este caso, usted presentó o la demanda fue presentada después de haber transcurrido los 24 meses tal como me di a la tarea de leer la norma del artículo 65 que sirvió de fundamento, de estribo jurídico para proferir la decisión que acabo de adicionar o aclarar si es que no hay la aclaración.



pago de la indemnización moratoria, pues estima que debió concederse el pago desde el primer mes hasta el mes 24 en los términos del artículo 65 del CST, aunque no se hubiera presentado la demanda dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo, ya que la misma procede al haberse ordenado el pago de los salarios y prestaciones que no fueron reconocidos por el empleador, dando así lugar a un salario diario por cada día de retraso, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor, sobre todo cuando la demandada no probó haber pagado ni consignado.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, no hubo pronunciamiento por las partes dentro del término concedido

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

El litigio gira en torno a establecer si le asiste o no derecho a la demandante al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago de sus salarios y prestaciones sociales ordenados en la sentencia, desde la fecha de terminación de su contrato de trabajo y hasta que se verifique el pago de los mismos, o si por el contrario la razón está del lado del A quo al disponer únicamente el pago de intereses moratorios sobre las sumas adeudadas que se causan a partir del primer día del

---

Aquí sí hay condena de indemnización moratoria pero no puede ser de un día de salario desde el primer día hasta el último día del mes 24 porque no se presentó la demanda dentro de los 24 meses. Por eso la norma dice que si se presenta la demanda después de los 24 meses solo hay lugar a condenar al pago de intereses moratorios o los intereses sobre las sumas adeudadas sobre la tasa máxima que establezca la superintendencia bancaria a partir de la iniciación del mes 25 hasta que se pague y se verifique dicho evento, que aquí dijimos era a partir del 2016 porque el contrato terminó en marzo del 2014. ¿De acuerdo doctor? ¿Algo más?

**APODERADO:** Respecto de lo dicho entonces me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión proferida respecto de la indemnización moratoria al no concederse el pago del mes primero al mes 24 en los términos del artículo 65, si bien es cierto, el señor juez en primera instancia hace una manifestación de no haberse presentado la demanda con anterioridad a los dos años de cumplimiento, es decir, cumplimiento de los 24 meses de mora, el artículo 65 establece con claridad el reconocimiento y pago de la misma respecto del no reconocimiento y pago de los salarios o prestaciones que no hubieran sido reconocidos por el empleador. Para el caso en concreto como se probó dentro del litigio, pues efectivamente se establece y se ordena el pago de estos salarios y prestaciones que no fueron reconocidas por el empleador y establece en ese numeral primero las condiciones de su reconocimiento del día del último salario diario por cada día de retraso, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Efectivamente como no se verificó y la circunstancias de este numeral primero en relación a esta norma sustancial, pues no establecen la interposición del inicio del proceso ordinario, pues debe reconocerse por lo tanto esta suma diaria del mes primero al mes 24 toda vez que en ningún momento fue probado por parte de la demandada y tampoco procedió dentro de cuentas o consignaciones a favor de la demandante el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones que se habían dejado de devengar. En estricto sentido a este numeral primero del artículo 65, se establece el derecho a favor de mi representada del reconocimiento y pago de esta indemnización o sanción moratoria a su favor de un día de salario por cada día de retraso hasta el cumplimiento del mes 24 como efectivamente se eviencía dentro del litigio los anteriores términos y pues no sin antes manifestar estando de acuerdo con lo demás que se falló en esta primera instancia, interpongo ese recurso de apelación.

mes 25 en adelante hasta cuando se pague; ello de conformidad con lo dispuesto en el Art 66A del CPT y SS.

### **DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO - TERMINACIÓN DEL VINCULO.**

No es materia de discusión en la alzada la existencia del vinculo laboral que ató a las partes vigente entre el 13 de agosto de 2013 y el 26 de marzo de 2014, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de conductora de un tractocamión o carrotanque, devengando como última asignación mensual la suma de \$1.606.500, el cual terminó la empleadora sin justa causa, circunstancias de las que dieron cuenta entre otros medios probatorios la copia del contrato de trabajo junto a sus otro si de fechas 2 de diciembre de 2013 y 1 de enero de 2014 (fls 24-40), la carta de terminación del contrato de folios 47-49 y la liquidación final (fl 50).

De igual manera, no es objeto de pronunciamiento en esta instancia los montos y conceptos que el A quo encontró demostrados, adeuda la demandada a la señora MARGLOBIA GONZALEZ GIRALDO por concepto de salarios, prestaciones sociales y descuentos ilegales, que por tanto ordenó cancelar en la sentencia.

### **DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 65 DEL CST**

Como quiera que la censura se muestra inconforme con la condena que por concepto de indemnización moratoria realizó el fallador de primera instancia, quien amparado en lo dispuesto en el artículo 65 del CST y en la jurisprudencia de la H.Corte Suprema de Justicia, sólo dispuso el pago de intereses de mora sobre las sumas debidas, los cuales concedió a partir del mes 25, esto es, desde el 27 de marzo de 2016 hasta cuando se verifique el pago de salarios y prestaciones, absteniéndose de ordenar el pago de un día de salario por cada día de retardo, forzoso se muestra remitirnos al ordenamiento que regula el asunto.

*Pues bien, el artículo 65 del CST reza:*

#### ***“INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.***

*1. 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.*

*2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.*

**PARÁGRAFO 1o.** *Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.*

**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.”*

De la norma en cita es dable concluir que para determinar si procede la indemnización a razón de un salario diario por cada día de tardanza en el pago, los intereses moratorios, o estos dos de manera secuencial y excluyente, debe dilucidarse primeramente dos aspectos a saber, el salario y la fecha de presentación de la demanda.

Así, si se trata de un salario superior al salario mínimo legal mensual vigente, como acontece en el caso de la demandante, quien para el año 2014 devengó la suma de \$1.606.500 cuando para ese entonces el salario mínimo correspondía a la suma de \$616.000, y que presentó la demanda el 30 de mayo de 2017 según se lee en el acta de reparto que obra a folio 80 del expediente, esto es, transcurridos más de 24 meses desde el finiquito de su vínculo laboral, el cual tuvo lugar el 26 de marzo de 2014, por supuesto que tales circunstancias de ninguna manera pueden significar la pérdida de la sanción durante los primeros 24 meses como lo concluyera el Aquo, ni menos aún que sólo tuviera derecho al pago de intereses moratorios a partir del mes 25; No. Sino que a lo que da lugar es que sólo tenga derecho a recibir el pago de la sanción por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 sí los intereses moratorios y hasta que se verifique el pago de los rubros adeudados que contempla la norma, para el *sub lite*, los salarios, las prestaciones sociales (cesantías y primas de servicio) y los descuentos ilegales ordenados en la sentencia. De ahí que le asista razón a la censura.

El dilema es sencillo, los trabajadores que devengan más de un salario mínimo mensual y promueven la demanda ordinaria laboral dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo mantienen el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria correspondiente a un día de

salario por cada día de mora hasta cuando el pago de salarios y prestaciones sociales se verifique; empero, si la demanda se formula pasado el mes 24 del finiquito del contrato de trabajo, la indemnización moratoria aunque también se reconoce a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago de las acreencias que la generan, se limita tan sólo a los primeros 24 meses ya que en adelante, es decir, a partir del mes 25 correrán intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superbancaria.

En este punto conviene recordar que la norma lo que busca precisamente es evitar que aquellos trabajadores que perciban un monto superior al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente dilaten la formulación de su demanda hasta el término prescriptivo de que trata el artículo 151 del CPT y SS en procura de aumentar el monto de esta sanción, limitación que como es sabido no se presenta en relación con los trabajadores que devenguen el mínimo.

Al tema oportuno se muestra rememorar lo dicho por la H.Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad de lo acusado en el inciso primero y párrafo segundo del citado artículo 29 de la Ley 789 de 2003, cuando en lo pertinente puntualizó:

*“Descendiendo al caso que se revisa, advierte la Corte que el trato diferente establecido en el párrafo 2° de la Ley 789 de 2002, en favor de quienes perciben hasta un salario mínimo mensual vigente, está fundado en una justificación objetiva y razonable, ya que tal medida tiene por finalidad proteger a dichos trabajadores por tratarse de personas que, desde el punto de vista económico, se encuentran en una situación de vulnerabilidad manifiesta que las coloca en inferioridad de condiciones en relación con el resto de los trabajadores que reciben una asignación salarial superior. Situación que se acentúa cuando quedan cesantes en su empleo, y la mora supera los veinticuatro (24) meses, donde el no pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales amenaza graves perjuicios tanto para el trabajador como para quienes de él dependen.*

*Así las cosas, lejos de atentar contra el derecho de igualdad la norma acusada pretende hacerlo efectivo, pues al prolongar para los trabajadores que reciben hasta el salario mínimo la vigencia del régimen de indemnización moratoria previsto en el artículo 65 del CST, el legislador cumple con el mandato del artículo 13 de la Carta que le impone al Estado el deber de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad manifiesta, objetivo que tal vez no se lograría si en caso de mora en el pago de las acreencias laborales por un lapso superior a los veinticuatro (24) meses, dichos trabajadores no contarán con un mecanismo como el previsto en el artículo 65 del CST, que sanciona drásticamente al empleador que a la terminación del contrato de trabajo no cancela los salarios y prestaciones sociales.*

*No quiere significar lo anterior que los trabajadores que perciben una asignación superior al salario mínimo hayan quedado desprotegidos en el evento en que a la terminación del vínculo su empleador no les pague los salarios y prestaciones adeudados, lo cual si resultaría desproporcionado, pues de todas formas tienen derecho a la indemnización por falta de pago. Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria, pues de lo contrario sólo podrán reclamar*

*intereses moratorios a la tasa máxima para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto.”* (resaltado propio de la Sala, fuera del texto original)

Así las cosas, habida cuenta que el fallador de primera instancia no se ocupó condenar respecto al período comprendido entre el 26 de marzo de 2014 -cuando se verificó la terminación del vínculo laboral de la demandante- y hasta el último día del mes 24 siguiente a esa fecha, es del caso modificar el ordinal segundo de la sentencia apelada exclusivamente en lo que a la condena de indemnización moratoria interesa, para disponer el pago de la sanción de un día de salario por cada día de retardo en el pago de los haberes que dan lugar a su causación la cual asciende a \$38.556.000, sobre todo cuando ninguna justificación adujo la demandada para tal incumplimiento, manteniendo la orden de pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hasta que el pago de las acreencias que dan lugar al mismo se verifique.

Sin costas en esta instancia, las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal SEGUNDO de la decisión proferida el 7 de noviembre de 2018 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a la indemnización moratoria atañe, pues únicamente dispuso pagar los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas que se causan a partir del primer día del mes 25 en adelante hasta cuando se paguen las acreencias debidas, para en su lugar, ordenar el pago de un día de salario por cada día de mora, entre el 27 de marzo de 2014, día siguiente a la terminación del contrato, hasta el 26 marzo de 2016, fecha en que se cumplió el mes 24, la que liquidada asciende a la suma \$38.556.000.00; y a partir el mes 25 intereses moratorios, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta cuando se verifique el pago, a título de indemnización moratoria, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

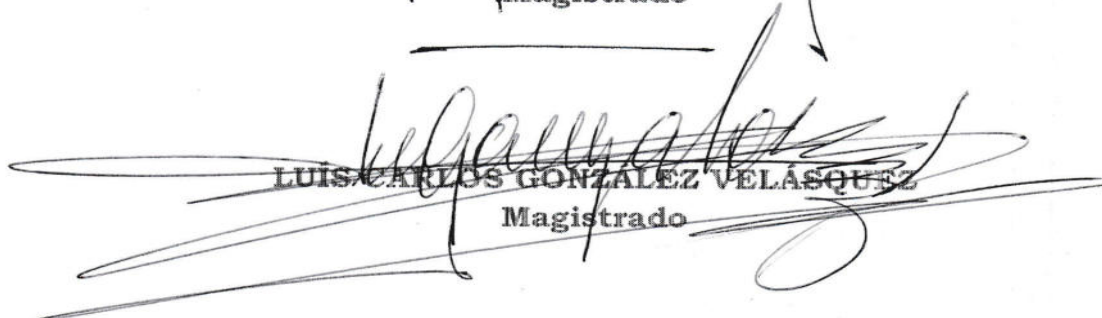
**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia las de primera se confirman.

Notifíquese y Cúmplase

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105004201800410 01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Factores salariales para calcular la pensión de jubilación-reliquidación

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JUANITA ORTIZ DE HERNANDEZ en contra de LA UNIDAD DE GESTION Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP.

**ANTECEDENTES**

JUANITA ORTIZ DE HERNANDEZ promueve demanda ordinaria laboral en contra de LA UNIDAD DE GESTION Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP para que sea condenada a reliquidar la pensión de jubilación a partir del 1º de enero de 1992, teniendo en cuenta todos los factores salariales tales como asignación, antigüedad, recargos nocturnos, dominicales y feriados, prima de vacaciones y prima de servicios, de conformidad con el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, pago que ha de realizarse debidamente actualizado, las costas del proceso y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que con Resolución No. 001089 del 7 de abril de 1992 el ISS le reconoció pensión de jubilación bajo los parámetros del Decreto 1653 de 1977, a partir del 1º de enero de 1992 en cuantía inicial de \$325.266, calculada con una tasa de reemplazo del 75% del IBL, la cual fue reliquidada a la suma de \$346.496 sin tener en cuenta los factores salariales tales como asignación, antigüedad, recargos nocturnos, dominicales y feriados, prima de vacaciones y prima de servicios, habiendo agotado la reclamación administrativa (fls 2-8)

**CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma la demandada dio contestación con escrito de folios 33 a 35 en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría salvo el

relacionado con la no inclusión de factores salariales certificados y propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y genérica. .

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 14 de noviembre de 2018, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, decidió absolver a la demandada de todas las pretensiones y condenar en costas a la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$400.000.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación pues estima que en la liquidación por ella efectuada, teniendo en cuenta los factores certificados en el último año, los valores son superiores, por lo que solicita la revisión de la liquidación y si es del caso se modifique.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora insistió en el derecho que le asiste a la reliquidación de su pensión con los factores salariales reclamados en la demanda. Por su parte, la demandada solicitó la confirmación de la sentencia porque la pensión se liquidó con los factores correspondientes y con observancia del Decreto 1653 de 1977, la ley 1848 de 1969 y la ley 33 de 1985.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver las suplicas de la demanda previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a lo indicado en el recurso de apelación, el mismo se centra en determinar el valor correcto de la primera mesada pensional teniendo en cuenta los factores salariales probados en el expediente, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), que impone a la Sala estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso.

Pues bien, toda vez que se afirma que los factores salariales con los que ha debido liquidarse la pensión reconocida a la señora JUANITA ORTIZ DE HERNANDEZ corresponden a los de la certificación que milita en el expediente a folios 23, y que no existe discusión que dicha pensión le fue concedida a la misma con base en el Decreto 1653 de 1977 en el porcentaje debido, forzoso se muestra para la Sala hacer las siguientes precisiones.

El artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, prevé que los funcionarios de la seguridad social tienen derecho a que se les reconozca la pensión de jubilación cuyos factores que deben ser tenidos en cuenta para calcular la mesada pensional son: a.) Asignación básica mensual b.) Gastos de



representación c.) Primas técnica, de gestión y de localización d.) Primas de servicios y de vacaciones e.) Auxilios de alimentación y transporte f.) Valor del trabajo en dominicales y feriados, y g.) Valor del trabajo suplementario en horas extras.

Así, revisados los documentos aportados al expediente, en especial el certificado de información laboral “ Formato No. 1” expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social que consta a folio 22, así como el la certificación de valores pagados No. 1470 expedida por el Coordinador del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas visible a folio 23 en el que detalla los conceptos cancelados a la actora mes a mes durante el último año de servicios, junto con los contenidos en el archivo administrativo allegado en medio magnético obrante a folio 38, se observa que entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1991, la demandante devengó ingresos por concepto de ASIGNACION BASICA (\$2.920.781), ANTIGÜEDAD (\$167.064), RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FERIADOS (\$962.274), PRIMA DE VACACIONES (\$265.619) Y PRIMA DE SERVICIOS (\$710.057), todos ellos incluidos dentro de los factores establecidos en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977.

De tal suerte, confrontadas tales sumas y conceptos por valor total de **\$5.025.795**, con los tenidos en cuenta en su momento por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en la Resolución 001089 del 7 de abril de 1992, modificada por la Resolución 004924 del 29 de diciembre de 1992 (fls 16-17 y 19-20), contrario a lo manifestado por la censura, es evidente que no sólo fueron incluidos los últimos anotados rubros al momento del reconocimiento inicial de la pensión en los montos certificados, sino que luego del reconocimiento pensional por virtud de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y la Asociación Nacional de Enfermeros de Colombia, ANEC – de la que se desconoce su contenido- el ISS aplicó el aumento de ley establecido en el Decreto 536 de 1992<sup>1</sup> para la asignación básica mensual, lo que dio lugar a la modificación de la primera mesada pensional, fijando así en la segunda como monto total de lo devengado en el último año de servicios, la suma de **\$5.543.935** y de esa manera variando el valor de la primera mesada a la suma de **\$346.496**.

En conclusión, no encuentra la Sala que la parte demandada hubiera dejado de incluir en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante, concepto alguno de los que legalmente debían estar inmersos para el efecto, ni menos aun en valor inferior a los probados dentro del proceso según certificación allegada, por lo que no hay lugar a la reliquidación pretendida por la parte demandante y, en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente al haberse resuelto de manera desfavorable la apelación.

---

<sup>1</sup> Por el cual se aprueba el Acuerdo número 543 de marzo 10 de 1992, emanado de la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales, mediante el cual se adoptó la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y la Asociación Nacional de Enfermeros de Colombia, ANEC, que entre otros aspectos dispuso un incremento a las asignaciones básicas. Para la vigencia comprendida entre el primero (1°) de noviembre de 1991 y el treinta y uno (31) de octubre de 1992.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JUANITA ORTIZ DE HERNANDEZ en contra de LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP, conforme a los razonamientos expresados por la Sala.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.803. Las de primera instancia se confirman.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CAYÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 1100131050 01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Reliquidación de pensión de jubilación convencional- aumentos.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2018 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ EDGAR MURILLO VALENCIA en contra de LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – ETB S.A ESP y solidariamente en contra de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A .

**ANTECEDENTES**

JOSÉ EDGAR MURILLO VALENCIA promueve demanda ordinaria laboral en contra de LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – ETB S.A ESP y solidariamente en contra de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A para que previa declaratoria que es pensionado de la ETB SA ESP, a partir del 12 de abril de 2010 y que tiene derecho a que se le reconozca y pague el reajuste e incremento correspondiente año por año con los aumentos de ley con el IPC correspondiente para los años 2010 a 2015, sean condenadas a dichos pagos debidamente indexados, con efectos retroactivos, teniendo en cuenta que la curva salarial liquidada al momento de adquirir el status de pensionado no fue reajustada e incrementada, junto con el pago de dos horas extras dejadas de pagar entre el 2 de marzo de 1998 y el 11 de abril de 2010, sobre el valor del último salario devengado, con los intereses de mora desde la fecha en que debió hacerse el mismo, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que laboró para la ETB desde el 10 de diciembre de 1985 hasta el 11 de abril de 2010, por ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo le fue reconocida pensión en cuantía inicial de \$3.740.994 a partir del 12 de abril de 2010,

por haber laborado 24 años, 3 meses y 23 días, la cual se debió liquidar con todos los factores convencionales, no obstante, desconoció el valor del incremento del 15% adicional establecido para el cargo que desempeñó como audio probador en una jornada de 8 horas diarias, cuando el establecido en el reglamento era de 6 horas diarias, por lo que solicitó el reajuste correspondiente sin que se realizara la corrección de su mesada, además que la ETB dejó de aplicar los aumentos legales desde 2010 hasta 2015, lo cual hubiera determinado que su mesada pensional debidamente reliquidada ascendiera a la suma de \$5.498.944.82 (fls 388-403)

#### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma las demandadas dieron contestación así:

**LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ - ETB S.A ESP** con escrito de folios 505 a 522 se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con el vínculo laboral, la condición de beneficiario de la CCT del trabajador y el reconocimiento pensional, negando que ocupara el cargo de audio probador a la fecha de terminación del vínculo y los demás. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa o sin causa legalmente justificada, ausencia de causa, prescripción, inexistencia de la mora y actuación de buena fe de la entidad, inexistencia de la obligación de pagar intereses o indexación, pago, compensación, inexistencia de violación a normas convencionales y la genérica.

**POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A** con escrito de folios 523 a 528 se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestó no constarle ningún hecho y propuso las excepciones de mérito que denominó como inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, falta de causa jurídica, indemnidad buena fe y la genérica.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 14 de septiembre de 2018, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, decidió absolver a las demandadas de todas las pretensiones, declarar probadas las excepciones de ausencia de causa e inexistencia de la obligación propuestas, en su orden, por la ETB y POSITIVA, y condenar en costas al demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de 1/2 SMLMV.

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones, al considerar una indebida valoración

probatoria en cuanto a lo concluido respecto a que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de audio operador, en particular, los memorandos de encargo temporal, la CCT (fls 122 a 212) que obligaba a tenerlo en ese cargo por superar los 3 meses, la foto publicada por el diario el Espectador de fecha 23 de noviembre de 1998, así como lo indicado por los testigos **FRANCISCO OLAYA GOMEZ**, que dio cuenta que el demandante ejerció el cargo de audio probador con las restricciones de salud en el último año, cargo que desapareció de la planta de personal por razones externas, ALVARO TELLEZ quien indicó que para los encargos había un laberinto y ERIBARTO ACOSTA ACOSTA, ERMES ORLANDO LOZANO LOZANO quien precisa el tiempo que el señor EDGAR desarrolló el cargo, no compartiendo la conclusión del Juzgado en cuanto que el demandante confesó que iba y venia, debiendo respetarse su derecho bajo la figura del contrato realidad.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, insistiendo en la procedencia de sus pretensiones reliquidatorias con base en el incremento de la pensión a partir del 12 de abril de 2010 respecto del cargo desempeñado y comprobado, allegando para tal propósito con su escrito de alegatos la Convención colectiva de trabajo de 1990-1991, y nuevamente documentos que ya obraban en el expediente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver las suplicas de la demanda previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a lo indicado en el recurso de apelación, el mismo se centra en determinar si el último cargo desempeñado por el demandante fue el de audio operador, y en caso afirmativo, si hay lugar a los reajustes pensionales correspondientes a dicho cargo, examinando para tal efecto las documentales y los testimonios que aduce mal valorados, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), que impone a la Sala estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso.

#### **DEL CARGO DE AUDIO OPERADOR DEL DEMANDANTE – REAJUSTE SALARIAL**

Le asiste razón a la censura cuando afirma que la documental militante en el expediente no fue tachada ni refutada de falso, de ahí que en aras de establecer si la misma es plena prueba de que el cargo desempeñado por el señor EDGAR MURILLO VALENCIA en el año anterior al fenecimiento de

su vínculo laboral (12 abril de 2009-12 abril de 2010) fue el de audio operador, el cual aduce que ejecutó desde el año 1998, es por lo que la misma deba ser valorada en conjunto con la prueba testimonial recibida en juicio y el interrogatorio de parte absuelto por el actor.

En tal sentido, lo primero que debe indicarse es que ninguna discusión suscita el hecho de que entre los años 1993 y hasta principios del año 1998 el demandante, por virtud de concurso que ganó, fue designado y ejecutó las labores propias del cargo de planta como instalador reparador.

Ahora bien, en lo que interesa para el año 1998, con los memorandos que militan dentro del plenario (fls 68,69 y 88,89), se tiene plenamente demostrado que a partir del 19 de marzo de 1998, la ETB, haciendo uso de la figura jurídica del Encargo, aceptó designar al señor MURILLO como Audiooperador, debido a la falta de personal de audiooperadores, ello, al acceder a la solicitud que en tal sentido elevó quien para ese entonces ocupaba el cargo de Jefe de Sección de Mantenimiento Correctivo IV, señor Alexander Sánchez Osorio, encargo por vacancia temporal que, de acuerdo al boletín obrante a folio 427 de fecha 5 de mayo de 1998, se realizó hasta el 22 de abril de 1998, en donde se registra que se le canceló el sueldo del encargo y que el mismo terminó por cuanto cambio la denominación del cargo a operador de consola a partir del 23 de abril de 1998.

Luego de tal fenecimiento del encargo, otra de las documentales que dio cuenta de un encargo, sin especificación del cargo a ocupar, fue el memorando de fecha 23 de diciembre de 1999 (fls 83 y 435) mediante el cual se accedió a una solicitud de comisión, siendo que los documentos que reposan a folios 429 a 433 se trataron de novedades a reportar específicamente para los años 2003 y 2004 en los que se lee que el cargo a ocupar sería el de Instalador Reparador con el fin de desempeñar las funciones establecidas para el cargo actual que ostentaba, que resultaba ser ese mismo, frente al que igualmente fue que se le dieron los elementos de dotación y bonos (fls 490-500) para los años 2003, 2004 y 2006 a 2010, es decir, siempre para el cargo de instalador reparador.

Traslados o asignaciones al cargo de Instalador Reparador, que así vistas, lejos de mostrarse contradictorias, concuerdan con el dicho del actor en su interrogatorio de parte, cuando expresamente admitió que iba y venía entre el cargo de Instalador Reparador y Operador de Consola, este último que desempeñó por 3 o 4 meses hasta el año 2010.

En este punto conviene precisar que, justamente, la principal consecuencia del interrogatorio de parte, es la de provocar la confesión de quien lo rinde al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del CGP<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Artículo 191. Requisitos de la confesión. La confesión requiere: 1.) Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. 2.) Que verse sobre hechos que

aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPTSS, no encontrando la Sala, por tanto, reparo alguno en la valoración que sobre el particular le dio el A quo a lo manifestado por el actor, en cuanto a su falta de permanencia en los cargos ocupados por encargo o comisión, la que además fue corroborada en esta instancia.

Y en lo que interesa a la publicación efectuada en el diario de El Espectador de fecha 23 de noviembre de 1998 (fls 82 y 534), en la que figura una foto de dos hombres de la mesa de pruebas que hacen de puente entre los reparadores externos y de los distribuidores como parte de la reparación, frente a la que sostiene el apoderado demandante, da cuenta que para esa fecha su representado ejercía ese cargo (fls 95 y 534) ya que es la persona que está en el fondo de aquella, basta decir que tal fotografía de ninguna manera es prueba de que para la fecha de ese reportaje el actor desempeñara el cargo de Audiooperador, y menos aun que lo fuera desde el 19 de marzo de 1998 cuando se le encargó, pues como se señalara anteriormente, dicho encargó se dio por terminado en el mes de abril de la misma anualidad, desconociendo este Colegiado si la fecha de publicación de publicación del reportaje corresponde a la misma de la foto, y por supuesto, si con posterioridad a la terminación escrita del encargo inicial se le dio otro y por cuánto tiempo, reiterando en todo caso, que la documental que informó sobre la terminación del encargo no presentó oposición alguna.

Continuidad en el cargo de Audiooperador por parte del actor desde el año 1998 y hasta el año 2010 cuando terminó su vínculo laboral, que tampoco se halla demostrada con las declaraciones rendidas por los testigos, como bien lo concluyera el fallador de primera instancia, quienes en ese tema no brindaron de manera clara certeza sobre su dicho, pues algunos de ellos ni siquiera estaban laborando para la última anotada calenda, o no compartieron los mismos espacios o condiciones laborales.

Es así como **ALVARO TÉLLEZ MOSQUERA**, quien laboró para ETB hasta el año 2004, relató que conoció al señor MMURILLO como reparador y en 1999 cuando regresó de sus estudios en el exterior, lo vio en la sección de operaciones con el uniforme de Audiooperador de consola, desconociendo los períodos durante los que aquél ocupó el cargo de Audiooperador y el tiempo que los ejercía, o si su jefe procedió a dejarlo en el encargo, aclarando en general y no para el caso del actor, que lo que pasaba era que la gente que estaba en la calle o cuadrilla al no querer continuar en la

---

produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. 3.) Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba. 4.) Que sea expresa, consciente y libre. 5.) Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento. 6.) Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada. La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.

calle, llegaban a acuerdos con los jefes para que se suspendieran los encargos y los volvieran a nombrar transcurrido un término mientras aparecía la gente del concurso. Mientras que **HERMES ORLANDO LOZANO**, quien fue Audiooperador desde 1996 hasta 2016 y en adelante analista 1, informó conocer al demandante porque trabajan en ese cargo pero en centros de mantenimiento distintos, pero atendían las mismas operando el aquél e en la sede universitaria, sin saber que estaba en encargo, los que a veces se hacían de manera verbal, y como lo vió en pruebas por eso pensó que estaba nombrado, siendo que su relación con otros audiooperadores de otras sedes consistía en comunicaciones por preguntas sobre los problemas a resolver o materiales o ayudas, confirmando que en el año 1998 las funciones cambiaron por la tecnología, señalando además que, como no estaba en la sede donde el demandante estaba directamente operando, no sabía en qué condiciones se encontraba. Por su parte, **ERIBARDO ACOSTA ACOSTA**, comentó que trabajo desde 1981 hasta el 15 de diciembre de 2006 ocupando como último cargo el de Jefe de distribuidor, de ahí que sabe que el demandante estuvo como reparador, sin que le conste que hubiera sido Audiooperador sino que tan sólo escuchó eso, contándole el actor que se pensionó en el año 2010, recordando que en el año 2006 antes de retirarse, trabajaron en una época en la 72 con 7ª, en donde aquél era reparador. A su vez, **GRATINIANO CASTELLANOS**, quien laboró desde agosto de 1991 hasta julio de 2010 en la ETB, manifestó conocer al señor EDGAR desde 1992 como reparador instalador, cargo que ambos ejercieron entre 1996 y 1997, luego, en 1998, llamaron al demandante como audio operador, y mantenían comunicación hasta 2008, cuando cambió de sede pero hasta donde sabe aquél siguió como Audiooperador porque se lo dijo y entre 2009 y 2010 a veces lo atendió como audio operador. Finalmente, **JOHN FRANCISCO OLAYA GOMEZ**, en su condición de jefe de grupo en ETB, con función de control de personal dentro del que se encontraba el aquí demandante entre los años 2009 y 2010, declaró conocer a éste desde 1998, aunque no tuvo relación con él entre 1998 y 2008 porque pasó a otras cuadrillas mientras que aquél continuó en la sede universitaria, por lo que no sabe que hizo en ese lapso, precisando que en esos dos últimos años el actor estuvo en la Central de Teusaquillo y aunque era su Jefe no supo explicar el cargo y las funciones que debía desempeñar su subalterno, ya que quienes delegaban las funciones eran los superiores y cuando llegó a ese cargo el demandante ya las tenía asignadas viéndolo hacer como pruebas si el cable tenía algún daño, lo que hacían los operadores de consola, con la aclaración que el contacto era muy poco por lo que con el “casi no tocaba” conociendo que tenía una restricción médica y por eso lo dejó el Jefe Montenegro (cree que tenía una restricción), y como jefe simplemente verificaba que firmara las planillas cumpliendo las 8 horas diarias. Y a la pregunta si le constaba que el actor laboró como audio operador entre 2009 y 2010 antes de su retiro contestó, grosso modo que puede certificar que lo vio recibiendo pruebas en 1998 y 2000, de restó lo vio con otras funciones que eran más o menos similares a las de Audiooperador, pero no como tal, porque en ese tiempo ya las mesas no



estaban, y entonces no puede decir cosas que no vio.

Material probatorio que analizado conjuntamente no permite variar la decisión absolutoria objeto de apelación, en la medida que no demuestra que desde el año 1998 y hasta el 12 de abril de 2010 el promotor de esta actuación, de manera continua y permanente, desarrollara el cargo de Audiooperador u Operador de consola, particularmente durante el último año de servicios, y sobre esa base que tuviera derecho a que su asignación salarial se reajustara para efectos pensionales, máxime cuando el actor era quien soportaba la carga probatoria de la continuidad de los encargos, lo que no hizo, ya que muy por el contrario con su confesión se acreditó la solución de continuidad.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente al haberse resuelto de manera desfavorable la apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**


**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2018 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ EDGAR MURILLO VALENCIA en contra de LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – ETB S.A ESP y solidariamente de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A , conforme a los razonamientos expresados por la Sala.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.803. Las de primera instancia se confirman.

### **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESCOBEDO CAYDÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



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

**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**

Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105018201800490-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** Pensión de vejez- Compatibilidad con la del Magisterio.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia del 25 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FANNY BERNARDA AVELLA AVELLA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Previo a ello se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada de esa entidad a la Dra LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC No. 31.486.436 de Yumbo- Valle y T.P No. 303924 del CSJ conforme el poder a ella sustituido.

**ANTECEDENTES**

FANNY BERNARDA AVELLA AVELLA, promueve demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que previa declaratoria de que es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez, se condene a dicha entidad a pagar las mesadas causadas debidamente indexadas, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló, que nació el 26 de julio de 1955, cumpliendo los 55 años de edad el 26 de julio de 2010, en 2017 le fue reconocida pensión por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para la cual no se tuvo en cuenta el tiempo cotizado por cuenta del sector privado; como docente del sector privado cotizó a COLPENSIONES 759 semanas, 645.88 de ellas entre el 24 de julio de 1997 y el 31 de marzo de 2004; el 14 de febrero de 2018 solicitó el pago de su pensión la cual le fue negada.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificada COLPENSIONES dio contestación con escrito de folios 52-57 en donde se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y las resoluciones negando su petición. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de julio de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, y condenó en costas a la actora incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000 (fls 70-73)

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, teniendo en cuenta dos aspectos: 1) que COLPENSIONES no hizo alusión al incumplimiento de semanas exigidas en el acto legislativo 01 de 2005, debiéndose considerar las semanas efectivamente cotizadas que constan en el reporte.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicitó la revocatoria del fallo apelado para que en su lugar se acceda a sus pedimentos por encontrarse reunidos los requisitos para el otorgamiento de la pensión. Por su parte, COLPENSIONES precisó que debe ser la entidad que realizó el reconocimiento pensional la que solicite a las administradora o entidades los tiempos cotizados que no se tuvieron en cuenta para el reconocimiento, que en caso en estudio es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver este grado jurisdiccional previas las siguientes,

#### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURIDICO**

El mismo se circunscribe a establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y por tanto le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049/90, y en caso afirmativo, si la demandada adeuda retroactivo alguno, determinando la fecha y la forma de pago, para lo cual deberá verificarse en primer lugar si hay lugar a la compatibilidad pensional de una pensión de jubilación oficial (MAGISTERIO) y una pensión de vejez.

## **DE LA COMPATIBILIDAD PENSIONAL**

Al respecto, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante sentencia SL461-2013 con radicado No. 41001 del 17 de julio de 2013, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverri Bueno, en la que se dijo:

*“En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, **a la demandante le resulta válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.***

*En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, **la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada.***

...

*En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.*

***Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos.*** (Negrilla fuera de texto)

En este punto conviene indicar que al entender de esta Sala, la Ley 4° de 1992 no hace incompatible la pensión de jubilación del Magisterio que devenga la actora con la pensión de vejez que ahora solicita en su demanda, pues en el momento en que arribó a los 55 años de edad y las 500 semanas de cotización, ya había sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-1157 del 2003 las disposiciones en tal sentido, y en todo caso, aun de encontrarse vigentes, tampoco se vería afectada su reclamación de la pensión de vejez considerando que lo que realmente prohibía aquella norma era ejercer como docente al servicio del Magisterio y al mismo tiempo devengar una pensión de vejez o desempeñar cualquier otro empleo o servicio público, situación que no es la de la promotora de esta actuación, como quiera que lo que se presentó fue la prestación simultánea de sus servicios a entidades educativas públicas y privadas, previa afiliación al ISS por cuenta de estas últimas, como lo ha contemplado precisamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, antes vista, de ahí que no resulte incompatible la pensión otorgada por el Fondo del Magisterio con la aquí peticionada.

Conforme a lo anterior, es evidente que procede el estudio del reconocimiento a la pensión de vejez solicitada, la cual es compatible con la pensión de jubilación oficial otorgada por el Magisterio a la demandante.

### **DEL BENEFICIO DE LA TRANSICIÓN**

No existe duda, en el presente asunto, que la señora AVELLA AVELLA nació el 26 de julio de 1955, pues de ello dan cuenta las distintas Resoluciones expedidas por COLPENSIONES obrantes de folios 11 a 29, y se consta con la copia de la su cédula de ciudadanía obrante a folio 44, por lo que para el 1º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993), contaba con más de 35 años de edad, para ser precisos 38, siendo a todas luces evidente que gozaba del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de dicha ley<sup>1</sup>, sin embargo, este beneficio fue supeditado con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuyo párrafo transitorio 4º<sup>2</sup>, indicó que el régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizados al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, 25 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría el régimen hasta el año 2014.

Así, con el fin de verificar si la demandante conservó el beneficio de la transición para pensionarse con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 que aprobó el Decreto 758 del mismo año, que establece: *“Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los Sigüientes requisitos: Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”*, es por lo que se procede a verificar si como lo afirma, satisfizo los presupuestos allí contemplados antes del 31 de julio de 2010, pues de lo contrario sería presupuesto adicional que el conteo de las semanas cotizadas al ISS por cuenta de servicios prestados al sector privado fuera igual o superior a las 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005.

Al respecto, una vez revisado el resumen de semanas cotizadas que milita de folios 40 a 43, se tiene plenamente establecido que durante toda su vida cotizó

---

<sup>1</sup> “ARTICULO 36. REGIMEN DE TRANSICION. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. ...”.

<sup>2</sup> "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".

un total de 729.57 semanas, de las cuales 645.85 lo fueron dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad que satisfizo el 26 de julio de 2010, por lo que reúne el requisito de densidad de semanas cotizadas contemplada en la ley.

#### **DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ**

Respecto del reconocimiento de la prestación económica incoada, y la fecha a partir de la cual se debe condenar a la pasiva a reconocer y pagar la pensión de vejez, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 señala:

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

De la citada norma se desprende que la causación de la pensión de vejez es un concepto diferente al disfrute de la prestación; la primera, ocurre siempre que se reúnan los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por la ley, en tanto que el disfrute ocurre una vez se produzca la desafiliación del Sistema de Pensiones.

Respecto al requisito de la desafiliación del sistema, la CSJ- Sala Laboral, en algunas de sus sentencias, v.gr la del rad. 35605 de 2009, reiterada en sentencia Rad. 38776 de 2011 y 49226 de 2014, señaló:

*“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.”* (Negrilla fuera de texto)

En el presente asunto, se tiene acreditado que el último período cotizado lo fue el ciclo de marzo de 2004, por lo que el único requisito faltante era el cumplimiento de la edad, y si ello es así, causó el derecho a la pensión de vejez el 26 de julio de 2010 cuando completó los 55 años de edad, por lo que es del caso declarar el derecho a partir de esa calenda.

#### **DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA PENSIONES DE VEJEZ.**

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, conforme lo

explicado en las sentencias CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 405523, reiterada en la del 17 jul. 2013, rad.457124, entre otras, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el 1° de abril de 1994, al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los casos en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

De igual manera, en la sentencia CC SU-230 de 2015 (29 abril), se indicó que:

*“(...) El ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.” “(...)”.* (Subrayado fuera de texto original)

<sup>3</sup> “Como quedó visto en sede de casación, para el caso de quienes les faltaba <menos> de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica a fin de establecer el IBL, las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la citada Ley 100. Empero, para quienes les faltare <más> de 10 años, el IBL será el previsto en el artículo 21 ibídem, norma que el censor también enunció en la proposición jurídica del cargo, esto es, el “*promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión*”, o el promedio del ingreso base de cotización, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, si resulta superior al anterior, siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

<sup>4</sup> “(...)” Así las cosas, para quienes les faltare más de 10 años, el IBL será el consagrado **en el artículo 21** de la Ley de Seguridad Social, esto es, “*el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión*” o el promedio del ingreso base de cotización ajustado por inflación, **calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del asegurado, si resulta superior al anterior siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo.**”

“De tal modo, que al haber tomado el *ad quem* el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como norma aplicable en materia de IBL para este particular asunto, en el que el actor cotizó al sistema de seguridad social integral más de 1250 semanas, concretamente 1480, es dable optar por el IBL que le resultare más favorable al afiliado, y desde esta perspectiva la Colegiatura, no vulneró la ley en la forma en que le enrostra la censura.”

“Y ello es así, por cuanto, se reitera, cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, al demandante le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, pues reunió requisitos al cumplir la edad de 60 años el 16 de octubre de 2007, razón por la cual tal como lo sostuvo el Tribunal, **pese a que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social, el ingreso base de cotización de su prestación no se regía por esa disposición sino por el artículo 21 ibídem.**”

“Dicho criterio ha sido acogido por esta Corporación, entre otras, en la sentencia 37246 del 22 de enero de 2013, que reitera la proferida el 1° de marzo de 2011, Rad. 40552.)

En el caso concreto, como quiera que a la demandante le faltaba más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, contados desde el 1° de abril de 1994, y tenía cotizadas apenas 729.57 semanas, por lo que su ingreso base de liquidación debe establecerse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los 10 años anteriores a la fecha de causación del derecho, lo que arroja, de acuerdo a la liquidación elaborada por el liquidador de esta Corporación el siguiente resultado.

<b>Total días</b>	<b>3600</b>	<b>Total devengado actualizado a:</b>	<b>2010</b>	<b>\$ 81.591.333,90</b>
<b>Total semanas</b>	<b>514,29</b>	<b>Ingreso Base Liquidación</b>		<b>\$ 679.927,78</b>
<b>Total Años</b>	<b>10,00</b>	<b>Porcentaje aplicado (Acuerdo 049/90)</b>		<b>57%</b>
		<b>Primera mesada</b>		<b>\$ 387.558,84</b>
		<b>Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año</b>	<b>2010</b>	<b>\$ 515.000,00</b>

Y es que al resultar inferir el monto de la primera mesada pensional se debe ajustar al salario mínimo legal mensual vigente.

#### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

En primer lugar, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, la demandante tenía el derecho a partir del 26 de julio de 2010, data para la cual, ya había cumplido los 55 años de edad y contaba con 729.57 semanas cotizadas en toda su vida laboral, 645.85 de ellas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, sin embargo, elevó la solicitud del derecho pensional tan sólo hasta el pasado 14 de febrero de 2018, la cual fue resuelta finalmente con resoluciones SUB 73105 del 16 de marzo 2018, frente a la que interpuso los recursos de ley, decididos con resoluciones SUB100597 del 16 de abril de 2018 y DIR 7926 del 25 de abril de 2018, notificado este último el 16 de mayo de 2018, por lo tanto, dado que entre ésta última fecha y la presentación de esta demanda (22 de agosto de 2018 fl 45) no transcurrieron más de 3 años, es claro que la dicha solicitud elevada el 14 de febrero de 2018 interrumpió el termino prescriptivo, por lo que todas y cada una de las mesadas anteriores al 14 de febrero de 2015 se hallan prescritas, ello en los términos del artículo 151 del CPT YSS, como así se declarará.

#### **DE LOS INTERESES MORATORIOS**

Señala el tenor literal del artículo 141: “**INTERESES DE MORA.** A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la



*tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*

Los intereses de mora contemplados en el artículo aludido se consideran generados cuando existe mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, por lo tanto, los mismos se producen de pleno derecho por el simple hecho de que la entidad se encuentre en mora de reconocer y pagar la pensión a que tiene derecho el afiliado.

No obstante, el artículo 33 de la misma normatividad señala que: *“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.”*

Quiere esto decir que al dar una interpretación integral al cuerpo normativo que regula el reconocimiento de la prestación, esto es, la Ley 100 de 1993, se encuentra que la entidad entrará en mora desde el día siguiente al vencimiento del plazo otorgado por ley para el reconocimiento de la prestación, en otras palabras, a partir del día siguiente al cumplimiento de los 4 meses que tiene para dar respuesta a la solicitud pensional.

Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral que han abordado el tema, entre otros, es pertinente citar la Sentencia con radicación 43564 del 5 de abril de 2011 con ponencia del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza donde se señaló claramente lo arriba expuesto, diciendo: *“Como lo ha explicado esta Sala de la Corte, la imposición de los intereses moratorios debe hacerse desde el momento en el que vence el plazo legal para que la entidad de seguridad social otorgue el derecho pensional, pero ello es así en condiciones normales, vale decir, cuando se está frente a una sola petición de reconocimiento de la prestación (...)”*

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, encuentra esta Sala motivos suficientes para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que la demandada apoyó su negativa en la interpretación y alcance que dio tanto a la ley 4ª de 1992 como a la ley 812 de 2003, respecto de la cual tampoco existe una pacífica jurisprudencia.

#### **COSTAS**

Atendiendo los resultados de la alzada correrán las costas a cargo de la demandada. Las de primera se revocan para en su lugar imponerlas a ésta última.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 25 de julio de 2019 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró FANNY BERNARDA AVELLA AVELLA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que a la señora FANNY BERNARDA AVELLA AVELLA le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo, por ser beneficiaria del régimen de transición, la cual se encuentra a cargo de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la cual causó a partir del cumplimiento del requisito de la edad.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante una pensión de vejez a partir del 14 de febrero de 2015, en cuantía inicial de \$644.350.ºº junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, la que en lo sucesivo debe ser reajustada anualmente conforme las disposiciones del gobierno, cuyo retroactivo liquidado al 31 de julio de 2020 asciende a la suma de \$57.472.222, el cual ha de cancelarse debidamente indexado desde su causación y hasta que se verifique el pago.

**CUARTO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto de todas y cada una de las mesadas causadas entre el 26 de julio de 2010 y el 14 de febrero de 2015, y la de cobro de lo no debido respecto de los intereses moratorios, conforme las razones expuestas en la motiva de esta providencia.

**QUINTO: CONDENAR** en costas de ambas instancias a la demandada. Inclúyase como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$877.803.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CAYMÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



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

**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**

Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso Especial de Acoso Laboral: 110013105020201600515-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**AUTO**

Sería del caso que la Sala procediera a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia anticipada de primera instancia proferida el 14 de septiembre de 2018 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso especial de Acoso Laboral promovido por SANDRA JANNETH RAMOS en contra de BLU LOGISTICS COLOMBIA SAS, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que en lo pertinente establece que *“Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas. También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior”*; de no ser porque se evidencia que la aludida providencia no se trata propiamente de una sentencia sino de un auto interlocutorio, teniendo en cuenta que en materia laboral, y particularmente en lo atinente a este trámite especial, existe regulación expresa y preferente que de plano imposibilita acudir a la figura de *“LA SENTENCIA ANTICIPADA”* regulada en el artículo 278 del CGP acogida por el A- quo.

En efecto, la ley 1010 de 2006 *“Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”*, en su artículo 13 dispone:

**ARTÍCULO 13. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO.** Para la imposición de las sanciones de que trata la presente Ley se seguirá el siguiente procedimiento:

*Cuando la competencia para la sanción correspondiere al Ministerio Público se aplicará el procedimiento previsto en el Código Disciplinario único.*

*Cuando la sanción fuere de competencia de los Jueces del Trabajo se citará a audiencia, la cual tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la solicitud o queja. De la iniciación del procedimiento se notificará personalmente al acusado de acoso laboral y al empleador que lo haya tolerado, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud o queja. Las pruebas se practicarán antes de la audiencia o dentro de ella. **La decisión se proferirá al finalizar la audiencia**, a la cual solo podrán asistir las partes y los testigos o peritos. Contra la sentencia que ponga fin a esta actuación procederá el recurso de apelación, que se decidirá en los treinta (30) días siguientes a su interposición. **En todo lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Procesal del Trabajo** (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original).*

Sobre la citada norma tuvo la oportunidad de pronunciarse la H.Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL del 2 de agosto de 2011, radicación 47080, en la que precisó:

*“En ese marco de combate frontal a toda forma de hostigamiento laboral, la Ley 1010 de 2006, tras señalar las conductas que constituyen acoso laboral, adoptar medidas preventivas y correctivas de tan reprochable conducta, de prever el tratamiento sancionatorio del acoso laboral y de consagrar garantías contra actitudes retaliatorias frente a quienes formulen quejas de acoso laboral o sirvan de testigos en las causas en que se debatan comportamientos de acoso laboral, **estableció reglas atinentes a la competencia y al procedimiento para sancionar conductas constitutivas de hostigamiento o de acoso laboral.***

*La competencia, cuando las víctimas del acoso laboral sean trabajadores o empleados particulares, se radica en el juez del trabajo del lugar de los hechos constitutivos de acoso.*

*Y para desarrollar esa competencia, se contempla un procedimiento especial –que guarda absoluta relación con la especificidad de la materia, la gravedad de la conducta y la urgencia de una decisión ganada a través de un trámite rápido, breve, sumario y expedito– que comienza con la citación a audiencia, dentro los treinta (30) días siguientes a la presentación de la solicitud o queja; que prosigue con el enteramiento al acusado de acoso laboral y al empleador que lo haya tolerado de la iniciación del procedimiento, mediante la notificación (ha de entenderse que del auto que admite a trámite la solicitud o queja), dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de ésta; que avanza con la práctica de las pruebas, que se producirá antes de la audiencia o dentro de ella; que prosigue con la realización de la audiencia, a la cual sólo podrán asistir las partes, testigos o peritos; **y que termina con la sentencia, que ha de proferirse al finalizar la audiencia**, decisión contra la cual se podrá interponer el recurso de apelación, que habrá de decidirse en los treinta (30) días siguientes (ha de entenderse que se contará desde cuando el juez que haya de decidir la apelación reciba el expediente correspondiente). (Resaltado propio de la Sala).*

Del ordenamiento legal y la jurisprudencia traídos a colación, fácil es colegir que al existir en materia laboral norma expresa que regula el trámite del proceso de Acoso Laboral, y en lo no contemplado en dicha norma es obligación remitirse al Código Procesal del Trabajo, sin lugar a dubitación alguna, la providencia dictada el 14 de septiembre de 2018, mediante la cual el Juez de primera instancia declaró probada la caducidad de la acción, se constituyó como un verdadero auto interlocutorio, en la medida que al tratarse de una excepción previa que fue planteada oportunamente por la demandada en su escrito de contestación de demanda, según se lee a folio 127 del expediente, acogida por las razones in extenso planteadas en la dicha providencia, evidentemente tal declaratoria encontró sustentó en el artículo 32 del CPT y SS que reza:

*“ARTICULO 32. TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1149 de 2007. Ver artículo 15 sobre Régimen de Transición. El nuevo texto es siguiente:> El juez decidirá las excepciones previas en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. También podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión, y decidir sobre la excepción de cosa juzgada. Si el demandante tuviere que contraprobar deberá presentar las pruebas en el acto y el juez resolverá allí mismo. Las excepciones de mérito serán decididas en la sentencia.”*

Y es que dado que el propósito del A quo fue la declaratoria de la excepción previa planteada (de caducidad), al existir en materia laboral norma clara y expresa que se ocupaba de tal situación, el ámbito de aplicación y/o interpretación analógico de la ley se encontró restringido al estatuto procedimental laboral, impidiéndole así acudir a lo señalado en el artículo 278 del CGP que reglamenta los eventos en los que es dable emitir “sentencia anticipada” en materia civil y, particularmente a su numeral 3). Lo anterior máxime cuando adicional al artículo 32 del CPT y SS, el artículo 65 ibídem despeja cualquier duda frente a la naturaleza de “AUTO” que detenta la providencia que decide sobre excepciones previas.

En todo caso, el procedimiento en materia laboral (Capítulo XIV) determina con precisión las etapas que deben surtirse previamente para proferir sentencia, de modo que no se encuentra vacío legislativo que permita la remisión a la figura de la sentencia anticipada del artículo 278 del CGP.

Bajo tal entendido, habida consideración que con independencia a la denominación que le dio el fallador de primera instancia a la providencia del 14 de septiembre de 2018, la misma lo que hizo fue resolver la excepción previa de caducidad de la acción de acoso laboral, y con ella se dio fin al proceso, fijando incluso costas a la parte vencida, toda vez que ninguna de las partes interpuso recurso de apelación y que dicha providencia no se trató

de una sentencia sino de un auto interlocutorio para el cual no se encuentra previsto el grado jurisdiccional de consulta, es por lo que sin más consideraciones ha de inadmitirse el grado jurisdiccional de consulta concedido en primera instancia, por improcedente, disponiendo devolver al expediente al juez de origen.

Por secretaría, procédase de conformidad, previa desanotación en los libros radicadores y en el sistema con la claridad de tratarse de un auto y no de una sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá,

**RESUELVE**

**PRIMERO: INADMITIR**, por improcedente, el grado jurisdiccional de consulta contra la providencia del 14 de septiembre de 2018, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

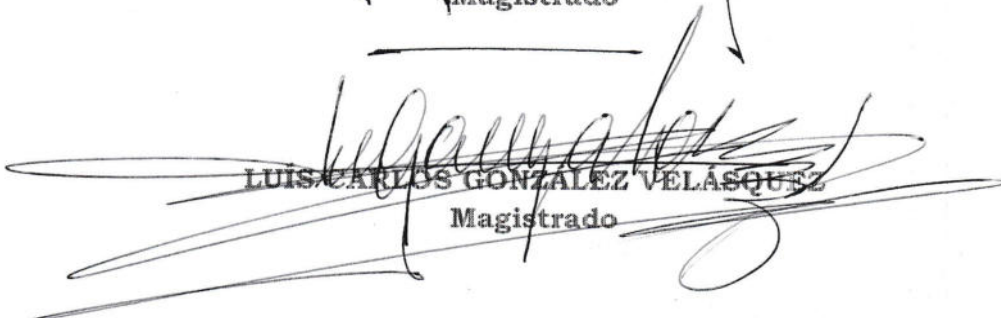
**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al juez de origen.

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105015201800569-01**

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Pensión convencional antes de 1985- compatibilidad pensión de vejez- requisitos Acuerdo 029 de 1983.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2019 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió MARIO NEFTALI QUINTERO BEDOYA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Previo a ello se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada de la demandada a la Dra. María Helena Fierro García con CC No. 1.024.463217 de Btá y T.P No. 291.785 del CSJ conforme el poder allegado.

**ANTECEDENTES**

MARIO NEFTALI QUINTERO BEDOYA, promueve esta demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que previa declaratoria de la compatibilidad entre la pensión de jubilación convencional que le fue concedida a partir del 27 de abril de 1983 por la entonces Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, y la de vejez que aquí reclama establecida en el artículo 1º del Acuerdo 029 de 1983 aprobado por el decreto 1900 de 1983, se le reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 27 de abril de 1995, con las mesadas adicionales de junio y diciembre, junto con los respectivos reajustes anuales, todo ello debidamente indexado, lo ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones en síntesis indicó que, laboró 25 años y 67 días para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo, habiendo ingresado el 20 de octubre de 1955, estuvo vinculado al

ISS desde el 1° de septiembre de 1967 hasta el 20 de enero de 1981, le fue concedida pensión de jubilación convencional por haber laborado más de 20 años, a partir del 27 de abril de 1983, el 13 de octubre de 2017 solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión de vejez la cual le fue negada para en su lugar ordenar el pago de una indemnización sustitutiva (fls 3-10)

### **CONTESTACIÓN**

Notificada en debida forma la demandada dio contestación en escrito de folios 20-24 donde se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la solicitud de la pensión de vejez y su respuesta manifestando no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y de título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de julio de 2019, resolvió absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas por el actor a quien condenó en costas fijando como agencias en derecho la suma de \$828.116 (fls 54-56)

### **RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación por cuanto el demandante sí tiene derecho al reconocimiento de la pensión prevista en el Acuerdo 029 de 1983, ello porque laboró más de 25 años y 67 días a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, el señor cotizó más de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad (693 semanas) siendo compatible con la de jubilación convencional porque cuando se determinó la compartibilidad para las pensiones oficiales (17 de octubre de 1985) ya le había sido reconocida aquella. Compatibilidad que ha sido aceptada por las Altas Cortes (CC en sentencia T 488/2010), y la Sala Laboral ha aclarado que con arreglo a los artículos 72 y 76 de la ley 90 de 1946 y 259 del CST que enseña que las prestaciones especiales a cargo del empleador consagradas en el título IX del Código son susceptibles de ser asumidas por el Seguro Social de acuerdo a los reglamentos expedidos por el mismo. En cambio las pensiones extralegales otorgadas por el patrono a sus servidores antes de 17 de octubre de 1985, son adicionales a las relacionadas en dicho capítulo, por ser obligaciones contraídas voluntariamente.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, la demandada solicitó confirmar el fallo sobre todo considerando que el demandante no efectuó el reintegro de la cuantía reconocida, por lo que claramente existe incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva ya reconocida y la aquí reclamada.



No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada, previas las siguientes...

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

La Sala estudiara sí (i) la pensión de jubilación convencional concedida al demandante es compatible con la de vejez,, atendiendo la fecha de reconocimiento de la primera y (ii) de proceder el reconocimiento pensional, establecer si hay lugar a otorgar la pensión de vejez contemplada en el Artículo 1° del Acuerdo 029 de 1983 ISS aprobado por el Decreto 1900 de 1983, para lo cual se verificaran los requisitos, en virtud de lo dispuesto en el Art 66 A del CPT y de la SS.

### **DE LA CALIDAD DE PENSIONADO POR JUBILACIÓN CONVENCIONAL DEL DEMANDANTE**

Milita a folio 12 copia de la resolución GG-P3730 del 25 de noviembre de 1983 mediante la cual la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero reconoció pensión convencional a su trabajador MARIO NEFTALI QUINTERO BEDOYA a partir del 27 de abril de 1983, con lo que se encuentra acreditada dicha condición.

Del mismo modo, se encuentra demostrado que la Caja Agraria lo afilió al ISS a partir del 1° de enero de 1967 registrando por cuenta de ese empleador cotizaciones hasta, inclusive, el 20 de enero de 1981.

### **DE LA COMPARTIBILIDAD O COMPATIBILIDAD DE LAS PENSIONES OTORGADAS POR LA CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO Y LAS DEL SEGURO SOCIAL.**

En cuanto a las pensiones convencionales o derivadas de acuerdos celebrados entre las partes debe indicarse que sólo fueron compartidas a partir de 1985 y las legales dispuestas en el Art. 260 del C S T, fueron subrogadas por el seguro social a partir del 1 de enero de 1967.

Sobre el particular el Artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 del mismo año en lo pertinente puntualizó :

*“Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión, otorgada por el instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.*

*La obligación de seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte de que trata este artículo rige para el patrono inscrito en el instituto de seguros sociales.”*

*Artículo 18 Acuerdo 049 del 90:*

*“Compatibilidad de las pensiones extralegales. Los patronos registrados como tales en el instituto de seguros sociales que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venía cancelando al pensionado.*

*Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas no serán compartidas con el instituto con el instituto de seguros sociales.”*

Entonces, como puede apreciarse, la regla general es que las pensiones extralegales otorgadas con antelación al 17 de octubre de 1985, independientemente del acto que las consagran, como por ejemplo el contrato de trabajo, la convención o pacto colectivo, el laudo o conciliación, son compatibles con la pensión de vejez otorgada por el sistema de seguridad social, salvo que por voluntad expresa de las partes se haya acordado la incompatibilidad de dichas pensiones y, por lo mismo, la compatibilidad de la pensión legal de vejez con la voluntariamente otorgada por el empleador, previa satisfacción de los requisitos y condiciones señalados en la ley. Por lo tanto, en vista que no se hallaba contemplada la obligación para el ISS de asumir el pago de las pensiones convencionales o concedidas por mera liberalidad por parte de los empleadores, es dable afirmar que las mismas eran compatibles con la legal de vejez

Así las cosas, dado que la pensión otorgada por la extinta empleadora Caja Agraria al señor QUINTERO BEDOYA es de origen extralegal, toda vez que según la resolución GG-P 3730 del 25 de noviembre de 1983 fue concedida de acuerdo con la convención colectiva de trabajo por haber laborado durante un tiempo superior a 20 años; al haberse reconocido a partir de esa fecha, esto es, antes de que empezara a regir el Acuerdo 029 de 1985, que fue el que estableció la posibilidad de compartir la pensión extralegal reconocida por los empleadores con la legal de vejez que reconoce el ISS al amparo de su reglamentación, a no dudarlo, tiene la vocación de ser compatible con la de vejez, sobre todo cuando no se demostró en el sub examine que quienes celebraron la convención hubieran pactado expresamente la compatibilidad,

pues téngase presente que no se allegó a estas diligencias tal acuerdo extralegal.

Compatibilidad pensional que también encontró procedente el A quo, quien no negó la pensión de vejez con el argumento de la incompatibilidad, sino por la falta del requisito de densidad de cotizaciones para su causación y disfrute, con lo cual no encuentra sustento el argumento de la censura frente a este puntual aspecto.

**DE LA PENSIÓN DE VEJEZ - ARTÍCULO 1º ACUERDO 029 DE 1983 ISS APROBADO POR EL DECRETO 1900 DE 1983**

Solicita el promotor de esta actuación el reconocimiento de la pensión de vejez, por haber reunido los requisitos legales para tal prestación, invocando para ello el acuerdo 029 de 1983, aprobado por el decreto 1900 de 1983 “por el cual se aprueba el Acuerdo numero 016 del 13 de junio de 1983, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”, que en lo pertinente prevé:

*“ Tendrán derecho a la pensión de vejez, salvo lo dispuesto en el artículo 57 del presente reglamento, los asegurados que reúnan los siguientes requisitos: a) Tener 60 o más años de edad si se es varón o 55 o más años si se es mujer, y b) haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización, pagadas durante los últimos 20 años anteriores a la solicitud, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”*

Requisitos que no cumple el demandante, en tanto en vigencia de dicho Acuerdo no tenía cumplidos los 60 años de edad, los cuales tan sólo completó el 27 de abril de 1995, considerando que su natalicio data del 27 de abril de 1935, como se lee en la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 11 y ni que decir de las semanas cotizadas que en total sumaban 727 a decir de la información contenida en la resolución SUB 2298 del 5 de enero de 2018 expedida por COLPENSIONES que consta a folios 14 y 15.

Al tema oportuno resulta traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 5902-2016 con Radicación No. 49922 del 24 de febrero de 2016 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, en la que rememorando otras tantas, citó lo adoctrinado en la sentencia del 30 de abril de 1993, Rad. 5742, así:

*“Por lo tanto, al discurrir de la forma como lo hizo, no tuvo en consideración el Tribunal que, en estricto sentido, para acceder a la pensión de vejez en los términos consagrados en el Acuerdo 029 de 1983, pese a que allí se hizo referencia a las semanas cotizadas en los 20 años anteriores a la solicitud de reconocimiento de la prestación, no es necesario que esa petición se efectuó en vigencia de dicho acuerdo. **‘Sin embargo, ello será así siempre y cuando que, mientras ese acuerdo mantuvo vigor, el afiliado haya cumplido con los requisitos para acceder a la pensión, esto es, tanto la densidad de cotizaciones como la edad, pues solamente en ese evento se estará en presencia de un verdadero derecho adquirido.** Pero como en este caso el demandante cumplió los sesenta (60) años de edad el 11 de marzo de 2000, es decir, cuando el acuerdo en cuestión ya no*

*se hallaba vigente, es claro que no consolidó ningún derecho bajo su amparo, de tal suerte que la decisión del Tribunal, en últimas, no resulta desacertada, porque la situación pensional del actor no podía ser gobernada por el multicitado Acuerdo 029 de 1983.” (Negrillas propias de la Sala fuera del texto original)*

Sin perjuicio de lo anterior, avanzando en el tiempo en búsqueda de la norma que rige la prestación solicitada, en la medida que para la fecha en la que completó la edad el actor (1995) se encontraba en vigor el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a la misma conclusión se arriba frente a la ausencia de requisitos para acceder al derecho pensional, por cuanto este ordenamiento establece:

**“Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los Siguietes requisitos:**

**Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.” (Negrilla fuera de texto)**

En consecuencia, como el número de semanas cotizadas durante toda la vida laboral del demandante no ascendió a 1.000, ni tampoco a 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, esto es, entre el 27 de abril de 1975 y el 27 de abril de 1995, ya que en dicho lapso únicamente registra cotizadas 2.054 días equivalente a 293.42 semanas, no reuniendo por tanto los presupuestos contemplados en la norma, lo que de suyo impone la confirmación de la sentencia absolutoria, al pender las demás súplicas de ésta declaratoria.

#### **DE LAS COSTAS**

Correrán a cargo de la parte demandante por haber resultado vencida en juicio.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de julio de 2019 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARIO NEFTALI QUINTERO BEDOYA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.


**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte recurrente. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.803. Se confirman las

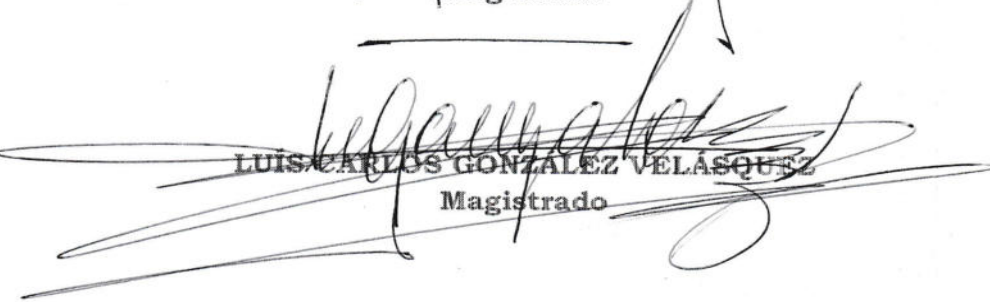
de primera instancia, dadas las resultados del proceso.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVRAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**  
**Expediente: Rad. 110013105030201700576-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y cada uno de los demandados, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo no apelado, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de octubre de 2018 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **NIDIA CRISTINA GUEVARA CRUZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

**ANTECEDENTES**

NIDIA CRISTINA GUEVARA CRUZ, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen realizado a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por incumplimiento de los deberes de información; y en consecuencia, sea condenada a trasladar todos los aportes efectuados junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás a COLPENSIONES, quien a su vez deberá reconocerla como afiliada por ser el fondo al que pertenecía antes, junto con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del día siguiente a su última cotización, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 18 de enero de 1960, laboró para el municipio de San Bernardo Cundinamarca desde el 1º de enero hasta el 31 de octubre de 1988, estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 21 de febrero de 1991 hasta noviembre de 1996 cuando se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR, sin que se le brindara

información sobre las consecuencias del traslado, en especial los distintos escenarios comparativos de pensión, y en septiembre de 1999 suscribió vinculación a la AFP PORVENIR SA, acreditando a la fecha más de 1.300 semanas efectivamente cotizadas, en junio de 2017 contrato asesoría pensional que la llevó a solicitar ante PORVENIR la nulidad de su traslado por vicio en el consentimiento y ante COLPENSIONES la activación de su afiliación, sin obtener respuesta favorable. (fls 48-67)

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento, la edad, la afiliación a PORENIR SA y la solicitud elevada. **COLPENSIONES** propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica (fls 80-87), mientras que **PORVENIR S.A** propuso las excepciones que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 109-116)

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 11 de octubre de 2018, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido el 6 de noviembre de 1996 por la demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A., declarándola válidamente vinculada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y en consecuencia, ordenó a ésta última a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora que le debe devolver PORVENIR SA, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció la demandante en el régimen individual, actualice la información de la historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida, entrando a realizar el estudio de reconocimiento del derecho pensional una vez acredite la densidad mínima de semanas cotizadas junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 en caso de mora en el reconocimiento de la pensión, declarando no probadas de las excepciones planteadas, condenando en costas a PORVENIR SA incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 y absolviendo de las demás pretensiones.

### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, las partes interpusieron recursos de apelación así:

**LA PARTE DEMANDANTE** para que se acceda al reconocimiento de la pensión si se tiene en cuenta que tiene más de 55 años de edad y de 1000 semanas cotizadas.

**PORVENIR S.A** para que se revoque en su totalidad la sentencia proferida por las siguientes razones: 1) porque se declaró la nulidad del traslado por la presunta falta de permanencia mínima (Decreto 692/94 art. 15) en desconocimiento que ya habían transcurrido más de 3 años cuando suscribió el formulario de afiliación, habida cuenta ya venía afiliada la demandante con el ISS; 2) Porque no hay lugar a devolver los gastos de administración ya que ellos se encuentran autorizados y 3) porque la condena en costas impuesta en la que se estimaron las agencias en derecho en la suma de \$3.000.000 no consideró que ellas se fijan atendiendo la naturaleza del proceso y la gestión, siendo que este proceso no tiene cuantía y la gestión del abogado fue la de la presentación de la solicitud y la demanda.

**COLPENSIONES** interpone el recurso pues no comparte el análisis efectuado por el Juzgado frente a la ineficacia de la afiliación, la cual considera que no se da en el presente asunto porque la selección del régimen se hizo de manera válida con el diligenciamiento del formulario de afiliación, confundiendo los efectos de la ineficacia con los de la nulidad, aclarando que para la fecha en la que la demandante lo suscribió llevaba afiliada más de 8 años al ISS respetando el requisito de permanencia, documento que además firmó de manera libre y espontánea, siendo totalmente válido pues el contrato nació a la vida jurídica, y en todo caso la ineficacia no requiere declaración judicial.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia en su totalidad ante la ausencia de la asesoría clara, profesional y suficiente al momento del traslado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

#### **CONSIDERACIONES**

La Sala estudiará lo recurrido en su integridad, y por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinando el tema de la permanencia al sistema y, en caso afirmativo, las consecuencias de tal declaratoria, particularmente la devolución de los gastos de administración, el reconocimiento de la pensión, y la condena en costas, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso y del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES, en lo no apelado.



**DEL TRASLADO ENTRE REGIMENES PENSIONALES - DIFERENCIAS ENTRE AFILIACIÓN Y VINCULACIÓN PARA DETERMINAR EL REQUISITO DE PERMANENCIA**

Sea lo primero precisar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuya afiliación a cualquiera de los dos es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes, afiliación que debe ser libre y voluntaria al momento de la vinculación o del traslado, destacando el citado artículo 13 en su literal e) original, que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran quienes sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional; término este último que a partir de 2003 fue modificado a 5 años por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y adicionado en el sentido de que después de un (1) año de la vigencia de dicha ley, el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

A su vez, el Decreto 692 de 1994, en cuanto a la selección, afiliación y vinculación a cualquiera de los regímenes enseña en su artículo 11 que la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar. Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora, y cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Además, quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. Mientras que en el artículo 13

expresamente contempla lo siguiente: “**PERMANENCIA DE LA AFILIACION.** La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.”

Adicionalmente, los artículos 15 y 17 de dicho decreto enseñan que una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior, y si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso; estando prohibida la múltiple vinculación, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.

Del ordenamiento en cita es dable concluir, de una parte, que cuando se habla de selección de régimen éste solamente puede entenderse con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, toda vez que antes de dicha fecha no existía tal posibilidad puesto que el único existente era el administrado por los Seguros Sociales en el sector privado; así mismo, que afiliación y vinculación son conceptos diferentes, puesto que el primero de ellos puede darse siendo cotizante activo o inactivo y guarda directa relación con el Sistema propiamente considerado como tal, mientras que el segundo requiere de la elección u opción del afiliado y, en ese orden, alude al Régimen de su escogencia; y por último, que cuando no habían transcurrido tres años entre una y otra vinculación (a partir de 2003 de 5 años), la primera de tales afiliaciones es la válida, toda vez que si se presenta una múltiple afiliación, no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley, lo que de suyo impone que al determinarse la verdadera a ella se deben transferir los saldos.

Así las cosas, en el presente asunto es necesario determinar si para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la demandante era una afiliada **activa o inactiva**, en la medida que el mismo ordenamiento condiciona los requisitos de elección y vinculación sobre esa circunstancia, ya que de encontrarse activa no era presupuesto necesario celebrar nueva afiliación al régimen de prima media al que se encontraba efectuando cotizaciones a través del diligenciamiento de formulario o comunicación en la cual constara su vinculación, y por tanto no le era aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años pudiendo ejercer en cualquier

momento la opción de traslado; no obstante, si era afiliada inactiva para ese entonces, la opción de elección de régimen se mantuvo latente y, sobre esa base, al comenzar nuevamente a cotizar bien podía escoger de manera libre si permanecía en el régimen de prima media al cual se encontraba afiliada, o si por el contrario elegía el RAIS, sin que por tanto pueda entenderse como elección la realizada con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley, por la potísima razón que así la norma no lo contempla.

Sobre el particular tuvo la oportunidad de pronunciarse la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en varias oportunidades, entre ellas, en la sentencia 39772 del 5 de octubre de 2010 M.P Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez, en la que en precisó en un caso de características similares a las aquí debatidas lo siguiente:

*“Además, debe decirse que no cabe entender que el trabajador hubiere seleccionado régimen de pensiones desde el 8 de abril de 1985, como lo entendió el Tribunal, cuando aún no había entrado en vigencia el nuevo sistema general de pensiones y, por lo tanto, ni siquiera existía opción de régimen pensional a escoger, ya que el único existente era el administrado por los Seguros Sociales en el sector privado.*

*Para el 1 de abril de 1994, cuando entró a regir el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con sus dos regímenes de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro programado, no puede decirse que JULIO CÉSAR RESTREPO RIVAS, ya había seleccionado uno de ellos, pues en ese momento no se encontraba activo en el sistema. Sólo es a partir del 7 de noviembre de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, en vigencia de la Ley 100 de 1993, que puede decirse, para efectos de lo previsto en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que hizo su “selección inicial”, por lo que solo podía cambiarse de régimen pensional pasados los tres años a que se refiere la norma, esto es, después del 7 de noviembre de 1998 y, como quiera que lo hizo el 31 de enero de 1996, dicha afiliación no cumple con las condiciones y requisitos legales, por lo que no podía producir los efectos previstos en la ley, conforme a lo ya visto.”*

A su vez, en la sentencia del 7 de mayo de 2019, SL 1828-2019 Radicado 65680, M.P Dra. Ana María Muñoz Segura, al referirse a la definición y alcance de la multiafiliación, luego de citar expresamente el contenido del Artículo 17 del Decreto 692 de 1994, precisó:

*“...De su lectura, se colige que la multivinculación se configura cuando el afiliado se trasladó entre regímenes pensionales (del RPM al RAIS o viceversa), por fuera del término otorgado por la ley para tales fines. Lo anterior, trayendo como consecuencia que se deberá tomar como válida, únicamente, la última afiliación que se hizo respetando los períodos concedidos para ello.*

*Así las cosas, se tiene que los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994 previeron dos escenarios posibles y en los cuales se fijaron los plazos para la procedencia del traslado: (i) en el caso en el que los afiliados estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar automáticamente suscritos en dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo; y (ii) en el evento en que hubieran hecho su selección inicial a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, podían trasladarse solo después de haber transcurrido 3 años de conformidad con el artículo 15 de la norma*

*suscitada, el cual se modificó posteriormente a 5 años según lo consagrado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.* (resaltado y subrayas propio de la Sala fuera del texto original)

En tal orden de ideas, una vez revisadas las pruebas que militan en el cartulario, de cara al ordenamiento que regula el asunto y el precedente jurisprudencial traído a colación, razón le asiste a la censura en cabeza de las demandadas cuando señalan que el traslado al RAIS de la señora NIDIA CRISTINA GUEVARA CRUZ efectuado el **6 de noviembre de 1996** con el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA (fl 118), así como los que le siguieron con PORVENIR el 8 de septiembre de 1999, luego con HORIZONTE el 2 de enero de 2001 y con PORVENIR el 1 de enero de 2014, según historial de vinculaciones obrante a folios (fls 120 a 123) y formularios de vinculación (fl 119), es aparentemente válido sobre a la luz del requisito mínimo de permanencia a un régimen, considerando que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la ley 100 para su caso, se encontraba como afiliada activa en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, como se constata en el resumen de semanas cotizadas por el empleador expedido por COLPENSIONES obrante a folios 92 y 93, circunstancia que así vista comportaba la posibilidad de trasladarse al RAIS en cualquier momento desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, sin tener que esperar que transcurrieran tres años a partir de entonces, como equivocadamente lo concluyó la primera instancia, cuando determinó que entre el 1º de abril de 1994 y el 6 de noviembre de 1996 no podía producirse el traslado.

En esas condiciones fuerza analizar si la pretendida ineficacia del traslado se produjo por las razones aducidas por la libelista desde un principio en su escrito genitor, consistentes en una indebida información que comportó un vicio en el consentimiento, precisando que tal estudio, a su vez, implica la resolución del segundo de los reparos incoados por el apoderado de COLPENSIONES relacionado con las diferencias entre ineficacia del traslado y nulidad.

En tal sentido, la Sala acoge y hace suyos los razonamientos que sobre tal distinción -tratándose de nulidad de traslado por una debida información- ha realizado la Sala de casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades, entre ellas en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2019, Radicación N.º 68852., M.P Dra Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que en lo pertinente expuso:

*“Para dilucidar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto, la Corte juzga necesario precisar lo siguiente frente a la figura jurídica de la ineficacia en sentido lato y algunas de sus diversas expresiones (inexistencia, nulidad e ineficacia en sentido estricto):*

*Cuando se alude a la ineficacia en sentido amplio, se hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos. Cubre todas las causas que perturban su eficacia y comprende*

*diversas reacciones del ordenamiento jurídico tales como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido estricto, que con mayor o menor intensidad golpean el acto o negocio jurídico<sup>1</sup>.*

*Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.*

*En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.*

*Finalmente, la ineficacia en sentido estricto supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que «la ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez».<sup>2</sup>*

*En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.*

*Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los*

---

<sup>1</sup> Según la doctrina autorizada, la ineficacia del negocio jurídico en sentido lato o amplio «abarca todo fenómeno privativo de consecuencias del negocio, y comprende desde la inexistencia hasta la simple reducción del exceso y la inoponibilidad, pasando por la nulidad, la anulación, la rescisión, la revocación» (Hinestrosa, F., Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II, cit., p. 683)

<sup>2</sup> Cas. 21 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 168

*derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.*

*En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.*

*Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.*

*En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.*

### **3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado**

*En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).*

*Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:*

*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.*

*Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).” (resaltado propio de la Sala fuera del texto original)*

Hechas las precisiones anteriores se procede a verificar si como lo sostiene la demandante, su afiliación no se hizo de manera libre suministrándole la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro, estableciendo si ello se satisfizo con la simple suscripción del formulario de afiliación.

Pues bien, cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real. Así mismo, debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, ya que es quien debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de

la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 4 y 118 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES S.A diligenciado el 6 de noviembre de 1996, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien aceptó haber firmado el formulario de afiliación y traslado a COLPATRIA, siendo informada que el seguro social se iba a acabar y era mejor pasarse al fondo privado, por la capitalización, lo cual no entendió, ni le explicaron que faltando 10 años para cumplir los requisitos no podía retornar al régimen, sin saber cuánto iba a recibir de mesada pensional o el tema de los rendimientos, y sin recibir otra asesoría.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES S.A hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., estaba obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la señora GUEVARA CRUZ era suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.



Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLPATRIA el 6 de noviembre de 1996 se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que ellos posteriores traslados entre fondos del RAIS validaran el inicial.

Motivos por los cuales deberá confirmarse la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, pero no por falta del requisito de permanencia mínima, como lo indicara el A quo, sino por la falta de información, conforme las razones aquí expuestas.

Y en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, reflexión que por tanto conduce a desestimar el segundo punto de apelación de PORVENIR.

#### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., y menos aún el del Código civil, pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

#### **PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES**

Como quiera que en la demanda se solicita el pago de la pensión en los términos del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, bajo la premisa de que la demandante cumple con los requisitos de edad y tiempo de servicios allí establecidos, sería del caso abordar el examen de los presupuestos para el

reconocimiento pensional, sino fuera porque el apoderado de la parte demandante apeló la sentencia aduciendo que allí se “negó el derecho”, lo cual no se ajusta a la realidad si se tiene en cuenta que ningún estudio de fondo se hizo sobre el particular y muy por el contrario el A quo lo que dispuso fue condicionarlo para ser realizado por COLPENSIONES una vez los valores que tiene la demandante en la actualidad en la cuenta de ahorro individual ingresen a esa administradora, quien deberá actualizar la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; de ahí que al no haber sido controvertido el ordinal cuarto de la sentencia apelada, ha de mantenerse incólume.

## **DE LAS COSTAS**

Habida cuenta que la apoderada de PORVENIR S.A, se duele de la condena en costas que le fuera impuesta, insistiendo en los criterios que se deben tener en cuenta para la fijación de las agencias en derecho, basta remitirnos a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., que en su numeral 4 establece: “Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.”. En este mismo sentido el Acuerdo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo PSAA-16-10554 del 5 de agosto de 2016, frente a las tarifas de agencias en derecho de los procesos enseña:

*“ARTÍCULO 2º. Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites.*

*ARTÍCULO 3º. Clases de límites. Cuando las agencias en derecho correspondan a procesos en los que se formularon pretensiones de índole pecuniario, o en los que en la determinación de la competencia se tuvo en cuenta la cuantía, las tarifas se establecen en porcentajes sobre el valor de aquellas o de ésta. Cuando la demanda no contenga pretensiones de dicha índole, o cuando se trate de la segunda instancia, de recursos, o de incidentes y de asuntos asimilables a los mismos, las tarifas se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, en delante S.M.M.L.V.*

*ARTÍCULO 5º. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:*

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...)

*En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido. b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones*

*pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V. En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”.*

Ordenamiento del que fácil es colegir que el monto fijado por concepto de agencias en derecho determinada en primera instancia se encuentra dentro de los parámetros legales y conforme a derecho para los procesos declarativos, dado que prosperaron las solicitudes declarativas elevadas en la demanda, no habiendo lugar a efectuar la modificación que la parte demandada PORVENIR S.A solicita. Por tanto, se confirma la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia atendiendo el resultado desfavorable de los recursos de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**


**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el día 11 de octubre de 2018 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por NIDIA CRISTINA GUEVARA CRUZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, pero conforme las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, dadas las resultas de los recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CAYÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado





**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**  
**Expediente: Rad. 110013105004201600585-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANA JULIA CONGUTA CONGUTA** en contra de **PROTECCIÓN ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A**, y como litis consorte necesario a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la doctora GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO identificada con la C.C No. 1.022.390.667 de Btá y T.P No. 288886 del CSJ, como apoderada de COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folios 133-136.

**ANTECEDENTES**

ANA JULIA CONGUTA CONGUTA, promueve demanda ordinaria laboral contra **PROTECCIÓN ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A**, como litis consorte necesario a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en procura de que previa declaratoria de que al 1º de abril de 1994 contaba con 15 o más años de servicios cotizados, por lo que puede retornar al régimen de prima media con prestación definida, es beneficiaria del régimen de transición y le asiste derecho a que se le reconozca la pensión conforme el Acuerdo 049 de 1990, se condene al fondo demandado a efectuar su traslado del régimen de ahorro individual al de prima media y al pago de las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que cuenta con 56 años de edad, solicitó a COLPENSIONES el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida quien lo negó con escrito del 28 de noviembre de 2014, y que es beneficiaria del régimen de transición pues al 1° de abril de 1994 había cotizado 891.2 semanas (fls 1-9).

#### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma tanto la demandada como la litis consorte, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo el relacionado con la edad de la demandante el cual aceptó COLPENSIONES.

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** propuso las excepciones de carencia de título para pedir, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica. (fls 51-63)

**PROTECCIÓN ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación en el RAIS, la demandante nunca manifestó inconformidad con el RAIS y por el contrario hay un histórico de asesorías, ausencia de requisitos legales para poder retornar al RPM y la genérica (fls 96-98).

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 19 de septiembre de 2018, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas al demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$400.000.

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque atendiendo que no se tuvo en cuenta la sentencia SU 130 de 2015, que le permitía trasladarse en cualquier tiempo por contar con más de 15 años de cotización al 1° de abril de 1994, ni tampoco el contrato de trabajo a término indefinido entre 1980 y 1983 con la empresa Rogelio SALMONA & Cia Ltda, con los que completaría más de los 15 años exigidos en la ley, sin que la falta de pago de aportes por el empleador o la negligencia en el cobro de los mismos por los entes aseguradores pueda afectar al trabajador (C. Const sentencias T- 337/18 y T-300/14, que dice que dice que los tiempos servidos deben tenerse en cuenta), de ahí que le asista el derecho al traslado y a la pensión ya que cuenta con más de 58 años de edad.

## **ALEGATOS DE CONCLUSION**

Una vez corrido el traslado de rigor, la parte actora insistió en la prosperidad de sus pretensiones sobre la base de que la mora en el pago de los aportes no debe afectar el derecho de los trabajadores, debiendo así quedar inscrito el tiempo de servicio prestado entre 1979 y el 1° de abril de 1994, incluyendo el vacío presentado entre 1980-03 a 1982-01. Por su parte, PROTECCIÓN S.A., solicitó la confirmación de la sentencia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

## **CONSIDERACIONES**

Punto álgido de la alzada se contrae a establecer si como lo aduce la parte actora, a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) contaba con más de 15 años de servicios cotizados y, en caso afirmativo, si le asiste el derecho de retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, así como al reconocimiento de la pensión vejez por parte de esta, para lo cual es necesario dilucidar el tiempo de servicios para la sociedad Rogelio Salmona & Cia Ltda (1980-1983), y si es beneficiaria del régimen de transición y Ello en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso conforme el artículo 66 A del CPTSS.

### **DEL TIEMPO DE SERVICIOS A LA SOCIEDAD ROGELIO SALMONA & CIA LTDA (1980-1983).**

Como quiera que se duele la parte actora del hecho de que no se hubiera computado, para efectos de las cotizaciones realizadas al 1° de abril de 1994, el tiempo de servicios para el empleador ROGELIO SALMONA & CIA LTDA, el cual aduce que se halla demostrado con la copia del contrato de trabajo a término indefinido así como la copia de la liquidación que obran a folios 13 y 14 del informativo, debe indicarse que los argumentos en los que apoya la inclusión, esto es, que la mora patronal en el pago de los aportes al sistema de seguridad social no pueden afectar los derechos del trabajador, de ninguna manera son aplicables al presente asunto si se tiene en cuenta que no estamos en presencia de una mora sino de una presunta falta de afiliación, situación que así vista comporta diferentes consecuencias.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL14388-2015 Radicación n.° 43182 del 20 de octubre de 2015, M.P Dr Rigoberto Echeverri Bueno, grosso modo, precisó en cuanto a la mora del empleador en el pago del aporte, que se tiene establecido que la validez de las semanas cotizadas 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, ello por

cuanto las administradoras de pensiones, y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, razón por la que no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores. Debiendo en consecuencia las administradoras demostrar que han adelantado el proceso de gestión de cobro, porque si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

De otra parte, la falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora; solución que es común para las tres hipótesis de omisión que pueden presentarse, a saber: **1)** Falta de afiliación del trabajador por falta de cobertura del sistema de seguridad social: A partir del 2014, la Corte definió, entre otras cosas, la responsabilidad de los empleadores frente a sus trabajadores por dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, imponiendo que los lapsos sin cobertura debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional. **2)** Declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones. Por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el máximo tribunal laboral optó por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social. Y **3)** No afiliación por omisión pura y simple del empleador. Finalmente, ante estas situaciones, la Sala ha dado cabida al reconocimiento de las prestaciones por las respectivas entidades de seguridad social con el consecuente recobro e integración de las cotizaciones y recursos, a través de cálculos actuariales.

Diferenciación que así vista resulta necesaria al momento decidir sobre el reconocimiento pensional, pues en el evento de que se trate de mora patronal, por supuesto que será la entidad administradora de pensiones la que deba asumir la responsabilidad, sin que la falta de pago del cálculo actuarial sea óbice para ello, por la potísima razón de que contaba con la posibilidad de adelantar cobro coactivo, mientras que tratándose de falta de afiliación, como aquí acontece a decir del resumen de semanas cotizadas por empleador (fl 11-12), ninguna obligación puede endilgársele a las entidades administradoras de pensiones, estando a cargo exclusivo del empleador la misma; y si ello es así, a no dudarlo debió convocarse a estas diligencias a dicha sociedad para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa al serle oponibles los documentos exhibidos por la censura con los que dice acreditar el vínculo laboral durante el período comprendido entre los años 1980 y 1983, o en su defecto haber presentado una decisión judicial o administrativa en ese sentido, lo que no hizo. De modo tal que la ausencia de integración a esta actuación de esa sociedad de plano conduce a la imposibilidad de tener como probado en legal forma el referido lapso de tiempo de servicios y/o cotizaciones.



## **DEL TRASLADO DE REGIMEN EN CUALQUIER TIEMPO- BENEFICIO DE TRANSICIÓN**

En cuanto a la facultad de libre escogencia de régimen pensional, la misma se haya contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 declara exequible con sentencia C- 1024-04, el que en lo pertinente reza:

*“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*

*(...)*

*e. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. 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;*

*(...)”.*

Ordenamiento en cita del que fácil es colegir que el derecho a la libre escogencia del régimen pensional no es absoluto, al punto que en la sentencia C-1024 de 2004 la H. Corte Constitucional estimó razonable y proporcional, la prohibición de que el afiliado pueda trasladarse de régimen cuando faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, en la medida que así se procura “evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”, pues la descapitalización “se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán el futuro pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes”.

Sentencia de constitucionalidad en la que se consideró que las personas beneficiarias del régimen de transición, esto es, aquellas que a 1° de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad si son mujeres o 40 años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, podrán trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, en concordancia con las sentencias C-789 de 2002 y SU 062 de 2010.

Así las cosas, dado que de acuerdo a la cédula de ciudadanía de la señora ANA JULIA CONGUTA CONGUTA vista a folio 16, su natalicio data del 5 de septiembre de 1960, claro es que para el 1° de abril de 1994 no contaba con los 35 años de edad, fecha esta última para la que tampoco registraba

15 años o más de servicios, a decir del reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES obrante a folios 11-12 y la información contenida en el expediente administrativo (fl 73), ya que tan sólo reporta para ese entonces **740.4** semanas, sin que para tales propósitos pueda considerarse la copia del contrato y liquidación allegadas a folios 13 y 14, por las razones arriba expuestas. En orden a lo cual al no demostrar en el curso de este proceso que era beneficiaria del régimen de transición, no puede retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida como bien lo concluyera la primera instancia, debiéndose confirmar el fallo apelado en su integridad al pender las demás peticiones de la prosperidad de ésta.

Se condenará en costas de esta instancia a la recurrente al haber resultado adversa a sus intereses. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

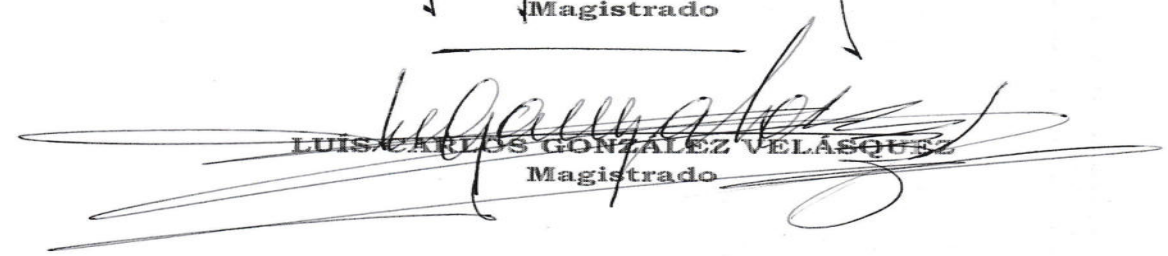
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el día 19 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ANA JULIA CONGUTA CONGUTA en contra de PROTECCIÓN ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, y como litis consorte necesario a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en COSTAS de esta instancia a la demandante. Fijese en esta instancia como agencias derecho la suma de \$500.000 (para cada una de las demandadas la suma de \$250.000.00). Las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y Cúmplase

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105034201800667-01**

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Mesada 14.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en lo no apelado a resolver el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida el 24 de julio de 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió CARLOS ALBERTO GALLÓN GIRALDO en contra del ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de dicha entidad a la Dra. ERIKA ALEJANDRA MARTINEZ MORENO identificada con la CC. NO. 1.022.390.059 de Btá y T.P NO. 288887 del CSJ, en los términos y para los efectos del poder conferido visto a folios 92 a 96.

**ANTECEDENTES**

CARLOS ALBERTO GALLÓN GIRALDO instaura demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, para que previa declaratoria que tiene derecho al pago de la mesada 14, sea condenada a su reconocimiento, junto con los intereses moratorios, las costas y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamentos de sus pretensiones en síntesis indica que, mediante Resolución GNE 444075 del 27 de diciembre de 2014 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez, en suma inicial de \$1.313.778 (2.13 SMLMV considerando el SM en \$616.027), con Resolución GNR 132205 del 6 de mayo de 2015 se le reliquidó la pensión en la suma inicial de \$1.748.852 (2.71 SMLMV considerando el SM en \$644.350), su derecho pensional se causó

antes del 31 de julio de 2011, no obstante COLPENSIONES le reconoció la pensión a partir del 1° de noviembre de 2014 y solo a razón de 13 mesadas anuales pese a que su mesada es inferior a 3 SMLMV, por lo que elevó solicitud de pago el 19 de julio de 2018 la cual le fue negada con el argumento de que para el año 2009 (cuando causó su derecho) el mínimo era de \$496.000, habiendo incurrido en error. (fls 28-35).

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificada en debida forma COLPENSIONES dio contestación con escrito de folios 43-48, donde se opuso a las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con el salario mínimo de la época y la fecha de adquisición del estatus pensional. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, improcedencia de los intereses moratorios sobre las mesadas adicionales pretendidas, buena fe, prescripción y la genérica.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 24 de julio de 2019, resolvió declara que al actor le asistía derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio, a partir del 1° de noviembre de 2014, por lo que condenó a la demandada al pago de \$4.328.962.76 por concepto de retroactivo correspondiente a las mesadas adicionales de junio de 2018 y junio de 2019, con la respectiva inclusión en nómina, junto con el pago de los intereses moratorios liquidados a partir del 30 de junio de 2018 y las costas del proceso incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000.

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicado para tal efecto que se revoque la sentencia frente al reconocimiento y pago de la mesada 14, porque para el año 2009 apuntaba a una mesada pensional de 3.08 SMLMV de \$1.490.700 que era la mesada pensional que le correspondía para esa fecha, por lo cual en atención del acto legislativo 01 de 2005 no podía reconocerse dicha mesada, aunque continuara cotizando con posterioridad, debiéndose calcular de manera aritmética la mesada y así poder establecer si le asiste derecho o no.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia, al asistirle razón en sus pedimentos pues adquirió el status de pensionado el 12 de marzo de 2009.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver las súplicas previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

### DEL PROBLEMA JURÍDICO

Debe determinar la Sala si en efecto el señor CARLOS ALBERTO GALLÓN GIRALDO le asiste derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 correspondiente al mes de junio, tomando como punto neurálgico en el que se centra la presente discusión jurídica, las modificaciones introducidas frente a este particular aspecto por el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo a la fecha de causación del derecho pensional y la cuantía del mismo,

### DE LA MESADA ADICIONAL DEL MES DE JUNIO

Las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron creadas en favor de los pensionados, respecto a la mesada adicional de junio esta fue consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que a la letra indica:

**“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.”* (Negrilla fuera de texto)

Beneficio que la Corte Constitucional en decisión C 409 de 1994, hizo extensivo a los pensionados de todo orden. Seguidamente, el legislador a través del Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó esta prestación para las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia de esta disposición legal el 25 de julio de 2005, debiendo recibir sólo trece (13) mesadas pensionales al año, con excepción de aquellos que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si y solo si, el derecho pensional se causa antes del 31 de julio de 2011.

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, mediante sentencia SL706-2018 con radicado 66059 del 7 de marzo de 2018, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, estableció:

**“En tales condiciones, no le asistía derecho al demandante a percibir la mesada adicional de junio que persigue, pues tal beneficio fue anulado para las personas cuyo derecho a la pensión se causó a**

***partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, tal como ocurrió en el sub judice.***

***Igualmente, encontraría la Sala que el accionante tampoco se encuentra dentro del régimen de excepción a que alude el parágrafo transitorio 6.º de dicha disposición que establece: «se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año»; pues conforme el documento visible a folios 509 y 510 del expediente, el valor de la mesada pensional que comenzó a percibir el actor fue superior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.»*** (Negrilla fuera de texto)

#### **DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN**

En acatamiento del ordenamiento en cita y con el fin de determinar si al demandante le asiste o no derecho a la mesada catorce que hoy echa de menos, deben dilucidarse dos aspectos fundamentales a saber: **i)** si su derecho pensional se causó dentro de los límites temporales establecidos por la norma y **ii)** la cuantía de la prestación pensional de aquel.

Tratándose del primero de los elementos, se tiene plenamente demostrado que el actor causó su derecho pensional en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, al cumplir los requisitos de edad y semas cotizadas a partir del 12 de marzo de 2009, momento en que cumplió la edad mínima de 60 años de edad, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, contando para esa época con más de 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años inmediatamente anteriores, para ser precisos 758.15 semanas -cotizadas entre el 15 de junio de 1994 y el 12 de marzo de 2009-, como da cuenta la documental vista a folios 2-14 y 49 a 61 contentiva de la copia de la Cédula de Ciudadanía, las resoluciones de reconocimiento pensional y reliquidación, así como el expediente administrativo y el reporte de semanas cotizadas, además que así expresamente lo aceptó la encartada en la Resolución GNR 444075 del 27 de diciembre de 2014 cuando fijó como fecha de estatus el 12 de marzo de 2009 (fl 6), por tanto, a fin de hacerse acreedor el demandante a la mesada catorce deprecada era menester que su mesada pensional fuera igual o inferior a **UN MILLÓN CUATROSCIENTOS NOVENTA MIL SETECIENTOS PESOS MCTE** (\$1.490.700.ºº) equivalente a tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2009, como lo dispone el parágrafo transitorio 6 del artículo 1 de la disposición legal antes enunciada, que no es otra que el plurimencionado Acto Legislativo 01 de 2005, ello bajo el entendido que su reconocimiento se hubiera producido en dicha anualidad lo que no sucedió habida cuenta que continuó cotizando y sólo cuando terminó de hacerlo fue que entró a disfrutar del derecho pensional, siéndole otorgada la pensión efectivamente una vez se desafilió del sistema esto es, a partir del 1º de noviembre de 2014, en cuantía inicial de \$1.748.852, valor que no supera el límite al que se ha hecho alusión en esta providencia

contenido en la disposición antes anotada ya que para ese año el salario mínimo legal mensual vigente ascendía a la suma de \$616.000, por lo que sólo si su mesada hubiera superado la suma de \$1.848.000 podía considerarse excluido de su concesión, pero al percibir tan sólo 2.83 SMLMV bien puede concluirse que le asiste el derecho.

En este punto conviene recordar que la causación de la pensión de vejez se “refiere a que el derecho nace cuando la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas”, mientras que para el disfrute de la misma “se requiere la desafiliación del régimen, sin ningún otro requerimiento”, y si ello es así, fácil resulta colegir que a efectos de establecer el monto pensional es este último momento el que debe tenerse en cuenta para definir si se superan o no los 3 SMLMV, sobre todo cuando, como en el presente asunto, las cotizaciones posteriores a la causación de la pensión las efectuó el actor de manera voluntaria, por lo cual, al no haber justificación para desconocerlas, fueron consideradas para el cálculo del IBL y de la mesada inicial.

Caso distinto sería, por ejemplo, que, pese a haber causado su derecho hubiera tenido que continuar cotizando por un error inducido, ya que en ese evento sí procedería la deflactación del monto fijado en el momento en que comenzó a disfrutar y hacia atrás cuando causó el derecho, como lo solicita la censura en su recurso.

Por lo expuesto, dado que la razón acompaña a la A quo respecto a la declaratoria del derecho a la mesada de junio adicional, la que admite el propio demandante le fue reconocida inicialmente y suspendida para el año 2018, se confirmará la orden que dispuso su pago, precisando que no es dable limitarla hasta el año 2019 sino las que se continúen causando y hasta que se verifique su efectiva inclusión en nómina.

#### **DE LA PROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago, como aquí aconteció, al tomar la decisión la demandada de suspender el pago de la mesada adicional de junio. Así mismo, el artículo 1 de la Ley 717 de 2001 establece que el plazo máximo para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es de dos (2) meses a partir de la radicación de la solicitud con la correspondiente documentación que acredite el derecho.

De acuerdo con lo dicho, surge la obligación de reconocer los intereses respectivos, en el presente caso al hallarse plenamente demostrado el derecho del demandante a percibir la mesada 14, que suspendió la demandada de

manera unilateral a partir del año 2018, injustificadamente, como acertadamente lo concluyera la sentencia apelada.

Últimamente, no hay lugar a declarar probada ninguna excepción, particularmente la de prescripción, en vista de que entre la suspensión de la mesada y la presentación de la demanda no transcurrió el termino trienal para que operara dicho fenómeno, conforme el artículo 151 del CPT y de la SS.

Así las cosas, la Sala concluye que confirmará la sentencia proferida, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de julio de 2019.

Costas a cargo de la parte recurrente atendiendo las resultas de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida el 26 de mayo de 2017 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de julio de 2019, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$400.000. se confirman las de primera instancia.

#### **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CARRÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado





**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**  
**Expediente: Rad. 110013105032201700695-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media y pensión de vejez.

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de noviembre de 2018 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora PATRICIA EUGENIA VILLAR RIAÑO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Lo anterior no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de COLPENSIONES a la Dra. OLGA TERESA GARCIA RODRÍGUEZ con CC No. 52.272.884 de Btá y T. P No. 233.440 del CSJ en los términos y para los efectos del poder a ella sustituido (fls 307-310). Y como apoderado de OLD MUTUAL al Dr. JORGE ENRIQUE VIVIEL GONZALEZ con CC No. 1014225303 de Btá y T. P No. 277.946, según poder allegado con los alegatos de conclusión.

**ANTECEDENTES**

PATRICIA EUGENIA VILLAR RIAÑO, pretende se declare inválido su traslado de régimen a la AFP COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A., por falta de información, así como la de los demás fondos de pensiones, declarándose igualmente que se encuentra válidamente vinculada al RPM administrado por COLPENSIONES y al acreditar ser beneficiaria del régimen de transición tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez, por lo

que se ha de condenar a la AFP OLD MUTUAL S.A que devuelva a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado, con sus rendimientos, gastos de administración y demás, y a esta última administradora a pagar la pensión de vejez conforme el decreto 758 de 1990, a partir de la última cotización, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, y lo que resulte ultra y extra petita y las costas a que haya lugar frente a todas las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó, que nació el 20 de agosto de 1956, efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1 de marzo de 1978 hasta octubre de 1999 para un total de 815 semanas, es beneficiaria del régimen de transición, al momento de su traslado a COLMENA S.A hoy PROTECCIÓN, ésta no le brindó ninguna información sobre ventajas y desventajas entre los regímenes, en agosto de 2000 se afilió a PORVENIR S.A, en marzo de 2001 a AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A, en marzo de 2003 a PORVENIR S.A, en octubre de 2003 a AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A, en mayo de 2005 SKANDIA, en marzo de 2007 a AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A, y en abril de 2008 a SKANDIA, sin que ninguna de ellas le manifestara sobre la reducción de su pensión; además comenta que para el 25 de julio de 2005 contaba con más de 1.145 semanas y a la fecha reporta 1.790 semanas, completando los 55 años de edad el 20 de agosto de 2011, y que solicitó a los citados fondos del RAIS la anulación o ineficacia de su afiliación al RAIS sin obtener respuesta favorable. (fls 2-20)

### **CONTESTACIÓN**

Notificadas las demandadas dieron contestación así:

**COLPENSIONES** en escrito de folios 104 a 114 se opuso a todas las pretensiones, negó la mayoría de los hechos o manifestó no constarle salvo los relacionados con su edad y la solicitud de nulidad de afiliación. Propuso las excepciones denominadas: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica.

**OLD MUTUAL S.A.**, mediante escrito de folios 152-176, se opuso a todas las pretensiones, negó la mayoría de los hechos o manifestó no constarle salvo los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación a ese fondo y la solicitud de nulidad. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

**PROTECCIÓN S.A.**, con escrito de folios 223-230, se opuso a todas las pretensiones, únicamente aceptó el hecho de la edad, las afiliaciones a los distintos fondos y la solicitud de nulidad, negando los demás o

manifestando no constarle, y propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontanea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de PROTECCIÓN S.A y la genérica.

**PORVENIR S.A** en escrito de folios 249-257 y 267-268, se opuso a todas las pretensiones, negó la mayoría de los hechos o manifestó no constarle salvo los relacionados con la edad y su reclamación. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 22 de noviembre de 2018, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá resolvió, declarar no probadas las excepciones propuestas, declarar la nulidad del traslado de régimen efectuado por la demandante el 5 de octubre de 1999 junto con los posteriores traslados en el RAIS, condenó a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A a remitir con destino a COLPENSIONES los dineros que obren en la cuenta de ahorros de la demandante con sus rendimientos, así como a COLPENSIONES a recibirla en el RPMPD sin solución de continuidad desde el 7 de noviembre de 1979 y a la fecha, así como a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme al régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990, pensión que empezara a disfrutar una vez acredite el retiro del sistema y que se calculará conforme lo dispuesto en el artículo 21 y 36 de la ley 100 de 1993 según las cotizaciones por ella efectuadas durante los últimos 10 años o durante toda su vida laboral según le sea más favorable, con una tasa de reemplazo del 90%; condenando en costas a las demandas fijando como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de un (1) SMLMV, y absolvió COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que brilla por su ausencia una asesoría clara, profesional y suficiente al momento del traslado de régimen. Por su parte, la demandada OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, insistió en la revocatoria del fallo, porque la afiliación fue legal, además que se ratificó la permanencia en el RAIS, sin que sea procedente la devolución de los gastos de administración.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

## **CONSIDERACIONES**

Como quiera que no es objeto de controversia en esta instancia la declaratoria de la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de Ahorro Individual que se verificó por parte de la demandante el 5 de octubre de 1999, por las razones in extenso dilucidadas por el fallador de primera instancia, dentro de la que se destaca la falta o indebida información que le fuera suministrada para tal propósito, y de contera las realizadas con posterioridad entre los fondos demandados, al punto que ninguno de ellos presentó reproche frente a dicha declaratoria, dado que este grado jurisdiccional se surte exclusivamente en favor de COLPENSIONES por las declaraciones y condenas que le fueron adversas como consecuencia de esa determinación, procede la Sala a pronunciarse sobre todas y cada una de ellas.

### **DE LA CONTINUIDAD DE LA DEMANDANTE EN EL REGIMEN DE PRIMA MEDIA SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD**

En cuanto a la condena a COLPENSIONES consistente en recibir a la demandante PATRICIA EUGENIA VILLAR RIAÑO en el régimen de prima media sin solución de continuidad desde el 7 de noviembre de 1979 y a la fecha, lo primero que debe indicarse es que, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, justamente corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11746 del Código Civil.

Bajo este entendido, aun cuando resulta acertada la decisión del A quo en cuanto ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante sin solución de continuidad junto con los dineros y rendimientos que le remita OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A que obren en la cuenta de ahorro individual de ésta junto, simplemente con el fin de evitar confusiones futuras, conviene aclarar, de una parte, que en términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993<sup>1</sup>, lo propio es tener por ineficaz el traslado de régimen; y de otra, que dentro de los dineros que se ordena devolver, sin lugar equívocos, también se encuentran los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, en tanto desde el surgimiento del acto ineficaz, tales recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, como así se consignará en la parte considerativa de este proveído.

---

<sup>1</sup> “El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto”

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuando en lo pertinente señaló:

*“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).*

*Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:*

*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.*

*Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”*

## **DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ - REGIMEN DE TRANSICION**

Toda vez que se solicita el pago de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, bajo la premisa de que la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se remite la Sala a dicho ordenamiento así:

No existe duda en el presente asunto que la señora PATRICIA VILLAR, nació el 20 de agosto de 1956, de conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 21, por lo que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, siendo a todas luces evidente que gozaba del precitado régimen de transición pensional, beneficio que mantuvo hasta el año 2014 por contar al 25 de julio de 2005 (entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005) con más de 750 semanas, según se advierte en el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES (fl 120) y por OLD MUTAL PENSIONES Y CESANTIAS S,A (fls 181-212).

De tal suerte, el régimen anterior que tenía es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establece como requisitos el contar con cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si es mujer, y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Entonces, dado que el requisito de los 55 años de edad los cumplió la demandante el 20 de agosto de 2011, y que con anterioridad a esa fecha ya había superado más de 1000 semanas de cotización contando a la fecha con un total de 1.787 semanas (fl. 206), cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez; sin embargo, respecto del reconocimiento de la prestación económica incoada y la fecha a partir de la cual se debe condenar a la pasiva a reconocer y pagar la pensión de vejez, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 señala que 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. Teniéndose en cuenta para su liquidación hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

De la citada norma se desprende que la causación de la pensión de vejez es un concepto diferente al disfrute de la prestación; la primera ocurre siempre que se reúnan los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por la ley, en tanto que el disfrute ocurre una vez se produzca la desafiliación del Sistema de Pensiones.

En el presente asunto, dado que la actora es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual le permite la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo, y que supera con creces las 1250 semanas de cotización, claramente tiene derecho a que su pensión se liquide con una tasa de reemplazo del 90% del IBL, el cual ha de calcularse conforme lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la mencionada Ley, esto es, computando bien los últimos diez (10) años de cotización o, toda la vida laboral, según le resulte más favorable, parámetros que han de seguirse por la administradora cuando se verifique la desafiliación al sistema, de conformidad con lo establecido en líneas precedentes, como bien lo concluyera el A quo, ante la ausencia en esta oportunidad de tal presupuesto indiscutible para el disfrute.

Así lo definió la Sala Laboral de la H. CSJ, en la sentencia del 14 de noviembre de 2001 con radicado 16197, MP Dr. Luis Gonzalo Toro Correa, cuando puntualizó:

*“El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, prevé que el reconocimiento al trabajador de la pensión de vejez procede una vez cumplidos los requisitos establecidos por los reglamentos del seguro, “pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo” y, el 35 del mismo Acuerdo, señala que 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”.*

*El contenido de las dos disposiciones comentadas es tan claro que no remite a duda afirmar que si el trabajador desea que la pensión le sea reconocida desde el momento en que presenta la solicitud, por haber reunido los requisitos exigidos para gozar de ella, debe retirarse del servicio, porque si continúa vinculado y cotizando al sistema de seguridad social, no podrá disfrutar de esa prestación, contabilizándosele dicho tiempo cotizado para incrementar su monto.*

*(...)*

*De otro lado, ninguna incidencia guarda con lo que aquí se ha dicho, que el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el inciso 2° del artículo 19 del decreto 692 de 1994, establezcan la posibilidad de que el trabajador, si lo estima conveniente, pueda seguir cotizando y trabajando por cinco años más, porque aquí, ello puede ser posible, después de haber cotizado mil semanas en cualquier tiempo y para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso; pero sin que eso, de ningún modo, signifique que pueda percibir la pensión y el salario, salvo que se desafilie del sistema y deje de cotizar para el riesgo de pensión.*

*De este modo, al no regular en concreto la Ley 100 de 1993, lo atinente a la desafiliación del trabajador para poder disfrutar de la pensión una vez reunidos los requisitos exigidos por el ISS en sus reglamentos, hay que atender lo previsto por el inciso segundo del artículo 31 de dicha Ley, en cuanto dispone que son aplicables al Régimen de Prima Media con Prestación Definida las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte, a cargo del Instituto de Seguros Sociales, es decir que en materia como la examinada, deberá estarse a lo preceptuado por el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año.”*

## **COSTAS**

Dado que las ordenes que se imponen como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, provienen de conductas endilgadas a los fondos del RAIS aquí demandados, más no de COLPENSIONES, quien, acorde al fallo, se limita a recibir a la demandante de regreso al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, así como los dineros que le sean trasladados y a reconocer el derecho pensional de esa afiliada cuando la misma acredite su efectiva desafiliación al sistema, no hay lugar a fulminar condena por concepto de costas respecto de dicha entidad<sup>2</sup>, por lo que se han de revocar las fijadas en su contra en primera instancia, para en su lugar absolverla dadas las resultas del proceso, manteniendo exclusivamente las establecidas contra los fondos<sup>3</sup>. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal tercero de la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2018, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por PATRICIA EUGENIA VILLAR RIAÑO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en el sentido que dentro de los dineros que se ordena devolver a este último Fondo, también se encuentran los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal sexto de la sentencia objeto de consulta en cuanto condenó en costas a COLPENSIONES para en su lugar absolverla, manteniéndolo incólume en las demás condenas. Sin costas en esta instancia.

---

<sup>2</sup> En la sentencia con radicado 31989, del 9 de septiembre de 2008, M.P Dr. M. P. Eduardo López Villegas, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, indicó que: *“las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*


<sup>3</sup> Puede consultarse, entre otras, la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo, radicado, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que impuso el pago de las costas únicamente al fondo demandado, pese a la oposición del recurso y las otras condenas a COLPENSIONES.

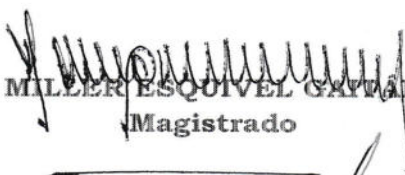


**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia objeto de consulta en todo lo demás, en todo lo demás, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CAYÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO  
Expediente 110013105033201400488-01**

Bogotá, D.C., 23 de julio de dos mil diecinueve (2020)

**TEMA:** Pensión Especial de Vejez por Actividad de Alto Riesgo.

Procede el Tribunal a continuación conocer el recurso de apelación interpuesto por ETERNIT S.A Y COLPENSIONES, respecto de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de febrero de 2019 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS EDILBERTO BLANCO SILVA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **ETERNIT COLOMBIA S.A.**

**ANTECEDENTES**

LUIS EDILBERTO BLANCO SILVA, llamó a juicio a COLPENSIONES, para que se ordene a ETERNIT cancelar el aporte adicional correspondiente a las actividades de alto riesgo desarrolladas, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocerle la pensión especial de vejez por alto riesgo, a partir del 10 de febrero de 2009, intereses moratorios, indexación, costas y agencias procesales.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, que nació el 10 de febrero de 1.959, que para el 1 de abril de 1.994 acreditaba un total de 15 años 10 meses y 6 días de cotización, que ha cotizado un total de 1.619.57 semanas, laboró para ETERNIT S.A desde el 2 de febrero de 1.981 hasta el 20 de octubre de 1.999 sin solución de continuidad, en donde manejaba y manipulaba asbesto crisolito polvo, que dicha empresa no realizó las cotizaciones adicionales a trabajo de alto riesgo, que el 29 noviembre de 2010 solicitó la pensión de vejez por alto riesgo, la cual se negó por COLPENSIONES mediante resolución 030640 del 26 de agosto de 2011, argumentando, en síntesis, que no acreditó cotización especial durante por lo menos 700 semanas, que demostraran que estuvo expuesto a actividades de alto riesgo, que impugnada la decisión fue confirmada por las resoluciones 00069 y 28958 de 2012, que solicitó aclaración de la historia laboral a ETERNIT S.A, que COLPENSIONES, de oficio, efectuó nuevo estudio del expediente y mediante resolución GNR 285920 del 30 de octubre de 2013 negó la prestación, y que radicó reclamación administrativa el 2 de



mayo de 2014, respecto de la cual COLPENSIONES guardó silencio configurándose el silencio administrativo negativo.

Mediante auto de fechas 13 de enero de 2015 se admitió la demanda y por autos del 26 de noviembre de 2015 se tuvo por contestada por parte de COLPENSIONES y del 1º de abril de 2016 por ETERNIT S.A., quienes se opusieron a las pretensiones de la demanda por no acreditar los requisitos de exposición y no haber cotizado los 6 puntos de más por parte del empleador.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33º Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 15 de febrero de 2019, resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que el señor Luis Edilberto Blanco Silva laboró en actividades de Alto Riesgo en el periodo de tiempo comprendido entre el 2 de febrero de 1.981 al 20 de octubre de 1.999, para la empresa Eternit S.A.

**SEGUNDO: CONDENAR** a ETERNIT S.A. a realizar las cotizaciones adicionales a Colpensiones que señala el artículo 5 del Decreto 2030 de 1.990 por actividad de Alto Riesgo en favor del señor Luis Edilberto Blanco Silva

**TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez de Alto Riesgo en favor del señor Luis Edilberto Silva en cuantía de un (1) SMLMV a partir del 10 de febrero de 2011 y por 14 mesadas anuales, conforme al decreto 2090 de 2003, cuyo retroactivo pensional a la fecha arroja la suma de \$72.832.928.

**CUARTO: CONDENAR** A COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios en favor del señor Luis Edilberto Blanco Silva desde el 2 de septiembre de 2014 hasta cuando se haga efectivo la inclusión en nómina de pensiones. Suma que a la fecha asciende a \$72031.143, sin perjuicio de las que surjan hasta la inclusión en nómina de pensionados.

**QUINTO: CONMINAR** a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial respecto de las cotizaciones por Actividad de Alto Riesgo, que deberá realizar Eternit S.A. por el periodo de tiempo comprendido entre el 2 de febrero de 1.981 hasta el 20 de octubre de 1.999.

**SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Eternit, concretamente las de existencia del derecho y prescripción.

**SEPTIMO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES Y ETERNIT S.A cada una deberá cancelar como agencias en Derecho la Suma de CUATRO (4) S.M.L.M.V.

Como fundamento se su decisión manifestó que el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1.990, estipulaba respecto de la pensión especial, descontar un año por cada 50 semanas de la densidad de cotización, requería haber laborado en estas condiciones 750 semanas continuas, y con las reformas del decreto



1281 de 1.994, se descuenta un año por cada 60 semanas y se exige laborar 700 como mínimo 700 semanas continuas o discontinuas, siendo que de acuerdo al folio 16 historia ocupacional se observan las funciones de resanar, conexiones, revisar, trasladar, perforar, con lo que es claro que el demandante estuvo expuesto, además que así lo soporta la declaración del ingeniero Jacinto Báez que indica que si manipulaba asbesto y crisotilo, así mismo, a folio 24 del expediente se advierte exposición y manipulación a pesar este por debajo de los límites permisibles.

El demandante nació el 10 de febrero de 1.959, cuenta con los 55 años exigidos por el decreto 2090, los cuales cumplió el 10 de febrero del año 2014, y trabajo 927.74 semanas con Eternit, cumpliendo el requisito de 700 semanas.

**Apelación:** El apoderado de Eternit, indica, en síntesis, que no se debe condenar a portes especiales a partir del año 1981, porque es solamente con el decreto 1281 de 1.994 que nace la obligación (a partir de enero de 1.995), y era del 6%, además que se negó el derecho no por falta de aportes, sino porque no desarrolló actividades de alto riesgo, siendo que Eternit sí realizó las cotizaciones solicitadas

El apoderado de COLPENSIONES, en síntesis, indicó, que se debe tener en cuenta que la obligación del empleador era aportar los documentos que demostraran la exposición al alto riesgo y no lo hizo, no aportó pruebas que estaba en actividades de alto riesgo, por lo que al no obrar, Colpensiones no tenía obligación alguna, y esto se debe analizar en la sentencia y se debe tener en cuenta para las condenas como la de los intereses moratorios.

## CONSIDERACIONES

### Problema Jurídico

La Sala estudiará si le asiste o no el derecho al demandante, al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, teniendo en cuenta el Decreto 2090 de 2003. Esto es, si como lo indica el apoderado de Eternit no se puede condenar al aporte antes de 1.994, si éste sí realizó el aporte adicional y las responsabilidades de Colpensiones.

### De la reclamación administrativa prevista en el artículo 6° del C.P. del T. y S.S.

De conformidad con el artículo 6° del CST, se observa que presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, tal y como se acredita con solicitud a folio 41 con radicado del 2 de mayo de 2014, quedando superado este requisito.

### De la afiliación al sistema

De acuerdo con la historia laboral del demandante expedida por COLPENSIONES (folios 134 a 140), aparece la mayoría de cotizaciones realizadas por cuenta del empleador ETERNIT COLOMBIA S.A., desde el 2 de febrero de 1.981 hasta el 31 de octubre de 1.999, sin embargo, se cotizaron otros tiempos con diferentes empleadores para un total de 1.487.86 semanas



a 31 de diciembre de 2013. Ahora bien, con el empleador antes citado debía realizarse cotizaciones con el porcentaje adicional (6%), con motivo de las labores desempeñadas por el señor LUIS EDILBERTO BLANCO SILVA, ya que como se certifica a folios 16 a 24 del plenario por ETERNIT, el mismo ocupó los siguientes cargos: acabado producto moldeado, aprendiz moldeador, ayudante coloración, cortador placas, pintor moldeados producción,, encontrándose expuesto a factores de riesgo referente a material particulado (asbesto - crisotilo - polvo, entre otros).

Así las cosas, sea lo primero traer a colación que no existe discusión que efectivamente Luis Edilberto Blanco Silva, realizó actividades de alto riesgo durante la vinculación con la demandada ETERNIT, tal como lo analizó el juzgador de primera instancia así la exposición fuera por niveles inferiores a los permitidos, lo cierto es que dicha exposición existió.

En consecuencia, la norma aplicable al caso concreto es el Decreto 2090 de 2003, toda vez que es la norma que se encontraba vigente al cumplimiento de los requisitos edad y densidad de cotización, la que en lo pertinente enseña:

*“ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN Y CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.”*

Ahora bien, teniendo en cuenta la historia laboral del demandante, señor Luis Edilberto Blanco, visible a folios 134 a 140, claro es que cuenta con 1.487.86 semanas de las cuales 18 años y 239 debieron ser semanas de cotización especial en pensiones con su empleador ETERNIT COLOMBIANA S.A. de conformidad con el Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 2090 de 2003 que en su artículo 2 establece los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, el cual dispone lo siguiente:

***“ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:***

- 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*
- 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud ocupacional.*
- 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
- 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.***
- 5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o*

*reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa*

6. *Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.*"

De otro lado el artículo 3º del precitado decreto prevé:

*"ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente."*

Así mismo, en el artículo 4º del mentado decreto se prevé los requisitos para acceder a dicha prestación, los cuales son:

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

1. *Haber cumplido 55 años de edad.*
2. *Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.*

*La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años."*

El Convenio sobre el asbesto, 1986 (núm. 162), proporciona las medidas que habrán de adoptarse para prevenir y controlar los riesgos para la salud debidos a la exposición profesional al asbesto y para proteger a los trabajadores contra tales riesgos. Las disposiciones claves del Convenio núm. 162 hacen referencia a:

- la sustitución del asbesto, o de ciertos tipos de asbesto o de ciertos productos que contengan asbesto, por otros materiales o productos reconocidos como menos nocivos;
- la prohibición total o parcial de la utilización del asbesto o de ciertos tipos de asbesto o de ciertos productos que contengan asbesto en determinados procesos de trabajo; y
- la adopción de todas las medidas pertinentes para prevenir o controlar el desprendimiento de polvo de asbesto en el aire y para garantizar que se observen los límites de exposición u otros criterios de exposición, así como para reducir la exposición al nivel más bajo que sea razonable y factible lograr.



El Convenio sobre el cáncer profesional, 1974 (núm. 139), proporciona las medidas que habrán de adoptarse para la prevención y el control de los riesgos profesionales causados por las sustancias y agentes cancerígenos. Las disposiciones claves del Convenio núm. 139 hacen referencia a:

- determinar periódicamente las sustancias y agentes cancerígenos a los que la exposición en el trabajo estará prohibida, o sujeta a autorización o control;
- procurar por todos los medios que se sustituyan las sustancias y agentes cancerígenos a que puedan estar expuestos los trabajadores durante su trabajo por sustancias o agentes no cancerígenos, o por sustancias o agentes menos nocivos; y
- reducir el número de trabajadores expuestos a las sustancias o agentes cancerígenos y la duración y los niveles de dicha exposición al mínimo.

En la 95.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2006 se adoptó la Resolución relativa al asbesto. En ella, la Conferencia, considerando que todas las formas de asbesto, incluido el crisotilo, están clasificadas como cancerígenos humanos conocidos por el Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer, y mostrándose profundamente preocupada por el hecho de que los trabajadores sigan afrontando graves riesgos ocasionados por la exposición al asbesto, en particular en las actividades de remoción del asbesto, demolición, mantenimiento de edificios, desguace de buques y manipulación de desechos, instaba a:

- la supresión del uso futuro del asbesto y la identificación y la gestión adecuada del asbesto instalado actualmente como medio más eficaz para proteger a los trabajadores de la exposición al asbesto y para prevenir futuras enfermedades y muertes relacionadas con el asbesto.

En la Resolución también se destacaba que no debería esgrimirse el Convenio sobre el asbesto, 1986 (núm. 162), para justificar o aceptar que se siga utilizando esta sustancia.

Conforme a lo anterior, se tiene que el demandante estuvo expuesto por más de 700 semanas, que cumplió 55 años de edad el 10 de febrero de 2014, como se corrobora con la historia laboral, por haber nacido el mismo día y mes del año 1959, además acredita 1.487.86 semanas para el 31 de diciembre de 2013, contabilizándose todo lo aportado durante su vida laboral, por ende el demandante es acreedor de la pensión especial por actividades de alto riesgo conforme al Decreto 2090 de 2003 a partir de la fecha en que cumplió los 55 años de edad, tal y como lo indicó el Juez de primera instancia. Y ya que no existe prueba que el empleador cotizó los puntos adicionales, esto no puede ser impedimento para acceder a dicha prestación, pues es deber de Colpensiones realizar dichos cobros.

Y es que para el 10 de febrero de 2009, fecha en que el demandante cumplió los 50 años de edad, contaba con 1.373.53 semanas y se exigía para ese entonces 1.150 semanas, contando con 223.53 semanas adicionales, las que divididas por 60, da 3 años a reducir de la edad de 55 años, requiriendo cumplir los 52 años, lo que solo ocurrió el 10 de febrero de 2011, por lo tanto no era posible conceder la pensión en el momento que inicialmente lo solicitó



el demandante, por lo que la reclamación inicial no podía ser tenida en cuenta. De otra parte, para el 10 de febrero de 2011, fecha en que el demandante cumplió los 52 años de edad, se requería contar con 1.200 semanas en el régimen general de pensiones, y según la historia laboral el mismo contaba para esa fecha con 1.389,39 semanas, excediendo de esa manera en 189,39 semanas, las que divididas por 60 nos da 3 años a descontar, con lo cual tenemos que el demandante consolidó su derecho el 10 de febrero de 2011 al cumplir los 52 años por lo que tiene derecho a la mesada 14 ya que de acuerdo al acto Legislativo estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2011 para quienes ganaban menos de 3 salarios mínimos.

Respecto al recurso de apelación del apoderado de Eternit, atinente al pago de la cotización adicional, contrario a lo manifestado en los alegatos, en la Historia laboral no existe reporte del mismo, ni en el transcurso del proceso se probó, siendo que solamente se alegó en el recurso de apelación, asistiéndole parcialmente razón en cuanto a la cotización adicional, ya que el decreto 1281 de 1994 en su artículo 5 indica: **"ARTICULO 5o. MONTO DE LA COTIZACION ESPECIAL.** *El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más seis (6) puntos adicionales a cargo del empleador.*", decreto que fue publicado el 22 de junio de 1994, por lo que entro a regir el 23 de junio de 1994, y si ello es así, deberá modificarse el ordinal segundo de la sentencia apelada., en el sentido de condenar a ETERNIT S.A. a pagar este aporte desde el 23 de junio de 1994, fecha en que nació la obligación de cotizar, y hasta el 20 de octubre de 1999.

En relación con la apelación del apoderado de Colpensiones, de las ya acotadas resoluciones se establece que aun cuando esa entidad tuvo la oportunidad de conocer las actividades desarrolladas por el demandante, en tanto como administradora tenía la competencia de supervisar al empleador, al estar condicionado el reconocimiento de los intereses de mora a los casos en que el derecho a las mesadas pensionales no se discute y se encuentre tardanza en el pago de las mismas, lo que en el *sub examine* no se evidenció, pues apenas con esta sentencia es que se declara que al demandante le asiste derecho a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo y, sobre esa base, que se condena al empleador a realizar el pago del 6% adicional y a Colpensiones a recibirlo y tenerlo en cuenta, por lo que a no dudarlo, mal puede endilgársele una omisión a dicha administradora con la que se configuren los referidos intereses, debiéndose revocar, por tanto, el ordinal cuarto de la sentencia apelada que los impuso, para en su lugar absolver sobre dicha condena, y con el fin de solventar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, otorgar en cambio la indexación de las sumas debidas, esto es, del valor del retroactivo, sin perjuicio de lo que se cause en adelante y hasta cuando se verifique su pago.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la h. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia del 27 de marzo de 2017, SL1353-2019, con radicación 69105 M.P Dra. : Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que puntualizó: *"En cuanto a los intereses moratorios, no hay lugar al reconocimiento de los mismos, puesto que la prestación se reconoce en virtud de esta providencia que fija el alcance de lo previsto en el parágrafo del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003. No obstante, debido a que la suma adeudada sufrió un deterioro económico por el transcurso del tiempo, se reconocerá la indexación sobre la misma. En consecuencia, el valor*



*del retroactivo, con su correspondiente actualización, sin perjuicio de lo que se cause en adelante y hasta cuando se verifique su pago...".*

Finalmente, tratándose de la excepción de prescripción, la reclamación administrativa inicial fue presentada de acuerdo a resolución 030640 a folio 32 el 29 de noviembre de 2010, fecha en que aún no cumplía el requisito de edad, pero fue resuelta el 26 de agosto de 2011 y con constancia de notificación según reverso de folio 34, el 18 de Octubre de 2011, fecha en que ya tenía derecho a la pensión, por lo que tenía hasta el 18 de octubre de 2014 para presentar la demanda, y dado que según radicado a folio 41 a folio 65 la demanda fue radicada el 20 de agosto de 2014, no operó el fenómeno de la prescripción, sin que la reclamación del 2 de mayo de 2014 pueda ser tenida en cuenta porque ya estaba interrumpido el término con la negativa notificada el 18 de octubre de 2011.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes. Se confirman las de primera a cargo de los demandados.

### **Decisión**

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** en ordinal segundo de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a ETERNIT S.A. a pagar la cotización adicional de seis puntos del Decreto 1281 de 1.994, desde el 23 de junio de 1.994 hasta el 20 de Octubre de 1.999.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal tercero de la sentencia apelada en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez de Alto Riesgo en favor del señor Luis Edilberto Silva en cuantía de un (1) SMLMV a partir del 10 de febrero de 2011 y por 14 mesadas anuales, conforme al decreto 2090 de 2003, cuyo retroactivo pensional a 31 de julio de 2020 arroja la suma de \$90.167.650

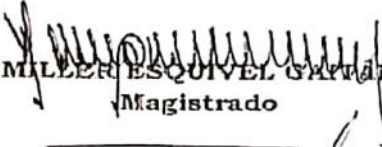
**TERCERO: REVOCAR** el ordinal cuarto que dispuso CONDENAR a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, en favor del señor Luis Edilberto Blanco Silva, desde el 2 de septiembre de 2014 hasta cuando se haga efectivo la inclusión en nómina de pensiones, para en su lugar negarlos, ordenando en esta oportunidad el pago indexado de las sumas debidas, esto es, del valor del retroactivo, sin perjuicio de lo que se cause en adelante y hasta cuando se verifique su pago, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

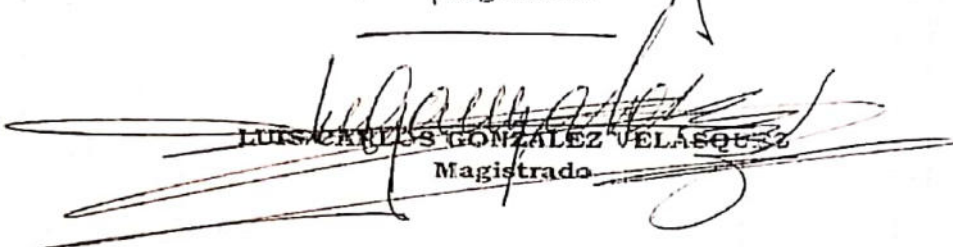
**CUARTO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida el 15 de febrero de 2019 por el Juez 33° Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS EDILBERTO BLANCO SILVA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ETERNIT.

**QUINTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de COLPENSIONES y ETERNIT en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente cada una y en favor de la parte demandante, se confirman las de primera a cargo de la parte demandada.

Notifíquese y cúmplase

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado