

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RONALD ANTONIO MUNARTH
DEL AGUILA VS CRM SAS RAD 04-2018-249-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **RONALD ANTONIO MUNARTH DEL AGUILA**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **CRM SAS**, para que previos los tramites de un proceso ordinario laboral de primera instancia se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 21 de julio de 2015 hasta el 30 de enero de 2018, que se dio por terminado por el empleador sin justa causa y que no ha cancelado lo adeudado. En consecuencia, solicita el pago de salarios, prestaciones, vacaciones, intereses a las cesantías, sanción moratoria del art 65 del CST, sanción por no pago de cesantías, indemnización por despido injusto, indemnización por no consignación en un fondo de cesantías, extra y ultra petita. (fls 2 al 13)

Como fundamento de sus pretensiones relata en síntesis que el contrato existió en las fechas indicadas, que el cargo para el cual se contrató a la demandante fue el de coordinador de operaciones, con un salario inicial de \$3.000.000, que el 28 de enero de 2015, mediante otro sí, el cargo es modificado a profesional logístico, con un salario de \$5.129.220., que la demandada no pagó 15 días de salario, que el 30 de enero de 2018 le terminaron el contrato de trabajo sin justa causa, que al momento de la terminación del contrato no le pagaron prestaciones. (fls 2 al 13).

La demanda fue contestada a través de curador ad litem, quien manifestó

atenerse a lo probado. En cuanto a los hechos aceptó algunos de acuerdo con la documental presentada, como la existencia del contrato, cargo y salario, los demás dijo debían probarse. Propuso las excepciones que denominó duda probatoria, justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y genérica innominada. (fls 54 al 59).

Tramitada la primera instancia, la Juez 4 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, calendada seis (6) de mayo de 2019, por medio de la cual resolvió **CONDENAR a la demandada a pagar indemnización por despido, indemnización moratoria y sanción por no pago de intereses a las cesantías.** (fls 119 y SS)

Para llegar a esa conclusión señaló la Juez lo siguiente: “ ... Solicita la parte actora que se condene a la demandada a pagar 15 días de salario, prima de servicios, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías de los años 2017 y 2018, indemnización moratoria, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización por despido, indemnización por no consignación de cesantías, lo que se encuentre demostrado de acuerdo a las facultades ultra y extra petita y las costas del proceso. Como sustento fáctico de las pretensiones señala en síntesis lo siguiente: Que se vinculó laboralmente con la sociedad demandada mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido a partir del 21 de julio de 2015, para desempeñar el cargo de coordinador de operaciones. El 28 de julio de 2015 le fue asignado el nuevo cargo de profesional logístico con una remuneración de \$5.129.220. Que el 30 de enero de 2018 le fue comunicada la decisión de terminar el contrato de trabajo sin justa causa. Que a la fecha de radicación de la demanda no había recibido el pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales. Admitida la demanda se notificó a la accionada a través de curador ad litem quien procedió a contestar la demanda en los siguientes términos: Aceptó los hechos 1, 2, 3 y sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan, sobre las pretensiones manifestó que se atendía a lo probado en el proceso y propuso las excepciones de duda probatoria, justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y la genérica.

En audiencia del 12 de marzo de 2019 en la etapa de fijación del litigio, se determinó que el proceso versaría únicamente sobre las pretensiones contenidas en los numerales 8, 9 y 10 del acápite correspondiente, esto es, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria del artículo 65 y sanción por no pago de intereses a las cesantías.

Problema Jurídico: de acuerdo con todo lo anterior, corresponde al Juzgado establecer si el contrato de trabajo terminó sin justa causa, si hubo mora en el pago de salarios y prestaciones sociales y en el pago de intereses a las cesantías. De la relación laboral: Se encuentra demostrado que el demandante estuvo vinculado con la sociedad demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 21 de julio de 2015 y el 30 de enero de 2018, desempeñó el cargo de profesional logístico y

devengó un salario mensual de \$5.129.220.

Reclama la parte demandante el pago de la indemnización por despido con fundamento en la terminación sin justa causa del contrato que ocurrió el día 30 de enero de 2018. Para demostrar el despido, allegó copia de la comunicación de fecha 30 de enero de 2018 y de su lectura se advierte que para la terminación del contrato se invocó la cláusula cuarta del contrato de trabajo, que se refiere a que el contrato subsistirá mientras se mantengan vigentes las causas que le dieron origen y la materia de la labor contratada y al período de prueba que es de dos meses. Como puede observarse, el hecho de invocar la cláusula del contrato de trabajo sobre su duración, no encuadra en ninguna de las contenidas en el literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, máxime si se tiene en cuenta que el período de prueba se había superado desde el año 2015, razón por la cual concluye el Juzgado que el contrato de trabajo terminó sin justa causa y por esta razón debe condenarse a la demandada a pagar la indemnización por despido, que de acuerdo al artículo 64 del mismo código equivale a treinta días de salario por el primer año y la proporción de veinte días de salario por el tiempo adicional al primer año de trabajo. Como la demandante laboró un tiempo total de dos años y 190 días, la indemnización corresponde a \$10.353.425,55.

*De la Indemnización Moratoria: Para resolver esta pretensión, debe recordarse que el numeral 1º del artículo 65 del C.S.T. establece que 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 pagarle como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor y que si transcurridos 24 meses desde la terminación del contrato, sin que el trabajador haya iniciado la reclamación laboral por la vía ordinaria, tendrá derecho al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera, a partir de la iniciación del mes 25 hasta cuando el pago se verifique. Finalmente, en cuanto a la indemnización moratoria, ha sido clara la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al señalar que su condena no es automática y que debe observarse si existió o no buena fe por parte de empleador. Así por ejemplo en sentencia SL11436 de 2016 en donde la Corte Suprema de Justicia rememoró la sentencia con radicado 24397 de 2005, explicó que debían los jueces valorar ante todo la conducta asumida por el empleador que no satisfacía a la extinción del vínculo laboral las obligaciones a su cargo, valoración que debía hacerse desde luego con los medios probatorios específicos del proceso que se examinaba y que en materia de la indemnización moratoria no había reglas absolutas que fatal u objetivamente determinaran cuando un empleador actuaba de buena o de mala fe. Sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podría esclarecerse lo uno o lo otro. **Descendiendo al caso objeto de estudio se tiene que la demandada pagó las prestaciones sociales hasta el día 13 de julio de 2018 y no logró acreditar que sus actuaciones hubieren estado precedidas de buena fe, pues como se observó, entre las partes existió una relación laboral y a su finalización no se realizó el pago de las prestaciones sociales adeudadas. En consecuencia, procederá el pago de 153 días de salario por la mora en el pago de prestaciones entre el 31 de enero y el 13 de julio de 2018, para un total de***

\$26.159.022.

Sanción por no pago de intereses de cesantías: con fundamento en el no pago de intereses de cesantías se reclama el pago de la sanción correspondiente, que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975. Como quiera que la parte demandada no demostró el pago de los intereses sobre cesantías de los años 2017 y 2018 hasta el 13 de julio de 2018, siendo su obligación haberlos pagado el 31 de enero de los mismos años, se condenará a la demandada a pagar a título de sanción una suma igual a la de los intereses de las mencionadas anualidades, que asciende a la suma de \$619. 781.Costas: En esta instancia estarán a cargo de la parte demandada...”

Inconforme con esta decisión la demandada presentó recurso de apelación así: *“Gracias señora juez, ante la decisión proferida interpongo recurso de apelación en el cual fundamento en las siguientes razones y hechos y derecho para que el honorable tribunal superior del distrito judicial revoque la misma y absuelva a la demandada de las condenas que objeto de la presente sentencia. Realmente el contrato celebrado entre el señor Ronald y CRM se encuentra se encuentra supeditado al contrato celebrado entre la unión temporal CRM para el transporte de hidrocarburos **y realmente el despacho debe tener en cuenta que la crisis del sector petrolero ha venido durante años y la caída del precio del crudo determinó que este mismo no terminara y a esta circunstancia fue que se debió que el contrato celebrado entre las partes terminará, por tanto no había reconocimiento de la indemnización por despido que reclama el demandante. Igualmente, por las razones de orden económico tanto alegadas en los alegatos y que ratifico. Un proceso de reorganización empresarial implica que proceda la evaluación de los estados financieros de la compañía, esto lleva un tiempo bastante tedioso qué es la recolección de toda la prueba, de la contabilidad y esta circunstancia determinó la tardanza en solicitar el proceso de admisión, el proceso de reorganización empresarial de la demandada. Igualmente indica el despacho que el artículo 28 dispone que el trabajador puede participar en las utilidades o beneficios del empleador, pero no en las pérdidas; pero se repite acá hay unas circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito, independientes del giro ordinario de la empresa, se reitera, la crisis petrolera a nivel nacional e internacional por, tanto esta circunstancia y conforme al precedente citado la empresa no obró de mala fe por tanto ruego al honorable tribunal revocar la condena de la indemnización moratoria que fue objeto la demandada gracias.***

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, no se pronunciaron al respecto.

CONSIDERACIONES:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del CST la Sala resolverá

los puntos de apelación esto es las condenas por indemnización por despido y sanción moratoria.s.

De la indemnización por despido injusto

Aduce el recurrente que la causa de terminación del contrato fue la crisis petrolera y dado que el contrato del actor se encontraba supeditado al celebrado con la unión temporal CRM, para el transporte de hidrocarburos, el cual no terminó por la crisis que alega.

Al respecto basta con revisar el contrato y la comunicación de terminación del mismo para encontrar: i) el contrato celebrado entre las partes fue a término indefinido y en ningún momento se supeditó o ató a la existencia de otro contrato; por el contrario, se itera su texto es claro (ver fls 18 al 24) y ii) la causal de despido invocada fue la cláusula cuarta del contrato, sin que se mencionara el acuerdo al que dice el recurrente se encontraba supeditado. (fl 26)

Tal y como señaló la Juez, la cláusula cuarta del contrato solo consagra el término de duración del contrato, **se itera a término indefinido**, y el que en ella se exprese que subsiste mientras subsistan las causas que le dieron origen, no implica ni que se pacte un término de duración, pues, todo lo contrario, esta es la definición legal de este tipo de contrato, se itera indefinido, o lo que es lo mismo sin duración delimitada, ni que este sea una justa causa pactada contractualmente, que no puede tener lugar pues solo las consagradas en el art 62 del CST son justas causas para dar por terminado el contrato por parte del empleador.

Insiste entonces la Sala el hecho de que el artículo 47 del CST al definir el contrato de trabajo a término indefinido, consagre que este subsistirá mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, si bien puede entenderse como una facultad de terminarlo, esta está, **limitada sin duda alguna, por lo establecido en la ley en los artículos 62 y 64 del CST, es decir o termina con una de las justa causas señaladas en el primero de los artículos o sin justa causa mediante el pago de indemnización como establece la segunda norma.**

De manera que, al no existir justa causa; (el periodo de prueba pactado en la cláusula cuarta desde luego estaba superado), legalmente y oportunamente invocada, esto es al momento de la finalización del contrato la condena impuesta por la Juez como indemnización por despido injusto es acertada y se confirmará.

De la indemnización moratoria

Asegura el recurrente que no actuó de mala fe que la omisión el pago fue por la crisis petrolera y que hubo tardanza en acudir a la restructuración porque es un proceso dispendioso.

Bien de conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. que : i) **Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer;** ii) **en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que, si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago;** **iii) puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y;** **iv) en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.**

En el presente asunto efectivamente y como señaló la Juez existió mora en el pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, lo cual tuvo lugar el 31 de enero de 2018, habiendo cancelado las prestaciones solo el 13 de julio de ese mismo año, y sin que exista una sola prueba de la pretendida crisis -además de su simple afirmación, que justifique su omisión como para exonerarse de la sanción.

En ese orden, en cuanto a la justificación de la mora o el posicionamiento de la demandada dentro del terreno de la buena fe, comparte la Sala la conclusión y decisión adoptada por el a – quo, pues **la demandada simplemente tenía que dar cumplimiento a la Ley esto es pagando lo**

adeudado o en todo caso demostrar que existía fuerza mayor o caso fortuito, que se daban circunstancias que no podría prever de otra manera y que en todo caso su conducta estaba guiada por la buena fe.

En cuanto a la crisis económica, de vieja data la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

*De otra parte, **si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis.** Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza*

labor” (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393.)

Claro resulta entonces que además de afirmar que está en crisis, por una caída en el precio del petróleo, **la demandada debía probar que esa iliquidez era resultado de fuerza mayor o caso fortuito, imposible de prever de otra manera, y lo que dice la Corte es que el fracaso es un riesgo de toda empresa que no debe asumir el trabajador**, y que frecuentemente se debe a conductas inadecuadas de la misma. Por el contrario, reitera la Corte, **se presume que el empleador puede prever las crisis económicas durante el desarrollo de su negocio y que cuenta con los medios para ,solucionarla**, excepto en los casos en que la fuerza mayor o el caso fortuito lo impiden hechos estos que debe probar el empleador, sin que en este caso insiste la Sala haya una sola prueba de que así haya sido, más que se itera, las afirmaciones de la demandada, pues así haya entrado en reorganización, **la apertura de este proceso, solo tuvo lugar mediante auto N° 460-003022 de 11 de abril de 2019 emitido por la Superintendencia de Sociedades, más de un año después de la terminación del contrato**, luego el argumento del recurrente no tiene fuerza para quebrantar la sentencia, a más que no pasan de ser afirmaciones carentes de respaldo. Nótese que fue incluso después del pago de prestaciones en septiembre de 2018, que se solicitó el proceso de reorganización, luego cae de su peso intentar justificar la omisión con esta circunstancia. (ver fls 107 y SS)

Por manera que, se itera, de manera alguna puede admitirse como argumento o justificación de no pago, la crisis financiera, porque sabido es que el trabajador de acuerdo con lo establecido en el art 28 del CST, puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, **pero nunca asumir sus riesgos o perdidas tal y como acertadamente señaló la Juez.**

En consecuencia, se CONFIRMA también esta condena.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

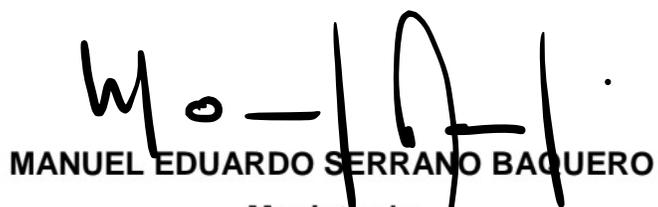
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la audiencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA ÓLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE HOMERO REYES TORRES VS FAGRON
COLOMBIA SAS RAD 02-2017-796-01**

En la ciudad de Bogotá D.C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la sala de decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **HOMERO REYES TORRES**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **FAGRON COLOMBIA SAS**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se le condene a pagar reliquidación de prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones aportes e indemnización por despido. Solicita también indemnización moratoria y costas y agencias en derecho. (fls 1 al 12).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones y en síntesis, afirma que el 1 de abril de 2007, suscribió contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de gerente comercial, que el salario inicial pactado fue de \$ 8.450.000, que adicionalmente devengó la suma de \$5.620.000 por concepto de comisiones, las cuales eran canceladas de manera permanente, que fue despedido sin justa causa, que solo hasta 2015 se suscribió una cláusula del contrato en donde se decía que la suma adicional era por auxilio de movilización, telefonía celular y alimentación, lo que no es cierto porque eran bonificaciones, que se pagaron desde el inicio del contrato, que siempre le cancelaron las prestaciones con el salario básico, perjudicando sus aportes. (fls 1 al 12).

Por su parte la demandada, en escrito de réplica presentado oportunamente, se pronuncia oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, afirmando que carecen de causa legal y fáctica, que no adeuda nada al actor y que existió un pacto de exclusión salarial, por lo que no se tuvieron en cuenta para efectos de liquidación. Aclara que el demandante fue miembro de la junta directiva y accionista de la compañía lo que hace inaceptable que no conociera la naturaleza de los pagos que recibía. En cuanto a los hechos aceptó los relativos al contrato, pero negó el salario como lo pretende el actor. Dijo que solo a partir de febrero de 2015 se firmó el otro sí al contrato, otorgando la suma adicional que se excluyó para efectos de liquidación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, enriquecimiento injusto y cobro de lo no debido, falta de causa, compensación, buena f, prescripción y genéricas. (fls 114 a 128)

Tramitada la primera instancia, la Juez 2 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, calendada a los veinticinco días (25) del mes de junio de 2019, por la que resolvió CONDENAR a la demandada FRAGON COLOMBIA SAS, a pagar diferencias en la liquidación de prestaciones, vacaciones, indemnización por despido injusto y aportes.

Para llegar a esa conclusión el Juez afirmó en síntesis lo siguiente: *“...De la existencia de la relación laboral: se encuentra plenamente acreditado dentro del plenario que entre las partes en litigio existió una relación laboral regida en virtud de un **contrato de trabajo a término indefinido en el período comprendido entre el 1 de abril de 2007 y el 9 de septiembre de 2015**, en el cargo de gerente de ventas y mercadeo, tal y como se desprende el contrato de trabajo visible a folios 14 y 18, de la carta de terminación del contrato de trabajo a folios 23, y de la liquidación final de prestaciones sociales a folio 31. Acreditada como está la existencia de la relación laboral y sus extremos sobre ellos, procedo a despachar las pretensiones de la demanda así:*
*Reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a la seguridad social e indemnización por despido injusto, tal como se planteó en la demanda y en la fijación del litigio en el presente asunto el demandante pretende el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social, indemnización por despido injusto, intereses moratorios, costas del proceso y lo que resulta probado de acuerdo a las facultades en lo Ultra y extra petita, precisado lo anterior no hay duda para esta juzgadora que, **la controversia gira en torno a determinar si el demandante tiene derecho la reliquidación de los rubros arriba mencionados con el auxilio de, por la suma de \$5.620.000, pactado en el otro sí, del contrato de trabajo a título de auxilio de movilización, de telefonía móvil celular y alimentación, sobre el particular el demandante señaló que el contrato de trabajo inició el 1 de***

abril de 2007, sobre un salario básico de \$8.450.000 y adicional el \$5.620.000, por concepto de comisiones, las cuales eran canceladas de manera permanente durante el contrato de trabajo y éstas presentan variaciones de acuerdo a las ventas realizadas. Frente a lo anterior, la demandada manifestó que el salario mensual convenido entre las partes fue de \$8.450.000, solo a partir del mes de febrero 2015 ya que entre la fecha de inicio del contrato y el 5 de febrero 2005 de 2015, el demandante percibió diferentes salarios y que de acuerdo al otro sí, al contrato de trabajo suscrito entre las partes el 5 de febrero 2015, convinieron que el demandante percibiría mensualmente la suma de \$5.620.000 a título de auxilio de movilización, telefonía celular y alimentación, las cuales no constituirían salario y no se tendrían en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, contribuciones al sistema de seguridad social, aportes parafiscales y en general no hará parte de cualquier otra acreencia de carácter laboral y que pudiera haber lugar en los términos del artículo 15 la ley 50 del 90, del artículo 17 de la ley 344 de 1996.

Dentro de la oportunidad procesal las partes allegaron las siguientes pruebas documentales y que interesan al litigio: contrato de trabajo suscrito entre las partes entre la empresa ESQUIN MASTER S.A. del 1 de abril de 2007 folio 14 - 18, otro sí al contrato de trabajo suscrito entre las partes folio 19, certificación laboral de fecha 11 de septiembre de 2015, folio 20, derecho de petición del 8 noviembre de 2017 suscrito por el demandante y dirigido a la empresa FRAGON S.A.S. solicitando la cancelación del reajuste de sus pretensiones, contestación al derecho de petición, folio 22 carta de terminación de contrato de trabajo de fecha 9 septiembre 2015 folio 23, desprendibles de nómina del 1 de mayo 2015 al 30 de julio 2015 y del 1 de septiembre al 15 de septiembre 2015 folios 24 - 30, liquidación del contrato de trabajo folio 31, comprobantes de pago los periodos octubre noviembre y diciembre 2014, enero a julio y septiembre 2015 folio 143 - 161 memorando del 16 de febrero suscrito por la gerente general de la demanda donde la informa el demandante sobre el incremento del salario para el 2015, informe detallado de empleados de la demandada folio 168 - 175 afiliación del demandante a PROTECCIÓN, certificación de la EPS Sanitas del 6 de junio 2018 en la que conste el pago de aportes en salud del demandante folio 177-178, solicitud de afiliación del demandante del 2 de abril de 2007, al sistema de riesgos laborales folio 179, certificación expedida por la compañía seguros Bolívar en la que consta el pago de aportes del 7 de junio del 2018, comunicación del actor dirigida a la cámara de comercio Bogotá donde renuncia como miembro de la junta directiva de ESQUIN MASTER S.A., folio 183, certificación de acciones del demandante a dicha compañía folios 184 - 185, solicitud de consignación de cesantías a la cuenta personal, firmada por el demandante para mejora de vivienda de los años 2013-2014, folios 186 y 187, solicitud de dos días de permiso, vacaciones, folio 188, y memorando de la demandada sobre el disfrute de las vacaciones del demandante para el periodo de 2014, folio 189 - 190, así mismo se escucharon los interrogatorios de parte al demandante y al representante legal de la sociedad demanda y se recibió declaración de la señora Natalia Contreras Pinzón, los cuales manifestaron lo siguiente en el interrogatorio de parte demandante indicó haber

laborado para la demandada desde el 1° de abril de 2007 al 9 de septiembre de 2015, que inició labores para ESQUIN MASTER, la cual se denominó así, hasta febrero 2015, cuándo se hizo la negociación y que a partir del año 2016 desaparece ESQUIN MASTER y que actualmente se denomina FRAGON COLOMBIA SAS, que el cargo desempeñado por el actor fue gerente de ventas bajo contrato a término indefinido que tuvo la calidad de socio minoritario en la empresa y empleado la compañía es ESQUIN MASTER, que el salario que allí devengaba era de 14 a 15 millones mensuales incluidas las comisiones, que cuando hubo la fusión con FRAGON COLOMBIA le dijeron que esos 14 o 15 millones se podían pagar de otra manera que fue \$8.450.000 de sueldo básico y \$5.620.000, como auxilio de rodamiento, restaurante y celular y que ese cambio se haría en el otrosí del contrato, señaló que la empresa le pagó la liquidación de la cual no recibió dinero porque en su momento tenía un leasing de un carro y la liquidación arrojó la suma de la \$49.000.000, que para el periodo entre febrero de 2012 y febrero de 2014, el salario mensual básico ascendía a la suma de \$4.285.000, lo otro era comisiones por el leasing que tenía de la camioneta, que para enero de 2015, el salario básico era la suma de \$4.478.00, más las comisiones y para febrero de 2015, firmó un contrato de trabajo y otrosí al contrato de trabajo, por su parte el representante legal de la demandada manifestó en su interrogatorio no conocer al demandante, que sabe por la documental que consultó que el señor Homero fue funcionario de accionista de la empresa, que prestó servicios desde el 1° de abril de 2007 al 9 septiembre de 2015 cuando la empresa lo liquidó unilateralmente y le pago las acreencias laborales, señaló que al momento de la liquidación conoció que el demandante tenía un salario de \$8.450.000 y un auxilio de carácter no salarial de \$5.620.000 con lo que se le cubriría unos temas relacionados con alimentación, transporte y celular; Indicó que al demandante se le liquidó las prestaciones sociales de acuerdo a la documental que reposo en la empresa, que se le pagó la indemnización la cual fue firmada por él en aceptación de la misma, con el descuento que se le hizo del leasing y en declaración rendida por la señora Natalia Contreras Pinzón está señaló que labora para la demanda desde el 13 de julio de 2017 y que de acuerdo a los documentos que reposan en la hoja de vida el actor laboró desde abril de 2007 a septiembre 2015, que fue miembro de la junta directiva y el último cargo fue gerente de ventas que el último salario fue de \$8.000.000 que tenía un básico y una suma variable no prestacional por \$5.260.000, de acuerdo que de acuerdo con el otro si al contrato pero no señaló que concepto lo conformaban, refirió que el demandante tuvo diferencias con el paso del tiempo en los salarios s y con el cambio de razón social con la venta que hubo de la empresa ESQUIN MASTER, que para año, enero 2015 tenía un salario de \$4.000.000, algo no recuerda si habían adicionales y que el momento que se hizo la venta pasó a \$8000000 de pesos, no sabe por qué motivo se señor Homero dejó de prestar servicios a la compañía, sabe que la compañía le defecto la liquidación de prestaciones sociales y que no se le quedó adeudando suma alguna; no recuerda si antes del 2015, venga un factor variable, Indicó que no sabe si el actor hubiese recibido comisiones, frente la liquidación de los auxilios señaló que no prestacionales, no sabes si tendría alguna variación a si llevaban estadísticas, lo que sí sabe que una cosa es prestacional y la otra no.

De conformidad con lo anterior y para el caso concreto se debe indicar que se impone para el demandante la carga la prueba en el sentido que demostrar las afirmaciones fácticas contenidas en la demanda y de conformidad con las exigencias del artículo 167 código general del proceso aplicable por remisión analógica del artículo 145 del código procesal del trabajo y la seguridad social, recordando esta juzgadora a las partes que siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan es preciso que la prueba se produzca para que el juez pueda calificarla, y ante su ausencia no puede esta juzgadora como directora del proceso suplir la carga de la prueba correspondiente las partes. **Así las cosas le corresponde al demandante demostrar que realmente devengaba un salario básico de \$8.450.000 más la suma de \$5.620.000, por concepto de comisiones desde el 11 de abril de 2007 hasta el 9 de septiembre de 2015.** Con la documental traída por la demanda, denominada informe detalla de empleados aparece el demandante Homero Reyes Torres, devengando las sumas allí indicadas por los años 2012 al mes de febrero 2015 sin que allí aparezca el concepto aludido de comisiones u otros valores diferentes al salario básico por tanto con esta documental la cual no fue desconocido tachada por la parte demandante no se logró determinar que le fuera cancelado valor alguno por concepto de auxilio no salariales con anterioridad febrero 2015 folio 168 - 175. **De otra parte, conforme al contrato de trabajo que milita en el expediente, suscrito entre las partes, allí se acordó un salario mensual de \$8450000, pagaderos en forma quincenal y allí se incluyó un otrosí al contrato de trabajo en la que las partes textualmente estipularon que “primero que ESQUIN MASTER S.A. suministrará en forma mensual al empleado mientras el contrato trajo suscrito entre las partes subsista la suma de \$5.620.000, a título de auxilio de movilización, telefonía móvil celular y alimentación. 2. Que las partes de común acuerdo y de conformidad con el contrato de trabajo celebrado entre el empleado y ESQUIN MASTER S.A. manifiestan que dichos auxilios no constituyen salario, por lo tanto no se tendrán en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, contribuciones al sistema de seguridad social, aportes parafiscales y en general no hará parte de la base liquidación de cualquier otra acreencia de carácter laboral que pudiera haber lugar en los términos del artículo 15 de la ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la ley 344 de 1996. 3. la presente modificación no altera las demás condiciones pactadas en el contrato de trabajo ni sus modificaciones. Daba en Bogotá el 15 de febrero 2015”** Así las cosas y para dilucidar el problema jurídico planteado se hace necesario repasar uno de los elementos del contrato de trabajo cómo es la remuneración. En primer lugar el salario es entendido como la contraprestación que recibe el trabajador por sus servicios este es definido por el código sustantivo de trabajo en su Artículo 127 así “artículo 127 elementos integrantes constituye salario no sólo la remuneración ordinaria fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas sobresueldos bonificaciones habituales valor del trabajo

suplementario o de las horas extras valor del trabajo en días de descanso obligatorio porcentaje sobre ventas y comisiones”

De la norma transcrita se entiende que todo pago hecho el trabajador no importa el concepto definición que se le dé hace parte de salario ahora el pago que se haga al trabajador debe corresponder a la retribución, que el empleador hace al trabajador por la prestación de sus servicios. En segundo lugar, el artículo 128 de este mismo código menciona que no constituye salario, “pagos que no constituye salarios no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador como primas bonificaciones o gratificaciones ocasionales participación de utilidades, excedente de las empresas de economía solidaria y lo que reciben dinero o en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones como gastos de representación medios de transporte elementos de trabajo y otros semejantes tampoco las prestaciones sociales. de qué tratan los artículos 8 y 9 ni los beneficios subsidios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie tales como la alimentación habitación o vestuario Las primas extralegales de vacaciones de servicio a de Navidad”. Esto quiere decir que aquellos pagos que no corresponden a una contraprestación por la labor del trabajo no pueden considerarse salario, cómo bien es el caso de las indemnizaciones viáticos en los términos del artículo 130 del código sustantivo del trabajo la seguridad social o pagos por mera liberalidad del empleador, en una relación, código sustantivo del trabajo perdón, pero en una relación laboral un trabajador recibe pagos que la ley ha considerado que no constituye salario que las partes han acordado que a dichos pagos no se les considere salario, la principal consecuencia de que un pago no constituye salario es que sobre dicho pago no se tiene en cuenta para el cálculo de pago de prestaciones sociales aportes parafiscales y seguridad Social es por eso que las prestaciones sociales han sido definidas como el conjunto de beneficios y garantías consagradas a favor de los trabajadores con el fin de cubrir algunos riesgos que se le presenten tienen su origen y causa en la relación de trabajo y constituye una contraprestación a cargo de los empleadores, estas prestaciones se deben liquidar con base a salario promedio al trabajo y no entran a hacer parte de la base de los demás pagos que no sean definidos como salario.

Descendiendo al caso en concreto, se tiene que la cláusula adicional suscrita entre las partes y que no fue desconocida por ninguna de ellas en el curso del proceso, éste les permiten ejercicio de la autonomía de la voluntad que de manera válida acuerden la exclusión salarial determinados conceptos que son cancelados al trabajador, siempre bajo el respeto a las garantías mínimas establecidas legal y constitucionalmente para los trabajadores y eso fue lo que ocurrió en el sublite donde las partes de común acuerdo y en forma voluntaria dieron su consentimiento para restarle carácter salarial a los auxilios de movilización, telefonía móvil celular y alimentación. Frente a lo anterior es necesario, traer a colación la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la Doctora Clara Cecilia

Dueñas Quevedo SL 1798 del 2018 radicación 63988 del 16 de mayo del 2018 “en este punto juzga prudente la Sala recordar que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por labor son salario a menos que primero se trate de prestaciones sociales 2. De sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie no para beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones 3. se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador 4. los pagos laborales que por disposición legal no son salario que no poseen un propósito remunerativo tales como el subsidio familiar Las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes estos últimos en la parte destinada al transporte representación y 5. los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituye se la dan dinero en especie tales como la alimentación habitación o vestuario Las primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad en la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajos indispensable que el acuerdo de las partes encaminado especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrían incidencia salarial se expresó claro preciso y detallado en los rubros cobijados en el pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas como tampoco vía interpretación o lectura extensiva incorporar pagos que no fueron objeto de pacto por ello la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos debe resolverse en favor de la regla general es todo Es que para todos los efectos es retributivo, en sede de instancia es necesario subrayar que el artículo 128 del código sustantivo del trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago remunerativo cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, la ley no autoriza las partes para que disponga que aquello que por esencia es salario deje de serlo, CSJ Corte Suprema de Justicia 39475 del 13 junio del 2012. Así con arreglo al artículo 127 del código sustantivo del trabajo es salario todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio sea cualquiera la forma o denominación que se adopte sumado a que el derecho del trabajo es por definición un Universo de realidades no podrían las partes a través de acuerdo contrariar a la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es de lo de lo anterior Se observa fácilmente qué tal como lo determinó los pagos recibidos por el demandante eran habituales periódicos y permanentes pues fueron recibidos casi en todos los meses del año 2006 a 2009”.

*De acuerdo con la anterior, claramente se observa los elementos probatorios obrantes y recaudados dentro del plenario, específicamente de las documentales, que reposan a folios 24 - 30 portadas con la demanda en las cuales se observan los desprendibles de nómina del demandante allí al Señor Reyes Torres, le efectuaron pagos para los meses de marzo, mayo, junio, julio 2015 y que además de salario básico contenida rodamiento para el mes de marzo por valor de \$5.620000 y para los otros meses salario no constitutivo por \$5620000. **Se tiene que efectivamente al demandante se le reconoció por parte de la demandada a partir de febrero 2015***

de manera habitual, mensual sumas por concepto de auxilio no constitutivo, así como sumas por concepto de rodamiento encontrando el juzgado que si bien, las mismas no estaban destinadas a satisfacer el cabal cumplimiento del servicio prestado por el actor es decir que no encontraba ninguna justificación sustento que implicará su reconocimiento pues no se demostró que el trabajador tuviera necesidades de transporte diferentes a las que corresponden al desplazamiento de un trabajador común desde su sitio de residencia hasta su lugar de trabajo y viceversa tampoco tenía que desplazarse fuera de la ciudad o del país como consecuencia de ejercicio normal de sus funciones tampoco requerida sufragar alimentación especial o realizar atenciones de esa índole a clientes de la sociedad demandada que justifiquen el pago de la suma que mensualmente y prosiguió por auxilio de alimentación se le otorgó en vigencia el vínculo laboral y en esa medida ingresan directamente a su patrimonio. Lo cierto es que para esta juzgadora los auxilios de alimentación y transporte que devengó el actor, constituye una remuneración fija establecida como contraprestación o retribución directa del servicio pues estos ingresaron directamente al patrimonio del trabajador por lo que dichas sumas tenían naturaleza salarial, como quiera que se reitera el principio la autonomía de la voluntad de las partes que dan sustento según el dicho de la demandada al pacto de exclusión salarial no es absoluto y bajo su imperio no pueden conocerse la naturaleza salarial de los pagos que realmente la tienen, esto dando aplicación a los principios laborales de primacía de la realidad, irrenunciabilidad de los derechos mínimos de los trabajadores y el principio de proporcionalidad en la remuneración en la cantidad y calidad del trabajo.

Por lo anterior teniendo en cuenta que se probó los valores percibidos por **el actor a partir del mes de marzo del 2015 hasta el 9 de septiembre mismo año** denominados auxilio de rodamiento e ingreso no salarial por la suma de \$5620000, los cuales como quedó visto constituyen factor salarial el juzgado accederá a las pretensiones del proceso tomando este valor para la liquidación insoluta, no así por los periodos anteriores toda vez que no se aportó prueba alguna que acreditará que al trabajador se le canceló aquellas sumas. En consecuencia se liquidarán los conceptos solicitados en la demanda esto es las prestaciones sociales y vacaciones causadas a la terminación del contrato sobre el monto que no tuvo en cuenta la accionada así: entonces aclaró nuevamente desde el 1 de enero a septiembre 9 del 2015, cesantías por valor de \$3.887,166, intereses a las cesantías por valor de \$3.322.634, prima de servicios \$3.887,166, vacaciones \$1.943.583, reliquidación de aportes a la seguridad social en pensión, de conformidad con las razones expuestas, **habrá de condenarse a pagar, la demandada al Fondo de Pensiones al cual se encontraba afiliado el actor en vigencia de la relación laboral la diferencia entre la cotización pagada y la que realmente le correspondía por ese concepto teniendo en cuenta para cada una de las anualidades el salario realmente devengado, esto de la suma de \$8.450.000 más el adicional de \$5.620.000 para un total de \$14.070.000 pesos, pago que**

deberá ser previa liquidación que para el efecto realice la correspondiente entidad pensional y en la que se incluye el valor de los intereses moratorios correspondientes. Reajusta la indemnización por despido Injusto: como quiera que el contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral de la parte demandada sin invocar justa causa para ello tal como lo informa la documental de folio 23 del expediente, cancelando la respectiva indemnización según aparece acreditado en la liquidación final de prestaciones sociales a vista a folio 31 del expediente, la cual se liquidó sin tener en cuenta la suma de \$5.620.000, que el Juzgado estableció formaba parte del salario percibido por el demandante el juzgado procederá a efectuar la liquidación con el valor antes señalado para efectos de determinar la suma adecuada, como el actor laboró desde el 1 de abril de 2007 al 15 de septiembre de 2015, esto es, 8 años, 5 meses y 9 días y devengaba un salario superior a 10 SMLM, acorde con el artículo 64 del código sustantivo del trabajo le corresponde 20 días de salario por el primer año y 15 días por año siguiente y proporcional por fracción en consecuencia la indemnización corresponde a 20 días por el primer año, 105 días por los 7 años siguientes y 8.3 días por la fracción para un total de 131,6 días de salario así \$5.620.000 dividido 30 días= \$187.333 x 131,6 días da un total de \$24.653.066, consecuente con lo anterior, será condenada la demandada al pago de la diferencia por valor de \$24.653.066. Indemnización Moratoria: reclama el accionante de su empleador el pago la indemnización moratoria por el no pago completo las acreencias laborales a la terminación de su contrato de trabajo valga primero recordar que sobre la causación de estas sanciones ha reiterado la Corte Suprema de Justicia que las mismas no son de aplicación automática sino que para ello debe analizarse la razones que tuvo el empleador para no cancelar a su trabajador los valores que por tales conceptos le correspondían al momento de la finalización de su vínculo laboral así como la ante la vigencia del mismo, sobre el particular no se condenará la sociedad demanda al pago de la indemnización moratoria pues no advierte el juzgado mala fe de la convocada a juicio en la no inclusión de las sumas reconocidas al accionante por concepto de auxilio de transporte y alimentación en vigencia el vínculo contractual pues en su sentir y con argumentos que si bien no fueron acogidos por el despacho, no por eso dejan de ser valederos Consideró que estos tal como lo acordó de manera libre voluntaria expresa con el demandante no constituyen factor salarial a tener en cuenta para el reconocimiento de las acreencias laborales y de la seguridad social aquí reclamadas, cómo se va todo lo largo del presente, la presente sentencia por lo que su proceder al no incluirlas para tales efectos no exhibe como de mala fe, ante la falta de prosperidad de la condena petitionada por concepto de indemnización moratoria se accederá a indexar las condenas aquí impartidas aplicando para ella la siguiente fórmula: valor final, igual valor inicial por índice final - índice inicial donde el índice final valor del porcentaje final indicado por el DANE de diciembre año anterior a la fecha en que se realiza el pago y el índice final valor del índice inicial para el mes de diciembre 2014, como excepciones dadas las resultas del juicio se declarará no probadas las excepciones propuestas por la demandada, costas corren a cargo de la parte demandada dentro de la que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho el equivalente al 10% de las condenas impuestas”.

Inconforme con esta decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación así: “... Gracias señora juez si con todo respeto me permite interponer recurso de apelación contra el fallo antes mencionado, para ante la honorable Corte Suprema de Justicia, perdón para ante el honorable tribunal superior de Bogotá en su sala laboral, con el fin de que se revoque en su totalidad del fallo impugnado y se absuelva a mi representada de toda condena. Así mismo para que se condene en costas a la parte demandante y la anterior solicitud la presentó con base en los siguientes argumentos: me permito reiterar como fundamento de este recurso las razones expuestas al momento de contestar la demanda y también los argumentos que exprese al manifestar los alegatos de conclusión los cuales me permito reiterar en este momento. Además de eso solicitó especialmente al honorable tribunal al momento de emitir su fallo tener en cuenta las siguientes consideraciones: **el accionante mismo confesó al momento de absolver el interrogatorio de parte, que suscribió, celebró y ejecutó el afirmado contrato de trabajo con la empresa demandada en los términos previstos en los documentos aportados como prueba y en especial reconoció que suscribió el contrato y otrosí y del 5 de febrero de 2015, este último en el cual se convino válidamente de acuerdo con la ley el pago de sumas de dinero que no serían consideradas como salario ni factor de liquidación de acreencias.** a a lo largo del proceso no aparece prueba de que el consentimiento manifestado por el demandante se encontrará viciado de manera alguna o que los pagos cobijados por la cláusula de exclusión salarial, se encuentren afectados por tratarse de objeto o causa ilícita con el mismo respeto, me permito manifestar mi desacuerdo con los argumentos expresados en el fallo en el sentido que la continuidad y permanencia de los pagos correspondientes a la suma de \$5.620.000, mensuales fueran suficientes para considerarlo como un factor salarial. **De hecho, en las pruebas como en el interrogatorio el demandante insistió en varias oportunidades, que esa suma correspondía en realidad era al valor de comisiones, las comisiones que son un pago que por su propia naturaleza son por regla general valores variables porque van en proporción a la actividad y a la cantidad de trabajo que el trabajador desempeña durante la ejecución de su contrato de trabajo.** Adicionalmente ese pago que supuestamente se le estaba considerando dentro de la cláusula de exclusión salarial correspondía según el demandante a estas comisiones valores que además nunca fueron probados dentro del proceso, nunca se certificó a que correspondía realmente la causa de estas comisiones a qué cantidad a qué proporcionalidad cómo se habían liquidado a qué tipo de gestión correspondía y es justamente la permanencia de la misma suma va en contradicción natural contra lo que significan las comisiones. En ningún momento el demandante manifestó que no requiriera de estas sumas por los conceptos anotados en la cláusula de exclusión salarial no presentó prueba alguna y si es de la naturaleza y de la esencia del cargo de una gerencia comercial de una gerencia mercantil o de una gerencia de ventas que este tipo de actividad requiera de apoyos cómo serían gastos de movilización de rodamiento, gastos de celular, de alimentación por los compromisos que los procesos de venta requieren y que tampoco se demostró dentro del

proceso que pues no se hubieran necesitado en ninguna parte del proceso el demandante asume que no haya recibido una forma de comisión muy por el contrario siempre lo afirma. Adicionalmente manifiesto mi desacuerdo con el argumento del fallo de este honorable despacho, en el sentido que este simple hecho de la continuidad y la permanencia en la suma durante el tiempo que lo afirma el despacho no se pudiera considerar como un objeto de cláusula de exclusión salarial como la misma señora juez dio lectura en el artículo 128 del código sustantivo del trabajo. Justamente es este tipo de pagos que pueden ser habituales y la misma norma lo establece los que pueden ser objeto de esta exclusión y esa esa esa continuidad y esa permanencia no eliminan la validez del acuerdo de voluntades, como lo manifesté también al referirme al tema en los alegatos de conclusión el hecho que no se especificarán también digamos pruebas adicionales en relación con cada devengado mensual no quiere decir que no existen hay una libre expresión de la de la voluntad de las partes no pueden ser considerados que se hubiera forzado a la suscripción de estos acuerdos no tenían un objeto ilícito y por lo tanto no pueden no puede restárseles la validez, justamente la habitualidad es uno de los elementos que permite el artículo 128 citado que sea considerado dentro de esos acuerdos de voluntades que las partes expresan cómo ocurrió en este caso y cómo se probó debidamente nunca el demandante dio prueba en contrario o evidenció de alguna manera que esto no hubiera sido así. Reconoce también el actor en su interrogatorio que fue gerente de ventas que fue socio hacia finales del 2018 y hasta el 2015 miembro de la junta directiva, condiciones que por razones obvias lo ubican en situación de tener acceso preferente a la información y decisiones de la compañía resulta entonces inaceptable que pretenda reajustes a los cuales no sólo no tiene derecho, sino que estuvo en posibilidad de reclamar con anterioridad hecho que sólo corrobora su inexistencia las motivaciones que tuvo el demandante para celebrar el contrato y otrosí arriba mencionados, corresponden a su fuero interno y no significan actos de error, fuerza o dolo lo que inválida en la manifestación de su consentimiento motivaciones que señala como ilusión de hacerse distribuidor de la hoy demandada. Hago notar al despacho que solamente hasta que dio en consideración del actor la certeza o la condición de que ya no se mantendría la supuesta oferta de convertirse en distribuidor de la compañía fue que él decidió presentar la demanda situación, que por lo menos pone en duda la razones verdaderas de presentar esta demanda, esa propuesta eventualmente comercial que no la hemos aceptado no existen los archivos de la prueba de la demandada ninguna prueba y que el actor tampoco presenta ninguna evidencia no impiden de ninguna manera que se haya aceptado y se haya celebrado válidamente los acuerdos que ya hemos mencionado y no quitaban su legalidad y eventualmente si se considerará su ilegalidad que esto se pudiera evidenciar dentro del proceso no guarda ninguna relación pero si la motivación real que tiene el demandante en esta acción. Acepta que fue socio de la empresa accionada y que dejó de ser accionista por una negociación que FRAGON estaba exigiendo lo cual no quita su calidad de acuerdo de voluntades, como trabajador fue despedido y se le canceló la liquidación final de acreencias laborales como lo acepta con su firma en el documento respectivo. Prueba de la de la buena fe y de la voluntad de la demandada la demandada continuó pagando las

cuotas del carro del vehículo al que hizo mención el demandante y que era objeto de leasing a lo cual en estricto derecho no estaba obligada y no existe prueba de ello, obteniendo además un beneficio adicional lo que no hace no hace más que ratificar cómo lo exprese la buena fe de mi poderdante, la motivación e intereses comerciales de distribución por la cual autorizó no es competencia de la demandada pues correspondía igualmente a su fuero interno, en todo caso no existe prueba de esta proposición. Surge también de las afirmaciones del actor que cuando no le dieron la distribución, entonces se inició la demanda, su interés comercial y de darse la propuesta aunque no se aceptan y se reconoce no tiene nada de ilícito, además existía la posibilidad de exigir un compromiso escrito o formal o garantías lo que en todo caso nunca se dio. De otro lado pretende el señor demandante se le reconozcan reajustes a salarios y prestaciones sociales por haber devengado comisiones durante el tiempo de vinculación hecho que no fue probado y que de acuerdo con la demanda dichos pagos ni se convinieron y los devengo sin perjuicio de lo manifestado y sin que tampoco implique reconocimiento de sus derechos.

Interviene la Juez “ Doctora perdón, dos minutos doctora.”

Continua la abogada: “Discúlpeme doctora Claro que sí voy a hacer todo lo posible por acelerar pero dada la trascendencia de esta presentación en la cual están envueltos los derechos de defensa de mi cliente me permito ser un poco específica Pero por supuesto atendiendo su instrucción, haré lo más pronto posible gracias. Vale la pena resaltar que las meras intenciones de celebrar contratos comerciales futuros no generan obligaciones que no se pactan de manera específica y que el demandante estaba en plena libertad de manifestar su acuerdo o desacuerdo con las condiciones de cualquier propuesta, aunque los archivos de mi representada no existe evidencia alguna de tales propuestas. En todo caso ellas hubieran dado de alguna forma si hubieran dado de alguna forma no podían causar obligaciones futuras para la empresa sino por la que la ley y las partes le pudieran dar la existencia de las comisiones, no sólo resulta dudosa sino claramente probada su ausencia por cuanto no aparece demostrado de manera alguna su causa, objeto, cuantía, periodo de causación, adicionalmente llama poderosamente la atención como lo reconoce el mismo demandante en su interrogatorio las comisiones siempre fueron igualitas quiere esto decir que siempre las ventas eran exactamente las mismas no requiere mayor análisis el hecho que justamente es de la naturaleza de las comisiones su variabilidad Y aunque se aceptará hecho que no ocurre que no podía existir algunos periodos iguales esto no podría prolongarse indefinidamente, solo reclamó hasta el año 2017 porque hasta 2015 trabajo como lo dicen su interrogatorio “en armonía porque su ilusión eras tener la distribución en otras ciudades del país y en el exterior” como ya se mencionó resulta por lo menos cuestionable que su decisión de reclamar se diera sólo cuando presuntamente su expectativa desaparece. Para terminar es de Perfecta relevancia recordar que la mera afirmación de las partes, en este caso el demandante sea prueba pues su dicho debe ser correlacionado con las demás pruebas y el análisis de su conjunto, Allí sí, ahí sí, poder deducir con claridad la veracidad de los hechos, este análisis se aplica a la mayoría de las aseveraciones del demandante en su interrogatorio

de las cuales no anexa prueba alguna ni de comisiones ni de beneficios no demostrados, que además no se mencionan en los hechos de la demanda. Al respecto se ha pronunciado de manera reiterada la jurisprudencia de la sala de la honorable Corte Suprema de Justicia en el caso de la sentencia SL 1378 del 25 de abril de 2018 cuyo magistrado ponente era el doctor JORGE PRADA SÁNCHEZ de la cual me permito dar lectura a un breve aparte por su pertinencia En consecuencia como lo manifestó “En consecuencia lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte no puede ser considerado como plena prueba de lo que acá pretende demostrar sino que debe ser confrontado con las con los demás medios probatorios recaudados en el sub judice así lo dice la Corte Suprema de Justicia del en sentencia del 15 de julio del 2008 radicado 31 637 magistrada ponente doctora Isaura Vargas indicó ella “que no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta corporación en torno a que ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas es decir que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio de no hacer de no ser así la sola afirmación del demandante de haber laborado un número determinado de horas extras dominicales y festivos bastaría para vincular al juez laboral para fallar en su favor qué es lo que en últimas pretende el actor en su discurso entonces considera la sala que no aparecen acreditados elementos como el salario, los extremos temporales de la relación en contractual entre el demandante y el señor Norberto Gallego giraldo elementos que debió probar la demandante en cumplimiento del principio general de la carga de la prueba señalado en el artículo 177 del Código de procedimiento civil, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del código procesal de trabajo que establece “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” Luego si viene el juez como director del proceso tiene deberes y facultades en la práctica de pruebas no puede reemplazar la diligencia de las partes para probar lo que pretende se declara en síntesis es evidente que no existen pues no han sido demostrados los hechos relacionados de la parte demandante de acuerdo con la ley. Tampoco puede producirse la consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico esto es la condena pretendida, por el contrario ha quedado plenamente evidenciado que me representaba pago al demandante solo las sumas que aparecen en contestación de la demanda, que éste recibió los pagos salariales y la liquidación final de acreencias laborales y que el otrosí suscrito era perfectamente válido y así se ejecutó, por lo anterior, reitero mi solicitud para que se revoque la sentencia impugnada, se absuelva a la demandada de todas las pretensiones de la demanda y se condene en costas y/o agencias en derecho a la parte demandante. Gracias señora Juez.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, no se pronunciaron al respecto.

CONSIDERACIONES

La Sala se ocupará de resolver el recurso de conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del CST y que básicamente sostiene la validez del pacto de exclusión salarial e inexistencia de comisiones.

Lo primero que observa la Sala es que desde que se presentó la demanda la parte actora sostuvo que, al iniciar el contrato, esto es el 1 de abril de 2007, se pactó como salario la suma de \$8.450.000, pero que adicional a eso recibía \$5.620.000, por comisiones, pero que la empresa lo hizo ver desde 2015, como un auxilio de movilización, telefonía celular y alimentación, lo que dice no era cierto, porque eran bonificaciones y se recibieron desde 2007.

Nada diferente sostuvo en el interrogatorio de parte, y en consecuencia desde ya la Sala advierte que le asiste razón a la recurrente, pues salta a la vista la contradicción de sus propias afirmaciones, o eran comisiones o eran bonificaciones, o el pacto celebrado era invalido porque desnaturalizaba el salario y en verdad retribuía el servicio, desde el inicio de la relación.

Se equivocó entonces la Juez, en su delimitación del problema jurídico, pues dadas las pretensiones y lo discutido en el juicio, el asunto a resolver, era la reliquidación de prestaciones, vacaciones e indemnizaciones por tener un salario mayor dadas las comisiones y/o bonificaciones que dijo devengar durante la vigencia del vínculo contractual.

Precisado lo anterior vemos como las partes aportaron el contrato de trabajo a término indefinido, (Ver fls 14 al 18 y 137 al 141); el cual se inició el 1 de abril de 2007 en el cargo de GERENTE DE VENTAS Y MERCADEO, y el en que se determinó como salario mensual a devengar, no salario básico, la suma de \$ 8.450.000.

En ninguna de las cláusulas de ese contrato se encuentra pacto alguno, sobre comisiones o sobre bonificaciones, conceptos diferentes que parece reunir en uno la parte actora, y que desde luego indicaría que el salario pactado era un básico más esos conceptos. Por el contrario, se itera, la suma estipulada lo fue por un salario fijo mensual, en a cláusula cuarta se especificó que el pago sería quincenal y también lo siguiente:

*“Las partes acuerdan expresamente que todos los auxilios, beneficios, bonificaciones o conceptos extralegales que SKIN MASTER Sale pague al empleado durante la relación laboral, tales como primas de cualquier naturaleza, ordinarias o extraordinarias, alimentación, vestuario, educación, suministro y préstamo de vivienda, auxilios por calamidad doméstica, auxilios funerarios, pólizas, de aparatos de telefonía celular o afiliaciones a este servicio (elementos de trabajo) y **demás conceptos diferentes al salario estipulado, como contraprestación directa del servicio, no constituyen salario, en dinero o en especie, para ningún efecto legal o prestacional.**”*
(Destaca la Sala).

Entonces aunque el actor afirma que siempre devengó la suma adicional que solo se pactó en 2015 8 años después de desarrollar el contrato, como comisiones y/ o bonificaciones, ninguna prueba aportó al respecto, por el contrario y como bien señaló la recurrente el hecho de ser una suma fija se opone al concepto de comisiones, que son porcentajes dados los negocios y ventas y si fuesen bonificaciones extralegales, tampoco se probaron, pero en todo caso también de acuerdo con la ley no serían salario.

La Juez de primera instancia, luego de citar sentencias de la Corte Suprema señala que la suma adicional, devengada desde 2015, -pues antes ya se dijo no hay prueba, ni como comisiones, ni como bonificaciones ni como auxilios; -ingresó al patrimonio del actor, pero olvidó que eso no es suficiente para determinar que es salario, que no lo es y que conceptos a pesar de ser habituales y remunerar pueden ser excluidos para efectos de liquidación.

El art 127 del CS T de manera diáfana señala que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador (que ingresa y enriquece su patrimonio), en dinero o en especie, **como contraprestación directa del servicio**. Acto seguido también enumera cuales cuando señala como, primas, sobresueldos bonificaciones habituales comisiones, etc.

De manera que no solo basta que ingrese al patrimonio del trabajador, para que sea salario, sino que debe ser contraprestación directa del servicio, como desde luego lo son las comisiones, las que nunca válidamente podrían excluirse como factor salarial para efectos de liquidación y que en este caso nunca se probaron, se itera, nunca hubo pacto, porcentaje determinado y menos aún prueba de que se hubiesen causado pagado y por tanto obligatoriamente debido incluir en la liquidación como se reclamó.

Ahora es el artículo 128 del mismo CST, el que especifica que no es salario y que beneficios habituales otorgados en forma extralegal, pueden ser objeto de pacto de exclusión salarial, señalando entre ellos la alimentación, habitación, vestuario y otros.

Es así como en este caso el 5 de febrero de 2015, se itera 8 años después de que empezara a desarrollarse el contrato y unos meses antes a que terminara sin justa causa, las partes acuerdan que adicionalmente al salario, se pagará una suma de \$5.620.000 como auxilio de movilización, telefonía móvil y alimentación, - todos ellos beneficios indudablemente extralegales-; y que al no ser salario no serían parte de la liquidación, **pacto que en criterio de la Sala fue valido, de ninguna manera pretendió como se aseguró por la parte actora disfrazar unas comisiones o bonificaciones pagadas durante todo el contrato, se insiste no hay prueba de ello.**

Y es que la validez de estos pactos debe estudiarse en cada caso y en este, para la Sala no hay prueba alguna, contrario a lo que concluyó la Juez, que indique que estos auxilios remuneraran directamente el servicio, disfrazaran o mejor desnaturalizaran conceptos salariales por el contrario ellos han sido considerados por la jurisprudencia como conceptos que no obedecen a esta retribución, pues la telefonía celular puede considerarse como elemento de trabajo que facilita la función del actor, dado además su cargo de gerente de ventas, el auxilio de movilización, entendido como de transporte y el de alimentación que bien puede excluirse como factor del liquidación tal y como contempla el art 128.

Vale aclarar que no siempre un auxilio de movilización, implica que se tengan que hacer viajes como equivocadamente entendió la Juez al dolerse de la falta de prueba al respecto, pues claro resulta que puede ser para otro tipo de gastos que justamente garanticen la movilidad, en el sitio de trabajo como el vehículo objeto de leasing con que contaba el actor, vale recordar que en interrogatorio de parte el actor aceptó haber sido miembro de la junta directiva de la empresa, socio de la misma, cargo que desde luego lo hacía participe de decisiones como las de otorgar beneficios adicionales que no retribuían el servicio.

Ahora llama la atención el hecho de que el demandante afirme haber recibido siempre una suma adicional fija de \$5.620.000, como comisiones, sin que exista prueba de suma alguna recibida por ese concepto hasta 2015, febrero, fecha en que se firmó el otro sí otorgándolas como beneficios extralegales excluidos para efectos de liquidación, y la providencia apelada, sin justificación alguna, ordene tener como salario durante todo el contrato, la suma de \$ 14.070.000, es decir sumándola al salario pactado, cuando es claro y así mismo lo declaró, no había prueba hasta esa fecha de un salario mayor, ni por comisiones, bonificaciones ni pacto pues aún no se había celebrado.

Por lo expuesto la Sala **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia pues el pacto celebrado el 5 de febrero de 2015, que excluía como factor de liquidación beneficios extralegales, fue valido, adecuado a la ley, tales conceptos no retribuían el servicio, luego no había lugar a reliquidación de prestaciones vacaciones e indemnización y menos aún al pago de aportes con un salario mayor al que se tomó para ese efecto.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, por lo expuesto en la parte motiva del presente proveído y en consecuencia **ABSOLVER, a la demandada** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.

SALA LABORAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

ORDINARIO No. 02-2018-215-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

**DEMANDANTE: SENaida TORRES CASTILLO y
OTRO**

**DEMANDADO: BLANCA IGNACIO FRANCO DE
VELASCO**

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

La señora **SENAIDA TORRES CASTILLO**, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda contra **BLANCA FRANCO DE VELASCO** a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre la demandante y la demandada en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio **AGUA LUZ QUIMICAMENTE PURA**, existió un contrato de trabajo a término indefinido el 2 de enero de 2004, que el contrato terminó de forma unilateral y sin justa causa el 12 de abril de 2017, que **se declare que existió sustitución patronal entre la**

señora BLANCA FRANCO DE VELASCO Y HELBER EDUARDO GARZON RAMIREZ, que se declare que la señora Franco de Velasco transfirió a título de venta el establecimiento mencionado. En consecuencia, solicita se les condene en forma solidaria al pago de prestaciones, aportes, intereses a las cesantías, pensión sanción e indexación. (fls 1 al 10).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones se afirma que existió el contrato que se pide declarar, que la trabajadora nunca fue afiliada al sistema de seguridad social, que el 12 de abril de 2017 le fue terminado el contrato, sin justa causa, que la demandante tiene 59 años de edad, que le comunicaron el 2 de mayo de 2017, la consignación de liquidación en el Banco Agrario, que los días a liquidar están errados y no corresponden a las fechas del contrato, así como el salario base de liquidación. (fls 1 al 10).

Los demandados contestaron la demanda así:

BLANCA IGNACIA FRANCO DE VELASCO oponiéndose a las pretensiones, afirmando que no desconoce la existencia del contrato, pero que pagó todo lo adeudado por tal vínculo. En cuanto a los hechos, aceptó el contrato y señaló que cuando vinculó a la actora tenía 66 años de edad, y fue ella quien no se quiso afiliar a seguridad social, por cuanto no quería perder los beneficios que tenía al ser beneficiaria de su esposo. Agregó que como la actora se negó a recibir la liquidación, le fue consignada. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, mala fe y actuación temeraria de la demandante, compensación. (fls 60 al 70).

HELBER EDUARDO GARZON RAMIREZ, oponiéndose a las pretensiones por carecer de fundamento legal. En cuanto a los hechos dijo no le constaban por ser ajenos a él y solo aceptó el 4 esto es el de la compra del establecimiento. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, mala fe y actuación temeraria del demandante e inexistencia de contrato.

(fls 116 a 122)

Tramitada la primera instancia, la Juez 2 Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia el 13 de mayo de 2019, por medio de la cual **CONDENÓ a**

la demandada **BLANCA IGNACIA FRANCO DE VELASCO** a pagar **pensión sanción**, en cuantía no inferior al salario mínimo luego de declarar la existencia de un contrato de trabajo desde el 2 de enero de 2004 y hasta el 12 de abril de 2017. ABSOLVIÓ a esta demandada de todas y cada una de las pretensiones, así como al demandado **HELBER EDUARDO GARZON**. (fls 148 y SS).

Afirmó en síntesis la Juez: *“...existencia de la relación laboral: Tal como se planteó en la demanda y en la fijación del litigio, pretende la demandante se declare la existencia de una relación laboral con **BLANCA IGNACIA FRANCO DE VELASCO**, en su calidad de antigua propietaria del establecimiento de comercio **AGUA LUZ QUIMICAMENTE PURA** y **HELBER EDUARDO GARZÓN RAMÍREZ**, entre el 2 de enero de 2004 hasta el 12 de abril de 2017, vínculo que feneció unilateralmente sin justa causa por parte del empleador. Así mismo, se declare la sustitución patronal entre la demandada **BLANCA FRANCO DE VELASCO** y el señor **HELBER EDUARDO GARZÓN RAMÍREZ**; se declare que se transfirió a título de venta, el establecimiento de comercio **AGUA LUZ QUIMICAMENTE PURA**, el 4 de abril de 2017, lo que, configura la solidaridad de pasivos laborales. Como consecuencia de lo anterior, se condene en forma solidaria a los demandados al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, pensión sanción contemplada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. **En subsidio de esta última**, condenar a los demandados al pago de los aportes a seguridad social en pensiones. la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.; la indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la indexación sobre las obligaciones laborales no satisfechas. En el asunto bajo estudio, no es controversia: **(I)** que la demandante estuvo vinculada al servicio **BLANCA IGNACIA FRANCO DE VELASCO**, en su calidad de antigua propietaria del establecimiento de comercio **AGUA LUZ QUIMICAMENTE PURA**, por contrato verbal, entre el 2 de enero de 2004 y el 12 de abril de 2017. **(II)** Que el contrato de trabajo fue terminado sin justa causa por el empleador **BLANCA IGNACIA FRANCO DE VELASCO**. **(III)** Que el establecimiento de comercio fue vendido a **HELBER EDUARDO GARZÓN RAMIREZ**. **(IV)** Que a la demandante le fueron consignadas sus prestaciones sociales a través del **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA**, por valor de \$14.510.970; y que por aviso le fue informado tal hecho a la demandante, así fue aceptado en la contestación a la demanda hechos 1, 4, 5, 6, 7, 9, 10. Las partes allegaron la siguiente documental:*

- Liquidación de prestaciones sociales (fl 12 y 74).
- Liquidación indemnización (fl 13 y 77).
- Liquidación cesantías (fl 14 y 75)
- Liquidación intereses sobre las cesantías (fl 15 y 76)
- Formulario de registro único tributario de la demandada (fl 16).
AÑO 2004
- Recibo de pago del 1 al 30 de enero de 2004 (fl 17).

- *Recibo de pago del 1 al 15 de febrero de 2004 (fl 18)*
- *Recibo de pago del 16 al 29 de febrero de 2004 (fl 19)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de febrero de 2004 (fl 24)*
- *Recibo de pago del 16 al 31 de febrero de 2004 (fl 20)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de marzo de 2004 (fl 20)*
- *Recibo de pago del 16 al 31 de marzo de 2004 (fl 21)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de abril de 2004 (fl 22)*
- *Recibo de pago del 16 al 30 de abril de 2004 (fl 22)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de mayo de 2004 (fl 23)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de mayo de 2004 (fl 23)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de junio de 2004 (fl 24)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de julio de 2004 (fl 25)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de julio de 2004 (fl 25)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de agosto de 2004 (fl 30)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de agosto de 2004 (fl 26)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de septiembre de 2004 (fl 26)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de septiembre de 2004 (fl 28)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de octubre de 2004 (fl 28)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de octubre de 2004 (fl 27)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de noviembre de 2004 (fl 27)*

AÑO 2005

- *Recibo de pago de prima de diciembre de 2005 (fl 29)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de diciembre de 2005 (fl 30)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de diciembre de 2005 (fl 29)*

AÑO 2007

- *Recibo de pago del 15 al 30 de enero de 2007 (fl 113)*

AÑO 2010

- *Pago cesantías correspondientes al 2010 (fl 78)*

AÑO 2011

- *Pago abono liquidación 29 de septiembre de 2011 (fl 78)*

AÑO 2014

- *Recibo de pago del 15 al 30 de enero de 2014 (fl 44 y 79 y 82)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de febrero de 2014 (fl 38 y 86)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de febrero de 2014 (fl 39)*
- *Recibo de pago del 1 al 30 de febrero de 2014 (fl 41 y 82)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de febrero de 2014 (fl 39 y 83)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de marzo de 2014 (fl 40 y 83)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de marzo de 2014 (fl 40 y 84)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de abril de 2014 (fl 36 y 84)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de abril de 2014 (fl 36 y 85)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de mayo de 2014 (fl 37 y 85)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de mayo de 2014 (fl 37 y 86)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de junio de 2014 (fl 38)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de julio de 2014 (fl 34 y 87 y 88)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de julio de 2014 (fl 35 y 87)*
- *Recibo prima julio de 2014 (fl 35 y 80)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de agosto de 2014 (fl 34)*

- *Recibo de pago del 15 al 30 de agosto de 2014 (fl 42 y 88 y 89)*
- *Recibo de pago del 30 de agosto al 30 de septiembre de 2014 (fl 42 y 89)*
- *Recibo de pago del 1 al 30 de octubre de 2014 (fl 43 y 90)*
- *Recibo de pago del 27 de noviembre de 2014 (fl 43 y 81 y 90)*
- *Recibo de pago de quincena de diciembre de 2014 (fl 33 y 79)*
- *Recibo de pago del 15 al 24 de diciembre de 2014 (fl 41 y 91)*

AÑO 2015

- *Recibo de pago del 1 al 30 de enero de 2015 (fl 31 y 91)*
- *Recibo de pago del 5 al 15 de enero de 2015 (fl 33 y 81 y 92)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de febrero de 2015 (fl 31 y 92)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de marzo de 2015 (fl 32 y 93)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de abril de 2015 (fl 94)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de abril de 2015 (fl 94)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de mayo de 2015 (fl 95)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de mayo de 2015 (fl 95)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de junio de 2015 (fl 96)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de junio de 2015 (fl 96)*
- *Recibo de pago del 30 de junio al 15 de julio de 2015 (fl 97)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de julio de 2015 (fl 97)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de agosto de 2015 (fl 98)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de agosto de 2015 (fl 98)*
- *Recibo de pago agosto 27 de 2015 (fl 99)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de septiembre de 2015 (fl 99)*
- *Recibo de pago del 15 de septiembre al 15 de octubre de 2015 (fl 100)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de septiembre de 2015 (fl 100)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de noviembre de 2015 (fl 101)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de noviembre de 2015 (fl 101)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de diciembre de 2015 (fl 102)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de diciembre de 2015 (fl 102)*

AÑO 2016

- *Recibo de pago del 15 al 30 de enero de 2016 (fl 103)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de febrero de 2016 (fl 103)*
- *Recibo de pago del 15 al 28 de febrero de 2016 (fl 104)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de marzo de 2016 (fl 104)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de marzo de 2016 (fl 105)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de abril de 2016 (fl 105)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de abril de 2016 (fl 106)*
- *Recibo de pago del 1 al 30 de mayo de 2016 (fl 106)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de junio de 2016 (fl 107)*
- *Recibo de pago del 13 de junio de 2016 (fl 107)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de julio de 2016 (fl 108)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de julio de 2016 (fl 108)*
- *Recibo de pago del 1 al 30 de agosto de 2016 (fl 109)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de septiembre de 2016 (fl 110)*
- *Recibo de pago del 15 de septiembre al 30 de octubre de 2016 (fl 110)*
- *Recibo de pago del 1 al 15 de noviembre de 2016 (fl 111)*
- *Recibo de pago del 15 al 30 de noviembre de 2016 (fl 111)*

- Recibo de pago del 1 al 15 de diciembre de 2016 (fl 112)
- Recibo de pago del 16 al 24 de diciembre de 2016 (fl 112)
- Recibo de pago prima diciembre de 2016 (fl 80)

AÑO 2017

- Recibo de pago del 15 al 30 de enero de 2017 (fl 113)
- Recibo de pago del 15 al 28 de febrero de 2017 (fl 114)
- Recibo de pago del 1 al 15 de febrero de 2017 (fl 114)
- Recibo de pago del 1 al 15 de marzo de 2017 (fl 115)

OTRAS PRUEBAS

- Certificación laboral (fl 48-49).
- Carta terminación del contrato de trabajo (fl 50).
- Aviso de consignación por concepto de liquidación de prestaciones (fl 51).
- Título depósito judicial (fl 53)
- Certificado de cancelación de la matrícula de persona natural expedido por la cámara de comercio (fl 72-73).
- Certificado de matrícula del establecimiento de comercio AGUA LUZ QUIMICAMENTE PURA (fl 124 Y 126-127).
- Certificado de matrícula de persona natural del demandado señor GARZÓN RAMIREZ (125).
- Contrato de compraventa de la empresa AGUA LUZ QUIMICAMENTE PURA (fl 128-129).

Con miras a probar los supuestos facticos, se practicó el INTERROGATORIO DE PARTE A LA DEMANDADA BLANCA IGNACIA FRANCO. Dijo conocer a la demandante porque trabajó con su esposo, y después del deceso de este, trabajó con ella en AGUA LUZ PURA QUIMICAMENTE; que era su empleada, que hacía de todo. Aseguró, que vendió el negocio al señor HELBER, y SENaida tenía un contrato verbal, que se le cancelaba su salario, las cesantías y las primas. Que no la afilió a un fondo de cesantías ni a un fondo de pensiones y sus vacaciones eran disfrutadas y pagadas en enero. **Que no la afilió porque la demandante le dijo que no quería perder los beneficios de su esposo y que ya tenía 56 años de edad y no alcanzaba a pensionarse.** Que en varias ocasiones le dijo a Senaida que se quedara con el negocio, pero que esta le respondió que no le interesaba. Que le pagó la liquidación definitiva en cuantía de 14 o 15 millones, suma que le canceló cuando vendió el negocio. **Que el negocio fue vendido en abril 4 de 2017; reiteró que nunca afilió a seguridad social a la demandante porque Senaida no hizo la gestión para su afiliación, que se confió.** Agregó, que las vacaciones se las concedían y las cancelaba, al igual que las primas también las canceló. Por su parte, el demandado HELBER EDUARDO GARZON, manifestó conocer a la demandante, desde marzo de 2017, que Senaida era empleada de Blanca Ignacia Franco y, compró el negocio el 2 de abril de 2017. Que Senaida tenía las funciones de entregar los pedidos en puerta; y que a él particularmente le colaboró mientras conocía del manejo del negocio, pagándole por esa actividad de asesoría hasta el mes de mayo, fecha en la que se le dijo que ya sabía conducir los hilos de la empresa. Agregó, que aparece registrado en cámara de comercio como dueño del establecimiento de comercio.

En calidad de testigo compareció **ROSAURA VARGAS**, quien dijo que conoce a la demandante porque visita su negocio, iba a comprar onces; que igual conoce a Blanca Franco; que ella atiende su negocio de 8 am a 8 pm, y para esa hora Senaida ya estaba ahí, que Senaida le dijo que trabajaba, que la veía que salía a las 5 pm, que lo sabe porque antes de salir del trabajo ella pasaba al negocio. Manifestó, que no sabe si Senaida prestaba sus servicios los fines de semana, que desde su negocio no alcanza a ver la puerta de AGUA LUZ. Aseguró, no saber el cargo, el salario o si le hicieron pagos a seguridad social. Por último, concluyó que veía salir a Senaida con papeles y pasaba por su negocio. A su turno, **CLAUDIA LEONOR MESSIER BONILLA**, dijo conocer a la demandante porque es la mejor amiga de la hija. Que no conocía a la demandada, solo hasta la celebración de la audiencia, tampoco, conoce a HELBERT GARZÓN; que conoce el negocio; que Senaida presta sus servicios a Blanca, que era la encargada de procesar las aguas, pero que nunca entro a las instalaciones del negocio. Que supo que a Senaida le dieron por terminado el contrato de trabajo, pero que no estuvo presente cuando ello ocurrió; que la demandante ganaba el mínimo y, no le consta si le quedaron adeudando algo.

Precisado lo anterior, procede el despacho a desatar la Litis, advirtiendo que las pretensiones encaminadas a que se declare la sustitución patronal y la solidaridad entre el antiguo y nuevo empleador están llamadas al fracaso como a continuación se explica: El artículo 67 de C.S.T., norma que se alega como quebrantada señala que: “Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”. Seguidamente el canon 68 *ibidem*, prevé que: “La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes”.

Para el caso de estudio, valga recordar a la parte demandante que la Corte de antaño ha aclarado dicha disposición, entre muchas, en la sentencia CSJ SL, del 21 de sep. 2010, rad. 32416, en la que se memoró la de 27 de agosto de 1973, así: “Para que la sustitución de patrono se configure en el derecho del trabajo, es necesario que se continúe también por el **asalariado la prestación de sus servicios**. Deben, pues, reunirse tres elementos: **cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador**. Sólo así se entiende que exista continuidad también de la relación de trabajo, del contrato laboral. Pero si alguno de estos requisitos falta, si, por ejemplo, no existe o no se demuestra la **continuidad de la prestación de servicios por el asalariado, lógicamente no puede hablarse tampoco de sustitución de patrono, o en forma más concreta, no puede hablarse siquiera de patrono**, porque éste sólo existe frente al otro sujeto de la relación de trabajo y no aisladamente considerado. La institución de la sustitución del patrono ha sido creada porque la relación de trabajo es individual, entre personas, y no real, entre el asalariado y la empresa; pues si fuese de esta última índole, no necesitaría la ley establece expresamente esa continuidad de patronos y **la solidaridad entre el**

antiguo y el nuevo para el pago de las obligaciones a favor del trabajador..." (Gaceta del Trabajo, Tomo II, pág. 250). (Negrilla propia)

De los hechos de la demanda, específicamente del 5º se expuso: "El día 12 de abril de 2017, la señora BLANCA FRANCO, envió a mi representada, carta de terminación del contrato verbal de trabajo a término indefinido", hecho que fue aceptado por la demandada y que se puede constatar con la documental del folio 50 y de la liquidación del contrato de trabajo. De las pruebas antes reseñadas y de los hechos de la demanda emana que **la demandante Senaida Torres Castillo, desde dicha calenda 12 de abril de 2017, no siguió prestando sus servicios personales a "AGUA LUZ QUIMICAMENTE PURA", pues como es lógico su contrato feneció unilateralmente por voluntad de quien fuera su empleador y dueña del establecimiento de comercio BLANCA FRANCO DE VELASCO, y si bien, del interrogatorio de parte rendido por el otro extremo demandado HELBER EDUARDO GARZÓN, se evidenció que la demandante prestó asesoría respecto al funcionamiento del negocio, lo cierto es que, a tal situación no puede dársele la connotación de que estuvo revistada por un contrato de trabajo, primero porque eso no se alega en la demanda y segundo porque en nada quedó probado al interior del proceso que así lo fuera. Además, no puede este despacho endilgarle responsabilidad al nuevo propietario del establecimiento de comercio, pues de las pruebas aportadas al proceso ninguna da cuenta que con ocasión al contrato de compra venta el nuevo propietario tuviera a su cargo obligaciones venideras respecto de la aquí demandante.**

PAGO DE CESANTIAS E INTERESES A LAS CESANTIAS: La parte demandada señaló que se efectuó una liquidación errónea, pues se efectuaron sobre 4.432 días, y debieron ser respecto de 4.781 días. Al punto, debe tenerse en cuenta, que con las pruebas allegadas con la contestación de la demanda al folio 78 dan cuenta que a la actora del juicio las cesantías e intereses a las cesantías causadas para el año 2010, fueron pagadas el 16 de marzo de 2011, razón por la cual, no aparecen en la liquidación final del contrato 360 días, los cuales extraña el mandatario judicial; por consiguiente no existe error alguno respecto a los días respecto de los cuales se efectuó la liquidación por los conceptos de cesantías e intereses a las cesantías. Igualmente, el mismo folio, registra un abono a la liquidación por valor de \$1.500.000, suma que fue descontada por la demandada en la liquidación final (fl. 74). De la misma manera, observa el despacho que el apoderado de la parte demandante expone al hecho 16 de la demanda una liquidación con el último salario devengado por la trabajadora, pero, debe tener en cuenta que la actora del juicio se vinculó al servicio de la demandada Blanca Franco, el 2 de enero de 2004, es decir, en vigencia de la Ley 50 de 1990, norma que precisamente reformo el sistema de retroactividad de las cesantías, y cada año se liquida teniendo en cuenta el salario devengado para cada anualidad. Tampoco puede pasarse por alto que las cesantías buscar servir de auxilio al cesante, esto es cuando no se encuentre laborando, por lo que deben ser pagadas al finalizar la relación

laboral y como bien lo ha enseñado la jurisprudencia de la Corte, sobre las mismas el término prescriptivo comienza a correr desde la desvinculación del trabajador. En lo que refiere a que no le fueron cancelados los emolumentos ya mencionados, tal como lo señaló la demandante en su interrogatorio de parte, las mismas fueron pagados al momento de su causación, afirmación que guardan concordancia con los recibos de pago que se acompañaron con la contestación de la demanda a folios 78 y s.s., desprendibles de pago que se guardaron con la respectiva firma de la demandante; pruebas sobre las que ningún reparo hizo la parte convocante, ni las desconoció ni propuso tacha alguna. Razón suficiente para denegar la pretensión encaminada a la reliquidación de las cesantías y la indemnización por no pago de cesantías. Por lo antes expuesto, también se despacharán desfavorablemente las pretensiones encaminadas al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, indexación.

PENSIÓN SANCIÓN: Por último, peticona la parte demandante se condene solidariamente a los demandados al pago de la pensión sanción consagrada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. En lo que respecta a este, punto, el despacho se pronunciara únicamente a la petición pensional, pues como arriba se precisó, no existe solidaridad de las condenas que se impongan con relación al nuevo empleador; como tampoco nos encontramos en los supuestos facticos del artículo 34 del C.S.T. Ahora bien, señala el artículo 133 de la Ley 100 de 1993: “ARTÍCULO 133. PENSIÓN SANCIÓN. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así: El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE. PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado. PARÁGRAFO 2o. Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales. PARÁGRAFO 3o. A partir del 1o. de enero del año 2.014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si

es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios”.

Siguiendo las pautas de la norma, no hay duda en el presente litigio que la demandante SENAIDA TORRES CASTILLO, prestó los servicios personales a BLANCA FRANCO DE VELAZCO, en el establecimiento de comercio “AGUA LUZ QUIMICAMENTE PURA”, desde el 2 de enero de 2004, al 12 de abril de 2017, es decir, por 13 años, 3 meses y 10 días, es decir, cumpliéndose el primer presupuesto señalado en la norma. Además, del folio 50 se observa que la demandante fue despedida sin mediar justa causa, y como consecuencia de ello, se le canceló una indemnización por la demandada en cuantía de \$6.791.758, por lo que, se cumplen los presupuestos señalados en la norma, razón por la cual, se impondrá en cabeza de la demandada BLANCA FRANCO DE VELAZCO, identificada con C.C. No. 23.483.598, reconocer y pagar en favor de la demandante SENAIDA TORRES CASTILLO, identificada con la C.C. No. 41.793.370, la pensión sanción consagrada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, prestación que deberá ser reconocida con base en el IBL de los últimos 10 años, en todo caso, la cuantía no debe ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 29 de marzo de 2016, fecha en que cumplió 57 años de edad. Lo anterior, teniendo en cuenta el actuar negligente de la demandada BLANCA FRANCO DE VELAZCO, en la NO afiliación de su empleada al Sistema General de Seguridad Social, específicamente en los subsistemas de salud, pensiones y ARL; sin que sea de recibo los argumentos expuestos en su defensa, esto es, que por petición de la propia demandante le indicó no ser afiliada por no perder los beneficios de esposo; menos aun la excusa de las enormes filas para acudir a la entidad que administra el régimen de prima media y/o AFP según sea el caso. Por lo anterior no procede el estudio de la pretensión subsidiaria. EXCEPCIONES: Dadas las resultas del juicio se declarará probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia del contrato de trabajo, que fue propuesta por el demandado HELBER EDUARDO GARZÓN RAMÍREZ. Así mismo, la de cobro de lo no debido propuesta por la demandada IGNACIA FRANCO DE VELASCO, únicamente en lo que respecta al pago del auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías y declarar no probadas las restantes, conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia. COSTAS: Lo serán a cargo de la parte demandada “BLANCA FRANCO DE VELAZCO”, dentro de las que se incluye como agencias en derecho la suma equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación así: “...Se interpone recurso de alzada en contra de los numerales 5 y 6 del presente fallo, su señoría hace la manifestación dentro de proveído que acaba de expresar que el señor HELBERTH EDUARDO GARZÓN RAMÍREZ identificado con la cédula de ciudadanía número 19 468 807 no configuró una sustitución patronal, pero su señoría dentro del proveído cae en el error para el suscrito en lo siguiente: **si bien es cierto su señoría dentro de los**

hechos admitidos en la demanda, en la contestación de la demanda es que el día 4 de abril del año 2017 la señora Blanca Franco de Velasco le vendió el establecimiento de comercio AGUA LUZ QUÍMICAMENTE PURA al señor Helberth Eduardo Garzón Ramírez y éste su señoría continúa con la relación laboral hasta el día 12 de abril del 2017, su señoría lo que quiere decir que constituyó su relación laboral por 8 días más, antes de la terminación del contrato su señoría y bajo estos parámetros si le es aplicable lo dictaminado en el artículo 67 del cual nos habla de la sustitución patronal, que dice se entiende por sustitución patronal todos los cambios de patrono por otro, situación que es aplicable ya que desde el inicio de la relación laboral el patrón era Blanca Franco y después pasó a ser el señor Helberth Eduardo Garzón, digo, por cualquier causa, la causa que da a la sustitución fue la venta del establecimiento de comercio, siempre que subsista la identidad del establecimiento, señoría desde lo que le comercializaron al señor Helberth fue el establecimiento de comercio AGUA LUZ QUÍMICAMENTE PURA con el cual inició la señora Senaida y terminó con este, o sea el establecimiento se mantuvo lo que se generó un cambio de propietario del mismo y con eso su relación laboral, digo, es decir, en cuando éste no sufre variaciones esenciales del giro de sus actividades del negocio, es el mismo establecimiento de comercio su señoría, siguió desarrollando su objeto social que fue la comercialización de agua desmineralizada que fue para la empresa para la cual mi cliente la señora Zenaida trabajo desde el inicio de la relación laboral 2 de enero de 2004, si bien es cierto el mismo señor Helberth en su interrogatorio rendido en su despacho, su señoría manifestó de que la señora Zenaida siguió trabajando, ni siquiera hasta el 12 abril que le mandaron la carta, hasta el mes de mayo como lo relata, como lo relata en la parte motiva de su sentencia razón por la cual siguió prolongada en el tiempo la relación laboral que dio origen el día 2 de enero del 2004 y se culminó su señoría 8 días después. El mismo demandado admite en su en su interrogatorio de que no fueron 8 días después de haber comprado el establecimiento sino que la relación surgió hasta el mes de mayo donde la señora Senaida le generaba una asesoría, pero en su declaración manifiesta su señoría que era la misma actividad que hacía anterior, cuando trabajaba con la señora Blanca Franco de Velasco su señoría, razón por la cual le pongo de presente los yerros que contienen su sentencia y de los cuales el suscrito no los comparte y razón por la cual solicita a la alzada, al superior jerárquico con el fin de que revise esos puntos y en general lo que resulte demostrado en uso de la facultades extra y ultra petita, bajo estos argumentos su señoría le dejó planteado a su despacho.”

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, no se pronunciaron al respecto.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S la Sala estudiará el único reproche a la sentencia esto es la negativa a declarar que existió sustitución patronal y en consecuencia la responsabilidad solidaria del demandado **HELBER EDUARDO GARZON RAMIREZ**, advirtiendo desde ya que la sentencia será confirmada. Veamos las razones.

DE LA SUSTITUCION PATRONAL Y SOLIDARIDAD

Respecto de la figura denominada sustitución patronal, de vieja data se ha sostenido que consiste en la presencia de **un cambio de empleador** por cualquier causa, a condición de que **haya continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador** y que **haya también continuidad en el desarrollo de las labores del establecimiento**. En resumen, deben reunirse tres elementos a saber: i) cambio de empleador, ii) continuidad en la empresa y ii) continuidad del trabajador.

Al respecto ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia:

*“(...) de acuerdo con el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo **hay sustitución de patronos cuando se presenta un cambio de patronos, la continuidad de la empresa y la continuidad del trabajador en el servicio.** El cambio de un patrón por otro puede ser por cualquier causa: venta, arrendamiento, cambio o razón social, etc., y de una persona natural por otra natural o jurídica o, de una persona por otra jurídica o natural. La continuidad de la empresa se refiere a lo esencial de las actividades que venía desarrollando, y la continuidad del trabajador y a su permanencia en la empresa cuando se produce el cambio con la siguiente prestación de los mismos servicios al nuevo patrono.*

Los hechos anteriores, que constituyen los requisitos para que opere la sustitución de patronos, son susceptibles de demostrarse con los medios probatorios señalados en la ley. Si la sustitución se produce por la venta de la empresa, no es tal acto jurídico lo que ha de probarse, sino el hecho de que al frente de la empresa hay patrono distinto al anterior que es ante el trabajador nuevo sujeto del vínculo contractual; y así como no es necesario

demostrar el título que tiene el patrono sobre la empresa: propietario arrendador, etc., cuando se pretende acreditar la existencia de un contrato de trabajo, tampoco debe exigirse respecto del nuevo patrono la demostración de cómo adquirió tal calidad, porque ese es un acto por lo general indiferente para el trabajador, sujeto invariable del contrato de trabajo que no se ha extinguido.

Lo mismo puede afirmarse respecto a la continuidad de la empresa, que es un hecho demostrable con cualquier medio probatorio, porque no se trata de probar la existencia de las personas jurídicas que se sustituyen, sino que la unidad de explotación económica continúa en sus elementos esenciales a pesar del cambio del titular de la misma". (CSJ, Casación Laboral, sentencia del agosto 27 de 1973).

En el presente asunto tal y como señaló la Juez es absolutamente claro que la demandante laboró hasta el 12 de abril de 2017, al servicio únicamente de la señora BLANCA IGNACIA FRANCO DE VELASCO, sin que haya prueba alguna de la continuidad en el servicio para el nuevo propietario, como afirma el recurrente.

Vemos como a folio 50 aparece la comunicación de terminación del contrato suscrita por BLANCA FRANCO DE VELASCO, con fecha 12 de abril, misma que la demandante expresa en la demanda como de terminación del contrato, asegurando que fue en la comunicación de esa fecha en que se le informó que el establecimiento había sido vendido. Obsérvese que en ninguno de los hechos afirma haber laborado más allá de esa fecha, y aunque quiere derivar sus pretensiones de la fecha de la venta el 4 de abril de 2017 es decir 8 días antes, tal argumento no está soportado probatoriamente.

En primer lugar, no es cierto que el demandado hubiese confesado al aceptar en interrogatorio de parte que la actora, laboró para él desde el 4 de abril de 2017, fecha en que se dio la venta, por el contrario, solo admitió que esta le brindó una asesoría sobre el nuevo negocio, que de ninguna manera como equivocadamente sostiene el recurrente puede entenderse como una continuidad en el contrato y en el servicio, hecho que se itera, ni siquiera consideró en los hechos de la demanda.

Pero de otra parte y como un segundo y principal aspecto que acredita lo afirmado, es el contrato de compraventa aportado y visible a folios 128 y 129 del expediente. Este tiene como fecha no el 4 sino 3 de abril de 2017 y en las cláusulas séptima, octava y novena; se pactó el precio el cual se cancelaría en una cuota inicial y tres más pagaderas a los treinta, sesenta y noventa días a esa fecha; la entrega real y material, (con lo que se perfecciona la venta), la cual solo tendría lugar una vez firmada la promesa de venta y recibida la cuota inicial y el compromiso de la vendedora de suministrar información y soporte técnico para el uso y manejo de equipos en un término no superior a 30 días.

Claro entonces resulta que no fue desde el 3 de abril que el nuevo propietario, asumió el negocio y menos que los trabajadores del mismo hubiesen continuado prestando servicios para él, pues si alguna asesoría se brindó fue justamente derivada del compromiso de la vendedora para hacerlo, luego los servicios de la actora hasta el 12 de abril de 2017, lo fueron para la demandada Franco de Velasco, en un nivel se itera de asesoría mas no de servicios para el nuevo dueño, no hay prueba alguna de ello, no lo confesó el demandado, luego la decisión de la Juez resulta acertada y apegada a la realidad probatoria.

Se itera no hay prueba alguna de prestación de servicios de la actora en beneficio del nuevo dueño, lo que elimina el requisito de continuidad en el contrato y servicio, luego no existió la sustitución, ni la responsabilidad solidaria deprecada, pues no existió antiguo y nuevo empleador, solo uno y ese fue la señora Franco de Velasco, tal y como acertadamente declaró la Juez sin que los argumentos del recurso tengan la fuerza para quebrar la sentencia apelada.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

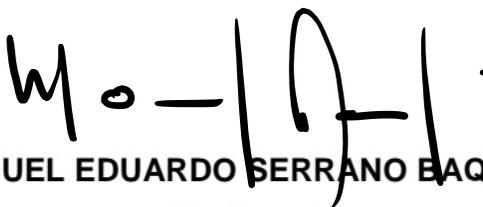
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 04 2017 492

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA JUDITH RIOMALO DE RAMIREZ

DEMANDADO: LA PREVISORA

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 16 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación de presentada por la parte actora.

ALEGACIONES

Dentro del término concedido, los apoderados de las partes presentaron alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES

La señora ANA JUDITH RIOMALO DE RAMIREZ, actuando por intermedio de apoderado judicial demandó a la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS con el fin que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare y reconozca el derecho a la PENSION DE SOBREVIVIENTES, en calidad de cónyuge sobreviviente del señor SOLOMON RAMIREZ RODRIGUEZ (q.e.p.d.), a partir de la fecha de su fallecimiento, el día 28 de julio de 2016 y en delante de forma vitalicia, junto con las mesadas adicionales de junio de diciembre, el retroactivo correspondiente, los demás derechos que se encuentren demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl.- 3)

HECHOS

Como fundamento de las pretensiones afirman, en síntesis:

- Que el señor SALOMON RAMIREZ RODRIGUEZ (q.e.p.d.), falleció en la ciudad de Bogotá, siendo pensionado por la SOCIEDAD LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, pensión que le fue otorgada mediante resolución No. 4 del 18 de noviembre de 1985, otorgándole una pensión restringida de jubilación.
- Que solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la que considera tener derecho por ser la cónyuge sobreviviente, además de ser la persona con la que convivió, toda la vida desde que contrajeron matrimonio el día 8 de diciembre de 1951 y hasta su fallecimiento.
- Que la demandada negó el reconocimiento pensional argumentando para ello que la obligación quedó en manos de COLPENSIONES (fl.- 4)

CONTESTACIÓN

Una vez notificada en legal forma, la demandada procedió a dar contestación, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 3 y 4, el 1 y 2 los negó. Propuso como excepciones de fondo las que denominó compatibilidad de la pensión restringida de jubilación, inexistencia del derecho pensional susceptible de sustitución, inexistencia de la obligación, carencia del derecho, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, prescripción y compensación y buena fe. (fl.- 50 – 60)

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, la Juez Cuarta Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 16 de mayo de 2019, por la que resolvió: DECLARAR que la pensión restringida de jubilación reconocida al señor Salomón Ramírez Gutiérrez (q.e.p.d) por La Previsora S.A. Compañía de Seguros y la pensión de vejez a este otorgada por Colpensiones con compatibles. En consecuencia la pensión de sobrevivientes aquí reconocida también es compatible, conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia. Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la Previsora S.A. Compañía de Seguros, a reconocer y pagar a la señora Ana Judith Riomalo de Ramírez, en calidad de pensión de sobreviviente, la pensión restringida de jubilación reconocida al señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) mediante Resolución No. 4 del 18 de noviembre de 1985, a partir del 29 de julio de 2016, en la misma cuantía y condiciones en las que se le cancelaba al causante y con carácter de compatible, conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia. CONDENAR a la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a pagar a la señora Ana Judith Riomalo de Ramírez, de manera indexada el retroactivo de las mesadas pensionales causadas y no pagadas desde la fecha de su causación hasta la calenda de su pago, siguiendo la fórmula indicada en el cuerpo de esta determinación y absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. (fl.- 215)

Argumentó la Juez de primer grado que el problema jurídico se contrae en determinar si la demandante tiene derecho a que le sea sustituida la pensión de jubilación que devengaba su fallecido esposo y que le fue reconocida a este por parte de la hoy accionada mediante Resolución No. 4 de noviembre de 1985 y en caso positivo desde que fecha tiene derecho a su reconocimiento y la cuantía de la misma.

Igualmente indicó que se conformidad con las pruebas documentales allegadas se encontraba demostrado (1.) Que conforme registro civil obrante a folio 34 y Acta de Matrimonio de folio 72 los señores Salomón Ramírez Rodríguez y Ana Judith Riomalo contrajeron matrimonio el 08 de diciembre de 1951, (2) Que mediante Resolución número 4 de noviembre 18 de 1985 (fls. 18-19, 65-66 y 92-93) la Previsora S.A. Compañía de Seguros reconoció al señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) una pensión de jubilación a partir del 23 de agosto de 1985 con fundamento en lo dispuesto en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, (3) Que el otrora Instituto de Seguros Sociales a través de Resolución 00605 de 18 de febrero de 1988 (fls. 20-21 y 67-68), le reconoció al señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) una pensión de vejez a partir del 24 de agosto de 1985, (4) Que conforme registro civil de defunción allegado a folio 33, el señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) falleció el 28 de julio de 2016 y (5) Que mediante Resolución GNR 302022 del 12 de octubre de 2016 Colpensiones reconoció a la actora sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su esposo Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) (fl. 202 cuya impresión se anexa a folios 211-212)

Indicó mediante resolución No. 4 de 1985 al señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) le fue reconocida la pensión sanción por despido sin justa causa, contemplada en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, norma que regula expresamente dicha prestación para el caso de los trabajadores oficiales y que se encuentra prevista en el artículo 8 de la Ley 1961, la cual fue reconocida a partir del 23 de agosto de 1985.

Señaló que teniendo en cuenta que en la resolución No. 4 de 1985 se indicó que el señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) laboró para la entidad demandada hasta el 09 de mayo de 1984, es esta la fecha

de causación de la pensión a él reconocida mediante la resolución citada y como quiera que dicha data es anterior al 17 de octubre de 1985, cuando entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de la misma anualidad y que en la mentada resolución no fue pactado lo contrario, la pensión restringida de jubilación otorgada al decujus por La Previsora S.A. Compañía de Seguros y la pensión de vejez otorgada por Colpensiones tienen el carácter de **compatibles**.

En cuanto a la pensión de sobrevivientes reclamada indicó que debe aplicarse la norma que se encuentre vigente al momento del fallecimiento del causante, tal y como lo tiene adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que el señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) falleció el 28 de julio de 2016 conforme documental de folio 33, en este caso la norma a aplicar corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003).

Luego de reseñar las pruebas aportadas al proceso, encontró que la demandante logró probar que convivió con el decujus dentro de los cinco años anteriores a su deceso, pues los testigos coinciden en afirmar que el causante y la actora convivieron desde que se casaron en el año 1951, que nunca se separaron y que si bien inicialmente vivieron en la ciudad de Bogotá aproximadamente a partir de la fecha en la que el señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) se pensionó se fueron a vivir él y su esposa Ana Judith Riomalo a una finca que adquirieron en el municipio de Cachipay, en donde convivieron hasta la fecha de la muerte del señor Ramírez Rodríguez en el año 2016.

Por lo anterior, la demandante acreditó los requisitos para ser beneficiaria de la pensión restringida de jubilación reconocida a su fallecido esposo mediante Resolución No. 4 de 1985 expedida por la hoy demandada, por lo que tiene derecho a que la misma le sea reconocida y pagada a partir del 29 de julio de 2016, día siguiente al deceso del causante, en la misma cuantía y condiciones que se le venía cancelando al señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) y con la calidad de

compatible, como arriba se dijo y en consecuencia emitió dichas condenas.

Finalmente, a la petición de prestación de servicios médicos no se accederá como quiera que la parte demandante no probó cuales eran los servicios médicos que se venían prestando al señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) y que solicita se le sigan prestando en virtud de la pensión de sobrevivientes aquí reconocida, máxime cuando el artículo 167 del Código General del Proceso indica: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación en señalando que apela lo relacionado con la negativa dada en relación con el reconocimiento y pago de los servicios médicos, ya que la actora dada su avanzada edad requiere de tratamientos y medicamentos muy especiales que se los venían otorgando por este tipo de medicina que le estaba proporcionando la previsorora.

Por su parte la demandada apela la decisión, señalando que interpone recurso de apelación *“en contra la decisión que acaba de preferir el despacho en lo que tiene que ver con que se ha declarado que la pensión restringida jubilación que se había reconocido al causante cónyuge de la demandante tiene el carácter de compatible y no de compartible con la vejez que venía disfrutando de por parte de COLPENSIONES; pues la consecuencia de esto pues frente a las condenas que se derivan de esa declaración. Igualmente presentó el recurso de apelación y lo sustenta en los siguientes términos: mi representada pues en este caso se ve en la necesidad de insistir en que la pensión, que su momento reconoció la Previsorora al causante, el señor Salomón tiene el carácter de compartida con la de vejez que su momento le reconoció para ese entonces el instituto de seguros sociales; hay que tener en cuenta pues varios elementos en este sentido, pues el primero de ellos, es que pues, es evidente que la*

pensión que se reconoció por parte de la previsora al causante lo fue en virtud de la ley 171 del año 1961 y es claro que pues, es una modalidad de la pensión de jubilación sin embargo esa pensión de jubilación se dirige a cubrir el mismo riesgo que atiende la pensión plena y en eso es que traduce, en que en este caso si cubre el mismo riesgo pues el objeto aquí en este caso opera la figura de la subrogación del riesgo es claro porque, sobre eso no hubo ninguna discusión y quedó demostrado en el proceso que efectivamente el empleador para ese momento La Previsora, afilió al Señor Salomón y efecto los aportes a pensión, eso inclusive está respaldado con los documentos que obran en el expediente y que allegó COLPENSIONES en virtud de la prueba de oficio que decretó el despacho y efectivamente esa pensión de vejez que reconoció en ese momento el SEGURO SOCIAL se hizo con base en los aportes que la previsora real y porque realiza sus aportes, porque en ese momento lo que se busca con la filiación y los aportes es liberarse del riesgo de vejez y es claro para mi representada qué tanto esa pensión restringida de jubilación como la pensión de vejez pues al tener el mismo riesgo pues no podrían ser pensiones o prestaciones compatibles sino por el contrario son compartidas. El otro elemento que hay que tener en cuenta en este caso y es que el despacho indica que pues en este caso la pensión se causó con anterioridad al 17 de octubre del año 1985, sin embargo pues nosotros allí pues tenemos una diferencia en cuanto a este esta consideración en la medida en que se considera que en este caso la edad, si bien la edad no es un elemento de causas, mas no de exigibilidad, en este caso para mi representada el derecho a la pensión restringida de jubilación se causó con posterioridad al 17 octubre del año 1985, no sé causó al momento en el que se finaliza el contrato de trabajo, en este caso, así bien anterior a esa data, es decir el despido fue el 9 de mayo del 84, pero para ese momento, para la previsora, sigue insistiendo que, esa no era la fecha, esa no es la fecha de causación, porque la causación, se da cuando el pensionado completa los requisitos que son, no sólo el tiempo de servicio, sino también el a edad, en esa medida hasta que no completé los dos requisitos que es tiempo de servicios y la edad, pues la pensión no se ha causado y en esa medida la pensión se causó cuando el completo la edad y esa edad fue la completo con posterioridad al 17 de octubre del 85 y en esa medida es Claro que al estar luego la causación el reconocimiento

opera bajo la figura de la compatibilidad, figura pensional pero que inicialmente había sido consagrada en el mismo código sustantivo del trabajo, en el artículo 267 y ese artículo 267 en relativo a las prestaciones patronales allí indicado e incluye la pensión de jubilación sin embargo, si uno revisa Igualmente otra Norma de ese código sustantivo qué es el artículo 159, allí se prevé entre otros aspectos que las pensiones de jubilación dice que dejan de estar a cargo del empleador cuando el riesgo sea asumido por el Instituto colombiano de los seguros sociales en este caso pues es claro que la PREVISORA, afilió e hizo los aportes, luego cuando instituto reconoció la pensión de vejez, la demandada quedó liberada de reconocer esa prestación, porque básicamente, pues lo que se entiende es que si cubre el mismo riesgo pues mal haría, si hay el cubrimiento el mismo, obtener dos prestaciones porque para eso se hace la afiliación y el pago de los aportes a la seguridad social, además hay que tener en cuenta también e insistiendo en cuanto a la fecha de la pensión restringida jubilación en cuento al elemento de causación o de exigibilidad, si volvemos nuevamente a lo que establece esta norma del código sustantivo del trabajo que aquí se habla que sí después de el mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente tendrá derecho a la pensión pero dice pero sólo cuando cumpla los 60 años de edad, entonces cuando la norma establece se condicionamiento que sólo cuando cumpla la edad lo que deja muy claro, es que sólo puede tener derecho cuando cumpla la edad, es decir que la edad es un elemento de causación porque así se puede entender de esta norma y básicamente esta misma norma lo que dices que el derecho a la pensión se estructura con la edad y no solamente con los años de servicios exigidos por esa misma norma en esa medida, pues si cumple el causante con posterioridad al 17 de octubre del año 1985, quiere decir que la causación, se dio con posterioridad a esa fecha y no el 9 de mayo del 84 cuando el contrato de trabajo que existía con previsora terminó y bajo ese bajo Ese es elemento pues previsora insiste en el sentido de que la causación, se dio con posterioridad y por tanto esa pensión de jubilación que reconoció en su momento si está bajo las reglas de la compartibilidad, bajo ese elemento lo que se tienes que se operó en relación con la pensión reclamada la subrogación del riesgo, fue la consecuencia de la liberación la para la PREVISORA de tener a su cargo la responsabilidad de la pensión por cuanto, pues sobre eso ya

quedó liberada con base en lo que ya hemos mencionado entonces bajo esos elementos lo que considera mi mandante es que en este caso se debe analizar por parte del tribunal efectivamente si la edad es un elemento de causación y no exigibilidad y por tanto en este caso si la para el pensionado se causó la pensión cuándo completos los dos requisitos edad y tiempo de servicios con posterioridad al 17 octubre del 85, pues es claro que opera la compartibilidad y en esa medida pues no habría lugar a que se reconociera o que se mantuviera mi representada atada a esa pensión y cómo se dijo en su momento desde cuándo se contestó la demanda de reconvención, si bien la PREVISORA por razones de orden de interpretación de las normas mantuvo el pago de una pensión de jubilación aún con posterioridad a edad a que el causante había sido pensionado por parte del entonces Instituto de seguros sociales, ello no quiere decir que deba mantenerse en esa obligación por cuanto es que efectivamente la obligación no existe y en este caso mantener el pago de esa pensión a una sobreviviente, en este caso sería básicamente comprometer recursos públicos en la medida en que estas pensiones se financian por la naturaleza de LA PREVISORA, pues con recursos del Estado. Otro elemento que solicitó a la sala que revise en relación con este caso y finalmente teniendo en cuenta que si bien el despacho absuelve de la pretensión en relacionada con la prestación de los servicios médicos y sobre eso pues hay un recurso de apelación de la parte demandante, simplemente quiero que como bien se expuso cuando se dio contestación a la reforma la demanda en donde luego de que el demandante para el momento que presenta su demanda no había agotado la reclamación administrativa en relación con la prestación de los servicios médicos y sobre esto en la audiencia en la cual se resolvieron las excepciones previas Se declaró probada en relación con la prestación de los servicios médicos y en esa medida pues además de que no se probó sobre qué exactamente servicios estaba reclamando Lo cierto es que en este caso en punto justamente, la reclamación administrativa lo que tiene que ver frente a lo que la parte demandante interpone sus recursos frente a la sentencia, dejó sustentado el recurso de apelación en relación con la sentencia que se profieren Muchas gracias.

CONSIDERACIONES

En primer lugar, sería del caso pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en el que solicita se revoque la absolución impartida a la demandada en cuanto a la pretensión relacionada con el reconocimiento y pago de los servicios médicos, no obstante lo anterior, esta Sala encuentra que la Juez de Primer grado no tenía competencia para pronunciarse de esta pretensión, como quiera que la parte demandada propuso la excepción previa de falta de reclamación administrativa sobre la misma y en audiencia de fecha 16 de mayo de 2019, se declaró probada y se excluyó del debate probatorio.

De conformidad con lo anterior y como ya se indicó, no era dable pronunciarse sobre esta pretensión en la sentencia bajo estudio y como el recurso gira en torno a dicha pretensión, esta Colegiatura se abstiene de resolver el mismo.

Dilucidado lo anterior, procede esta Colegiatura al estudio de los puntos de reproche esgrimidos por la parte demandada en su recurso de apelación, esto es, la compatibilidad de la pensión reconocida por la demandada y la reconocida por el ISS hoy COLPENSIONES y los demás puntos que el resultaron desfavorables, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta.

Ahora bien, tal y como lo dijo la Juez de instancia, se encuentra demostrado que mediante Resolución número 4 de noviembre 18 de 1985 (fls. 18-19, 65-66 y 92-93) la demandada Previsora S.A., reconoció al señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) una pensión de jubilación a partir del 23 de agosto de 1985 con fundamento en lo dispuesto en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969. Igualmente que el extinto Instituto de Seguros Sociales a través de Resolución 00605 de 18 de febrero de 1988 (fls. 20-21 y 67-68), le reconoció al causante una pensión de vejez a partir del 24 de agosto de 1985.

Así mismo que conforme registro civil de defunción allegado a folio 33, el

señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) falleció el 28 de julio de 2016 y que mediante Resolución GNR 302022 del 12 de octubre de 2016 COLPENSIONES reconoció a la actora sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su esposo Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d).

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester señalar que al causante le fue reconocida la pensión sanción por despido sin justa causa, contemplada en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, norma que regula expresamente dicha prestación para el caso de los trabajadores oficiales y que se encuentra prevista en el artículo 8 de la Ley 1961, la cual fue reconocida a partir del 23 de agosto de 1985.

Siendo ello así y teniéndose que recordar en todo caso que el asunto de compartibilidad en casos como el examinado, tan sólo entró a ser regulado en materia de seguridad social con el Acuerdo 029 de 1985 (aprobado por el Decreto 2879 del mismo año) y particularmente en su artículo 5°. cuando dispuso *“Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de al 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 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”*.

Igualmente se encuentra que lo anterior ha sido criterio acogido por nuestro Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria, de vieja data y que en casos similares ha puntualizado:

“(…)Si bien, el ad quem con fundamento en las normas examinadas señala que a partir del 17 de octubre de 1985 existe la posibilidad de compartibilidad de las pensiones extralegales reconocidas en convenciones colectivas, se equivoca al inferir que tal fecha debía tenerse en cuenta para establecer si antes de la misma se reconocieron pensiones de vejez a los trabajadores; porque lo que se deduce de las normas cuestionadas es que la compartibilidad entre las otorgadas, entre otras, por convención con la

de vejez que posteriormente reconozca el ISS, es posible siempre y cuando la primera se haya concedido a partir del 17 de octubre de 1985. De manera que observar si la de vejez se concede antes del 17 de octubre de 1985 resulta irrelevante, lo que se debe mirar antes de tal fecha es si se concedió una de origen convencional, voluntaria, o por laudo arbitral, caso en el cual ésta es compatible, que no compatible con la de vejez. (...)En ese orden es dable aclarar que, frente a las pensiones, es distinto el concepto de la compatibilidad del de la compatibilidad, pues el primero surge conforme a los supuestos de hecho que los artículos citados disponen, esto es, que una vez se empieza a pagar la de vejez por el ISS, se comparte su valor con la que venía siendo pagada por la empresa, reconocida el 17 de octubre de 1985 siendo de cuenta de esta última su mayor valor, si lo hubiere, mientras que en el segundo no se confunden o comparten los valores de una y otra pensión, las dos se pagan separadamente, una por el instituto y otra por la empleadora.”

“Este punto ya ha tenido oportunidad de estudiarse por la Corte. En sentencia del 18 de septiembre pasado, radicación 14.240, se puntualizó, entre otras, lo siguiente: ‘En varias oportunidades la Corte ha dilucidado el alcance del acervo normativo señalado por el impugnante como entendido equivocadamente y ha concluido que la pensión extralegal reconocida por un empleador antes del 17 de octubre de 1985, cualquiera sea el acto que le haya impuesto dicha obligación prestacional, esto es, contrato de trabajo, convención o pacto colectivo, laudo, o conciliación, por regla general es compatible con la pensión de vejez que alguna entidad del sistema de seguridad social también reconozca al beneficiario de aquella jubilación. A menos, ha puntualizado la jurisprudencia aludida, 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 voluntaria otorgada por el empresario, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y condiciones señaladas en la ley. (...) Díjose en la más reciente de las sentencias alusivas al problema jurídico planteado por el censor, al determinar los alcances del Acuerdo 224 de 1966, que durante la vigencia de éste no era viable que una pensión de origen voluntario se compartiera con la de vejez otorgada por el Instituto de los Seguros Sociales, habida consideración de que la posibilidad consagrada en ese precepto se circunscribe de manera exclusiva a las pensiones de naturaleza legal (rad. 12461, 30 de noviembre de 1999). Es decir, que antes de la expedición del Decreto 2879 de 1985, aprobatorio del acuerdo 029 del mismo año, no era factible conmutar una jubilación extralegalmente reconocida por el empleador, al cumplir su pensionado directo la densidad de cotizaciones y la edad requeridas para la adquisición del derecho a la pensión de vejez’.

*“Más adelante, dentro de la misma providencia reprodujo parcialmente la dictada por esta Sala el 8 de agosto de 1997, radicación 9444, en la que, entre otras, después de transcribir el artículo 5º. del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, se razonó en los siguientes términos: ‘(...)...Así las cosas, resulta claro que el Instituto de Seguros Sociales tan sólo comparte las pensiones extralegales cuando se causan con posterioridad a la vigencia del Decreto 2879 de 1985, es decir del 17 de octubre de ese año en adelante, si el empleador continúa aportando al instituto para el seguro de vejez, invalidez y muerte, **a menos que sean las mismas partes acuerden que la pensión voluntaria patronal sea concurrente con la de vejez del I.S.S.** (...)En consecuencia, no se puede ignorar no recordar el texto de esta preceptiva, desconociendo lo prescrito claramente por ella o reduciendo el asunto a una simple continuidad de cotizaciones*

*patronales, porque fluye de su diáfana redacción es que **la compartibilidad sólo opera respecto de las pensiones voluntarias causadas desde la vigencia del precepto hacia el futuro porque, además, sólo así se respetan los derechos adquiridos. Y si la compartibilidad surge únicamente para ese tipo de pensiones - salvo acuerdo expreso en contrario-**, es lógico que la dicha consecuencia no puede aplicarse de idéntica manera a las causadas con antelación a la entrada en vigor de la norma, so pena de transgredir no solamente ésta sino también el principio lógico que enseña que la expresa inclusión de una hipótesis supone la exclusión de las demás’.*

“Resulta así evidente el desacierto jurídico del ad quem pues no entendió en su recto sentido lo que expresan las normas acusadas. (...)Por lo tanto el cargo prospera. (...)CONSIDERACIONES DE INSTANCIA. (...)De modo que conforme a lo dispuesto en la normatividad aplicable a este caso, artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el decreto 2879 del mismo año...sólo tendría derecho a que se les continúe pagando la pensión aquellos a quienes se les concedió por la empresa con fundamento en la convención colectiva antes del 17 de octubre de 1985 y en la medida en que cada una de las resoluciones a través de las cuales la demandada reconoció tal prestación no se condicionó su pago compartido con la de vejez otorgada por el I.S.S. (...)...en consecuencia, se condenará... a continuar pagándole a los demandantes el valor de la pensión de jubilación de origen convencional que les reconoció para el efecto, desde el momento en que les suspendió su pago, y quienes tienen derecho a esta prestación independiente de la pensión de vejez que reciben del Instituto de Seguros Sociales por ser compatibles, junto con las mesadas pensionales adicionales y los reajustes legales a que tengan derecho. (...)Así mismo, se condenará a la demandada a pagar a los señalados demandantes el valor del retroactivo que recibió del Instituto de Seguros Sociales, el cual se encuentra detallado en cada una de las resoluciones mediante las cuales esta entidad les reconoció la pensión de vejez.” (Sent. H. CSJ de enero 30 del 2001, Mag. Pon. Dr. Luis Gonzalo Toro Correa, Exped. 14207). (resaltado fuera de texto).-

En sentencia CSJ SL13032-2015 que rememoró la decisión CSJ SL 30 abr. 2013 rad. 44195, se precisó en torno a la compartibilidad y compatibilidad discutida, lo siguiente:

“Esta Corporación en anteriores oportunidades se ha referido al tema de la compatibilidad de la pensión sanción causada con anterioridad al 17 de octubre de 1985, con la pensión de vejez que reconoce el ISS. En efecto, en sentencia CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 44195, dijo:

Así las cosas, se tiene que la pensión sanción otorgada al accionante se causó con anterioridad a 17 de octubre de 1985, cuando entró en vigencia el A. 029/1985, aprobado por el D. 2879/1985, lo cual significa que aquella resulta compatible con la de vejez, pues es desde esa calenda a partir de la cual se admitió la compartibilidad entre esos tipos de pensiones; luego, el Tribunal se equivocó cuando estimó que la pensión sanción reconocida por la accionada al demandante, era compatible con la de vejez que le otorgó el I.S.S.

Sobre el tema que nos ocupa, valga recordar que esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, entre otras en sentencia Rad. 29709 del 22 junio 2007, que a la vez trae a colación la Rad. 15671 del 17 mayo 2001. En ella se sostuvo:

(...)

Bajo la anterior óptica, para la Sala es claro que el ad quem no incurrió en la infracción directa del artículo 6 del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese año, ni del artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese mismo año, que lo acusa la censura, **pues para la fecha en que se causó la pensión, el 3 de diciembre de 1975 (cuando fue despedido injustamente el demandante), hecho no controvertido en el cargo, tal normatividad no había entrado en vigencia, sin que, para el caso, tenga relevancia que el derecho haya sido reconocido el 21 de octubre de 1987, cuando el beneficiario cumplió la edad, pues, para el juez de la alzada, éste apenas es un requisito de exigibilidad más no de causación.** Razonamiento que no resulta desacertado, si se tiene en cuenta que eso es lo que ha sostenido la jurisprudencia inveterada de esta Corporación, que se cita en el fallo, respecto de la cual no aduce el censor argumento nuevo alguno, que permita su revisión.

Ahora bien, en lo que respecta a la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, igualmente **ha sido uniforme la jurisprudencia en sostener que el Seguro Social no asumió la contingencia cubierta con la pensión sanción, pues se ha estimado por esta Corporación, de tiempo atrás, que el ISS únicamente subrogó a los empleadores en aquellas prestaciones encaminadas a cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pero no en aquellas que protegen la estabilidad en el empleo o que constituyen una sanción a ciertos empleadores que frustran el derecho al trabajador de adquirir la pensión plena, mediante su despido injustificado, después de un tiempo de servicios apreciable.** Así se sostuvo en la sentencia del 17 de mayo de 2001 (Rad. 15671), que para el caso resulta pertinente:

(...)

“Es conveniente anotar que la pensión sanción prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, tratándose de trabajadores afiliados al Seguro Social estuvo a cargo exclusivo de los empleadores hasta cuando entró a regir el Acuerdo 029 de 1985, pues conforme a esta disposición una vez cumplidas las circunstancias previstas en la primera normatividad el empleador estaba en la obligación de pagar al trabajador dicha pensión cuando cumpliera 60 ó 50 años de edad o bien desde la fecha del despido si ya tuviere una de tales edades, dependiendo de que hubiera sido despedido con más de 10 o 15 años de servicios, respectivamente, y teniendo el empleador la carga de seguir cotizando al I.S.S. hasta cuando esta entidad asumiera la pensión por satisfacer el trabajador las exigencias previstas por sus reglamentos para otorgar la de vejez, subsistiendo para el empleador la obligación de pagar el mayor valor entre la pensión que le otorgare dicho instituto y la que venía siendo sufragada por él.”

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el juez de apelaciones incurrió en el yerro endilgado, pues se reitera, para la fecha de causación de la pensión, 9 de noviembre de 1984, fecha del despido injusto del demandante, el D. 2879/1985, no había entrado en vigencia (...) Negrilla fuera de texto

Siguiendo el anterior criterio jurisprudencial, Sala encuentra que si bien en el fallo de primer grado se indicó que la prestación reconocida por la demandada era compatible con la reconocida por el ISS, como quiera que el causante laboró para la entidad demandada hasta el 09 de mayo de 1984 y consideró que esa era la fecha de causación, lo cierto es que en el presente caso no solo la terminación del vínculo lo fue, para antes del 17 de octubre de 1985, como quiera la edad requerida por el decreto 1848 de 1969, para el reconocimiento de la pensión es de 60 años y el señor SALOMÓN RAMIREZ (q.e.p.d.) los cumplió el 23 de agosto de 1985.

Lo anterior, significa que contrario a lo indicado por la apoderada de la parte demandada, tanto el requisito de edad, como el de desvinculación, fueron cumplidos antes del 17 de octubre de 1985, nótese como la demandada en la resolución No. 4 del 18 de Noviembre de 1985, reconoce la prestación, a partir del cumplimiento del último de los requisitos, es decir, a partir del 23 de agosto de 1985, por lo que la prestación reconocida por la demandada La Previsora S.A. Compañía de Seguros y la pensión de vejez otorgada por Colpensiones tienen el carácter de **compatibles**, por lo que se deberá confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, también deberá ser confirmado el fallo en este sentido, como quiera que en lo que respecta a los beneficiarios de dicha prestación, y en lo que interesa al presente asunto señala el art. 47 de la Ley 100 (modificado por el art. 13 de la ley 797 de 2003):

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (...)”

A in de demostrar el cumplimiento de los requisitos antes mencionados,

se escucharon las declaraciones de los señores SALOMON RAMIREZ RIOMALO, EDGAR ARTURO RAMIREZ RIOMALO, quienes manifestaron ser hijos de los señores Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) y Ana Judith Riomalo de Ramírez y el del señor RUFINO ANTONIO GUZMAN GUZMAN, quien menciona conocer a la señora Ana Judith Riomalo de Ramírez y al señor Salomón Ramírez (q.e.p.d), porque se encuentra casado desde el año 1984 con Clara Judith Ramirez la hija menor de ellos.

De la revisión de lo anterior, se tiene que efectivamente, la demandante logró probar que convivió con el causante dentro de los cinco años anteriores a su deceso, pues los testigos coinciden en afirmar que el causante y la actora convivieron desde que se casaron en el año 1951, que nunca se separaron y que si bien inicialmente vivieron en la ciudad de Bogotá aproximadamente a partir de la fecha en la que el señor Salomón Ramírez Rodríguez (q.e.p.d) se pensionó se fueron a vivir él y su esposa Ana Judith Riomalo a una finca que adquirieron en el municipio de Cachipay, en donde convivieron hasta la fecha de la muerte del señor Ramírez Rodríguez en el año 2016.

De conformidad se impone la confirmación de la sentencia objeto de estudio.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Abstenerse de estudiar el recurso interpuesto por la parte actora, de conformidad con expuesto en la parte considerativa de la presente decisión.

TERCERO: Sin costas en alzada-

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del C.P.L. y de la S.S.

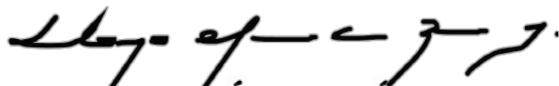
Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07 2018 0028 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MARIA SUSANA CASTALEDA
MOLINA

DEMANDADO: PORVENIR S.A.

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dadas las apelaciones presentadas por la demandada

ALEGACIONES

Dentro del término concedido por la Sala, se recepcionaron los alegatos de conclusión de la demandada PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

La señora MARIA SUSANA CASTAÑEDA MOLINA actuando por intermedio de apoderado judicial demandó a PORVENIR S.A. con el fin que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada a la sustitución y/o pensión de sobrevivientes junto con los reajustes legales, desde el fallecimiento de su hijo WILLIAM ALONSO CASTAÑEDA, el cual ocurrió el día 27 de noviembre de 2016 y hasta cuando se incluya en nómina de pensionados. Finalmente solicita se condene a la demandada al pago de las costas y gastos del proceso. (fl.-4)

HECHOS

Como fundamento de las pretensiones afirman, en síntesis:

- Que es la madre de WILLIAM ALONSO CASTAÑEDA, quien nació el 16 de marzo de 1986 y a quien se le diagnosticó un tumor en la cabeza, cara y cuello.
- Que el señor WILLIAM ALONSO CASTAÑEDA falleció el 27 de noviembre de 2016; que no se casó, que no tuvo hijos; que permaneció soltero y sin ninguna unión marital de hecho.
- Que el fallecido vivía con su señora madre, quien es la demandante, siendo éste su soporte y su sustento moral y económico.
- Que el causante se encontraba laborando en la empresa FUNCACIÓN CREACIONES NIQUELINA, por lo que había cotizado a PORVENIR S.A. un total de 388 semanas y en los últimos tres años 241. (fl.- 2-4)

CONTESTACIÓN

Una vez notificada en legal forma, la demandada procedió a dar contestación, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 y 2, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y compensación. (fl.- 51 – 62)

Mediante auto de fecha 30 de agosto de 2018, se ordenó integrar la litis con la señora EVELYN CALIXTO CEBALLOS, quien procedió a dar contestación a través de curador ad litem, quien indicó que se atiene a lo que resulte demostrado en el presente proceso, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2 y 6, para los demás señaló que no lo son o que no le constan y no propuso las excepciones en su favor. (fl.- 111 -112)

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juez 7 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 19 de septiembre de 2019, por la que resolvió: declarar que la actora es la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del señor WILSON ALONSO CASTAÑEDA (q.e.p.d.). como consecuencia de lo anterior, condenó a la demandada a la demandada a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 27 de noviembre de 2016, en cuantía del 100%, junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1993 y condenó a la demandada al pago de las costas del proceso. (fl.- 145 – 146)

Argumentó el juez de primer grado señalando en síntesis que en los casos en que las personas de la tercera edad piden el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia le corresponde al juez de conocimiento efectuar un análisis más elástico respecto a la existencia de la necesidad de acceder a este reconocimiento para la efectividad real y material de los derechos consagrados en la carta política del 91.

Indicó que constituye el primer y más importante el factor de legitimidad en nuestro estado social de derecho en el camino de diseñar una sociedad lo más justa posible para así lograr la paz y la justicia social siendo válido lo ha notado cuando se trata de los derechos de aquellas personas que conforma el contenido del artículo 13 de la constitución política se le impone al Estado la obligación de velar por aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por tanto se busca que el estado promueva y garantice en la medida de sus posibilidades las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y nada mejor para ello, que se proteja efectivamente a los ciudadanos que por sus especiales condiciones constituyen un sector de la población que merece y necesita una especial protección por parte del Estado como obligación constitucional de la sociedad y de sus familias dentro principio de solidaridad social.

Indica que la H. Corte Constitucional en sentencias donde protegen derechos fundamentales en el tema de pensión de sobrevivencia entre otras en la sentencia T 076 del 2003, T701 del mismo año, T212 del 21 del 2004, entre otras para el caso de la señora demandante encontramos que el artículo 47 de la ley 100 de 1993 que fue modificado por el 13 de la 797 del 2003 indica y reseña quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, que para el caso el literal de A, señala que falta de cónyuge, compañera p compañero permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este.

En este caso, el aparte que indicaba en forma total y absoluta fue declarado inexecutable a la sentencia de constitucionalidad 111 del 2006, en este caso encontramos que el fondo Porvenir niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia a la madre del trabajador fallecido, la señora demandante bajo el argumento de que el artículo 13 de la ley 797 del 2003, condiciona el reconocimiento pensional al hecho de que los padres dependan del trabajador fallecido e igualmente el fondo de mandado en sus alegatos aduce que la demandante no acredita ese presupuesto y que además existe una persona con mejor derecho pues

aleja alega que el causante mantenía una unión marital de hecho con la señora Evelyn Calixto Ceballos.

Sobre la dependencia económica cuando se trata del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como específicamente es el caso de la demandante la jurisprudencia ha diseñado un conjunto de reglas que permite determinar si una persona es o no dependiente, a partir de la valoración de denominado mínimo vital cualitativo o lo que es lo mismo del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la existencia de cada persona, en particular estos criterios se pueden resumir en los siguientes términos: primero para tener Independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales garanticen la subsistencia y la vida digna, segundo el salario mínimo no es determinante de la independencia económica, tercero no constituye independencia económica recibir otra prestación por ello entre otras cosas las incompatibilidades pensionales, así las cosas es indispensable comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permite a los padres subsistir de manera digna.

Es innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores un criterio de necesidad de sometimiento sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo que no les permita después de su muerte de llevar una vida digna con autosuficiencia económica que este criterio fue Igualmente acogido por la sala de casación laboral de la Corte Suprema justicia en la sentencia SL 5065 el 21 de noviembre del 2018 en la que dejó sentado que el requisito de la dependencia económica que se exige respecto del hijo fallecido no implica una sujeción total y absoluta del presunto beneficiario a los ingresos económicos que percibía el causante de modo que el hecho de que existan otras contribuciones o rentas en favor de los padres del afiliado fallecido no excluye el derecho.

Con el fin de determinar si asiste derecho a la reclamación de la señora María Susana Castañeda Molina respecto a la pensión de sobrevivientes de su hijo fallecido Willian Alonso Castañeda primer lugar debe determinarse o habrá de determinarse si en este caso se cumple con lo

establecido en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 que dispone requisitos para obtener la pensión de sobreviviente reformado por el artículo 12 de la ley 797 del 2003, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes primero los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y segundo los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca siempre y cuando estuviera hubiera cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Al expediente se allegaron las cotizaciones realizadas en pensión por el trabajador fallecido a Porvenir S.A. encontrando que superó el mínimo exigido por la norma, sí mismo se allegó copia del registro civil de nacimiento, en el que constan que la actora es la madre del causante acreditándose el primer postulado de literal del artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificada por la 797 del 2003.

Respecto a la dependencia económica exigida en el literal del artículo 47 de la misma normatividad ante esa sede judicial se recibieron las pruebas que solicitaron las partes el interrogatorio a la demandante los testimonios de Rosa Delia Molina de Vargas y María Rivero Guaitero, Cristian Camilo Curicó, Carlos Felipe Gutiérrez Martínez y María Carolina Roa Castañeda, igualmente y respecto a la condición económica de la demandante y a instancia del despacho se aportó a folio 137 a 143 los recibos de servicios públicos y predial del predio de propiedad de la demandante donde efectivamente aparece que es de estrato uno, pruebas que evidencian que la actora dependía del trabajador fallecido.

Que en el proceso también se convocó a la Evelyn Calixto Ceballos, quién a pesar de los esfuerzos juzgado jamás compareció a debatir alguna titularidad del derecho pensional y de las pruebas que se practicaron en esta sede judicial y de las que se aportaron ante el mismo Porvenir perjudicialmente por la señora Evelyn lo único que se puede concluir es que entre el señor William y ella existió una relación de tipo sentimental de noviazgo en la que ocasionalmente el causante se quedaba en su casa de habitación sin vocación de ningún compromiso,

ni de ayuda mutua, ni de convivencia permanente, como las que se pudiese prodigar de una pareja de esposos o siquiera en unión marital de hecho por lo que no estaría en cabeza de ella el reconocimiento del derecho pensional que aquí se debate más aún cuando ni siquiera le interesaba ya que no compareció ni a Porvenir a acreditar su derecho conforme el requerimiento que le hizo el fondo, ni ante esta instancia judicial acreditar esa titularidad.

Así las cosas, en este caso es evidente la dependencia económica parcial de la señora demandante respecto a su hijo trabajador fallecido, por lo cual se impondrá condena porvenir a reconocer y pagarle la pensión de sobrevivientes a la señora María Susana Castañeda Molina a partir del 27 de noviembre del 2016 en un 100% y en un monto del salario mínimo legal mensual vigente para cada año.

Teniendo en cuenta que el fondo demandado presentó la excepción de prescripción se observa que el causante falleció el 27 de noviembre del 2016, la administradora de pensiones con oficios 6 de abril del 2017 negó la pretensión aquí reclamada y la demanda fue presentada el 29 de enero del 2018 actuaciones que suspendieron el término trienal, por lo tanto, no hay lugar ni siquiera la declaratoria parcial de la excepción de prescripción y emitió las condenas antes señaladas.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada inconforme con la decisión proferida por en primera instancia, interpuso el recurso de apelación en los siguientes términos:

“que interpongo recurso de apelación contra la sentencia emitida por las siguientes consideraciones, se indica en las considera en las consideraciones del despacho que la demandante y dado los testimonios demostró la convivencia, la dependencia económica respecto del afiliado, sin embargo contrario a lo llegado y al concluirse está lo referido por el despacho debe decir que contrario a ello, no se probó esa dependencia económica, si bien la jurisprudencia pues habla que no es absoluta debe decirse más aún cuando en la sentencia se da por demostrado sin estarlo que la demandante recibía de manera mensual una suma por parte del afiliado esta situación nunca se dilucidó ya que los mismos testimoniales

fueron unos testigos de oídas, ellos nunca fueron contestes al establecer que la demandante recibía por parte del afiliado \$150.000, ahora Consideró que hace falta p hizo falta un estudio respecto de lo que recibía y percibía el afiliado ya que no se tuvo en cuenta que el afiliado tenía gastos, estudiaba en la Universidad como se pudo dilucidar con las testimoniales, el afiliado al estudiar, pues desde luego tenía que pagar una suma de su propia Universidad y de sus propios gastos de manutención, de transporte. Asimismo recibía un, le hacían un descuento de seguridad social desde luego como trabajador y estas situaciones no fueron expuestas en la sentencia. Así como tampoco puedes si bien el despacho condena a mi representada al reconocimiento pensional, Pues tampoco tuvo en cuenta que se debe hacer mención que al demandante pues en el caso de esta condena se le deben, descontar los gastos de seguridad social en caso de que en el momento de la, demanda o de la ejecución de la misma, para tener Claridad sobre el mismo, sin embargo aclarando y sobre el argumento de que el demandante, la demandante no dependía económicamente, es claro con los testigos además, se deja con la documental aportada de la demandante cuando hace la solicitud pensional de la señora Evelyn Calixto Ceballos quien alega una condición de beneficiaria de la pensión debe decirse que la misma junto con la demandante hacen, está solicitud, conforme se observa en los memoriales, en las documentales allegadas el 27 de marzo 2017 la demandante solicita la reclamación donde pues allí se verificó las documentales o la existencia de ese requisito alegado por la demandante, de otro lado, al momento, cuando la señora Evelyn Calixto quien además pues presentó reclamación el 7 de marzo del mismo año, del 2017 y esto queda claro y desde luego que no podía mi representada poder o venir a negar un derecho a la señora Evelyn ya que desde luego cuando la señora Evelyn se presenta lo hace en calidad de beneficiaria de la pensión, de hecho dentro de los testimoniales que se expusieron dentro del presente proceso fueron claros en establecer que la misma señora Evelyn recibía dinero por parte del afiliado según, para servicios o manutención o sea esto quedó claramente dilucidado en el proceso, así que si vamos a asumir unos gastos del afiliado como son gastos de alimentación, transporte, gastos de la universidad, pagos mensuales de la universidad y pagos hechos a la señora Evelyn pues es claro que no se podía dar por demostrado que la demandante recibía de manera mensual 150,000 ya que considero que esa demostración o que refiere el despacho no fue probado dentro del presente proceso. Ahora mi

representada no, como ya como lo referí, no podía de manera automática negar o dar este derecho pensional a la demandante porque no, para dicho momento no se probó esa dependencia económica, ahora llama la atención como todos los Testigos contradicen la confesión de la misma demandante al pretender hacer ver que la demandante no trabajaba para la fecha del fallecimiento de la misma, pues la demandante con el interrogatorio de parte precisamente qué es lo que se busca en el proceso, manifestó que trabajaba 3 veces a la semana para el año 2016 y qué más o menos ganaba 15.000 mensuales, por lo que no podemos dar por demostrado, entonces como lo pretenden hacer ver los testigos, que la demandante no trabajaba, pues ello contradice y deslegitima el interrogatorio, los testimonios que vinieron aquí a absolver en el presente proceso y pues eso deja ver como verdaderamente, o sea, no, no es, eso no es normal que los mismos declarantes acá pretenden hacer ver que la demandante no trabajaba cuando ella misma lo manifestó y lo confesó en el proceso, así que no podía darse por demostrado sin estarlo que la demandante dependía económicamente del afiliado cuando no hay pruebas contundentes de esa dependencia económica ya cuando más aún ya referí que no se hizo un estudio verdaderamente de los gastos del afiliado. Ahora téngase presente que el afiliado en vida y lo mío, y es una prueba aportada por la misma demandante indicó a la EPS SURA “de manera muy cordial el 5 de septiembre del 2016 se presenta y dice que, se presenta ante el EPS Sura que en cuanto a la prestación de servicios médicos acogiéndome las derechos fundamentales que reposan en la Constitución con él, con el contexto manifestó que desde hace aproximadamente un año fue diagnosticado de un tumor maligno en cabeza, cara y cuello la cual no encontró proceso de tratamiento médico con la EPS SURA, en dónde me han realizado varias intervenciones de tipo médico y quirúrgico dando como resultado final el tratamiento del cáncer a través de la unidad de cuidados paliativos y la realización de interventoría, pues con esquema de tratamiento de una semana al mes en la zona lo anterior solicito muy amable la eps me otorgue el servicio de transporte desde mi lugar de residencia ubicado en la localidad de Usme, desde el centro médico en la cual se realizan los quimioterapias teniendo en cuenta que los gastos de transporte superan mis propios ingresos además solicitó se dé por la condición que padezco ya que en ocasiones no cuentan con las herramientas necesarias para los cuidados que requiero lo cual me obliga a solicitar los cuidados médicos” esto quiere decir señor juez que, señores magistrados, no se entiende como la

demandante cuando se le hace el interrogatorio se le dice, ella dice que ella dependió hasta el último día de vida del afiliado y contrario a esta carta, el afiliado mismo manifestó que él no le alcanzaba el dinero y que tal es así que ese dinero que desde recibía lo utilizaba era para el transporte así que no se puede mostrar que hasta el último día de su vida la demandante haya recibido o haya dependido económicamente del afiliado, ahora aquí lo que se logra ver es palpable, Es que el afiliado convivía, convivió con la señora Evelyn y tal es así, que los mismos testigos fueron contestes en establecer que convivían de manera intermitente y déjenme decir, que esa manifestación que hacen los testigos de manera intermitente no fue espontánea ello se repitió en todos los testigos, Así que más que una manifestación espontánea que Hubieran hecho los testimonios Consideró que esto es más, más acordar no hay una espontaneidad de los mismos, porque los mismos testimonios fueron de manera idéntica manifestaron la palabra intermitente Así que ellos se cae de su peso que estos testigos sean de manera espontáneos, porque no es posible que todos los todos los Testigos que vinieron a emitir su declaración hablen que digan que es que la señora Evelyn y el señor causante vivían de manera intermitente sin embargo los mismos testimonios manifestaron que la señora recibía ayudas afiliado y que vivió el causante con la señora Evelyn, que hubiera sido de manera intermitente o no, ellos mantenían una convivencia, sin embargo ya como lo referí esa palabra intermitente no era plausible Ya que ellos no se deriva una espontánea de los testimonios, sino, más una coordinación de los mismos y eso precisamente no es lo que se pretende valorar en el proceso sino la espontaneidad con la que hable un testimonio y no lo que aparentemente haya escuchado la palabra intermitente que resulta muy casual que todos los testimonios hayan salido con esa palabra. Ahora entrando ya en materia, así las cosas no ha debido condenarse a mi representada, mucho menos al pago de la un reconocimiento pensional en consideración a que no se demostró esa dependencia económica que si bien la jurisprudencia hablado que no es absoluta debe decirse que un proceso como éstos deberán haber unas pruebas contundentes ya que mi representada no puede deliberadamente reconocer y utilizar recursos por las cuales el afiliado o la demandante no ha probado. Ahora el valor a que hace referencia tampoco este valor también es sujeto de apelación y debe ser revisado en caso dado por los tribunales ya que ese retroactivo no es el valor y por otro lado tampoco hay lugar a incrementos, en primer lugar porque no hay lugar al reconocimiento pensional y en segundo lugar

porque el salario mínimo pues se paga conforme al anual que se vaya de mi tienda. Asimismo tampoco intereses moratorios toda vez que no puede hablarse de mala fe contrario, a lo que se indica en la sentencia toda vez que no hay ninguna evidencia que mi representada haya actuado o evadido este reconocimiento pensional porque ya quedó claro que la señora Evelyn y la demandante en el mismo mes hicieron esa solicitud pensional, ahora que la demandante no hubiera reclamado no igual se les Indicó que estaba supeditado a que se resolviera por la justicia ordinaria laboral, razón por la cual pues no hay lugar a este reconocimiento pensional que es objeto de condena. Ahora que el señor William compañero de la demandante diga que él o en el caso que nos ocupa, cuando a la demandante se le preguntó si convivía o si dependía de su esposo, la demandante pues se cae de su peso que diga que no dependa de su hijo, que no dependiera de su esposo sino de su hijo, ya por las razones antes esgrimidas porque con él sólo salario que recibía el demandante alcanzaba apenas para su mínima subsistencia del mismo afiliado ya como lo refería a él, se le tenía que descontar seguridad social como trabajador, tenía que pagar la universidad le pagaba servicios y le daba dinero a la señora Evelyn, quién era con la que convivía y no se demostró de manera clara y contundente que la demandante fuera la que recibiera la suma de \$150,000, del afiliado cuando no quedó demostrado en el presente proceso, eso es una conclusión a la que se arriba en la sentencia sin medio probatorio alguno, así mismo al despacho como lo referí anteriormente ha debido descontarse si en caso de esta sentencia se desea confirmar, debido tenerse en cuenta los descuentos de seguridad Social para evitar alguna controversia más adelante en el proceso ejecutivo la cual son los gastos referentes a la seguridad social desde luego que por ley tiene que pagar un afiliado. Así las cosas solicitó a los honorables magistrados en vista de que esto es un proceso netamente probatorio ya que acá lo que se prueba de la dependencia económica y no se demostró con Claridad en razón a que hay unos testigos de oídas que no nos demostraron con claridad, que no fueron contundentes en establecer que la demandante recibirá \$150000 que el mismo afiliado si vivía en su propia casa y desde luego cuando se le pregunta a la demandante, la demandante manifestó que ese mismo mercado que aportaba era para era para los propios gastos del afiliado, por lo que no se puede dar por demostrado con eso que dependiera la demandante del afiliado. así las cosas sólo solicitó a los honorables magistrados se revoque la sentencia se absuelva a mí representado el

reconocimiento pensional así como del retroactivo pensional e incrementos ya que pues en primer lugar mi representada reconoce desde luego en caso de una pensión se reconoce de acuerdo a el valor de un salario mínimo legal establecido, por tanto tampoco pues hay lugar en razón a que no se demostró el derecho, Asimismo Tampoco hay lugar a pagar intereses moratorios porque entonces no hay mala fe por parte de mi representada ya que queda claro que las dos demandantes en este caso la señora Evelyn y la demandantes solicitaron una pensión de sobrevivencia alegando la dependencia de la convivencia por parte de la señora Evelyn y se absuelva mi representada igualmente de esas costas procesales por las cuales se emitió la sentencia. en esos términos solicito se revoque la sentencia se absuelva mi representada de todas las condenas y emitidas por el presente despacho.”

CONSIDERACIONES

Vista la decisión del Juez de primera instancia, corresponde a la Sala determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada.

Sea lo primero señalar que el causante WILLIAM ALONSO CASTAÑEDA (q.e.p.d.) ostentó la calidad de afiliado a PORVENIR S.A. conforme consta a folio 63 del expediente; y debido a que falleció el 27 de noviembre de 2016 (fl.9), la norma a tener en cuenta conforme lo ha indicado la jurisprudencia es la vigente al momento del fallecimiento que en este caso es la Ley 797 de 2003 que señala en su art. 46 que tendrán derecho a dicha prestación los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, requisito que cumple el causante pues entre el 27 de noviembre de 2013 y el 27 de noviembre de 2016 cotizó 154,20 semanas. Igualmente se encuentra demostrada la calidad de madre de la actora, respecto del señor WILLIAM ALONSO CASTAÑEDA (q.e.p.d.), con el registro civil de nacimiento visible a folio 8 del informativo.

Ahora, el artículo 13 ibídem dispone que dentro de los beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes se encuentran los padres del causante si dependían económicamente de éste.

Ahora bien, de las pruebas recaudadas a lo largo del proceso, se encuentra el interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, en la que señaló que es casada; que tiene un hijo discapacitado por lo que el fallecido le ayudaba a pagar los gastos de estudio y uniformes; que el causante tenía una novia que se llama EVELYN y que llevaban 1 año o 1 año y medio, con la que se quedaba a veces, un mes y luego regresaba; que el causante le ayudaba con los gastos del mercado y con el pago de los servicios públicos; señala la actora que laboraba en casas de familia hasta hace 2 años por un problema en su rodilla; que lo que ganaba no le alcanzaba para pagar los gastos de la casa por lo que el causante le colaboraba con \$100.000,00 o \$150.000,00 pesos de manera mensual, hasta el día de su fallecimiento. También dijo que convive con su esposo del que depende pero no totalmente porque sus recursos no le alcanzan. Que su esposo trabaja manejando un carro en el que hace acarreos, que dicho carro está a nombre de ella, pero el dinero del vehículo se lo deben a un cuñad; que la casa en la que viven también esta a su nombre por lo que no pagan arriendo; señaló la demandante que laboraba 2 o 3 días a la semana y le cancelaban \$15.000,00 o \$20.000,00 pesos diarios; que en la misma casa vivía ella, su esposo y tres hijos; que no era beneficiaria del causante en salud, que no tenía ningún subsidio y que el causante falleció en su casa.

Igualmente, y para acreditar la dependencia económica se recepcionaron los siguientes testimonios:

- La señora ROSA DELIA MOLINA, manifestó que conoce a la actora porque son medias hermanas y conviven cerca; que la actora se dedica al hogar y que convive con su esposo y 2 de sus 6 hijos; que el fallecido trabajaba y estudiaba y que falleció en el año 2016; que el acusante convivía con su novia Evelyn de manera intermitente, durante 1 año o 1 año y medio, que vivía con ella

varios meses y luego volvía a la casa de la demandante; que en el año 2016, la actora no laboraba, que dependía de su esposo y el fallecido le ayudaba; que solamente laboró cuando era joven, en oficios varios; que el esposo de la actora maneja un carro de servicio público, que llevan niños de colegio o personas que necesitan llegar a otro barrio. Que el causante pasó sus últimos meses en la casa con la actora y Evelyn vivía en Soacha y solo lo visitaba en la quincena para que le diera plata; que vivían juntos pero cada vez que discutían el causante se devolvía a la casa de su madre, la hoy demandante, en la que pasaba un tiempo y luego volvía con Evelyn.

- Por su parte la señora GILMA MARÍA RIVERO GUATERO, manifestó que conoce a la actora, porque la testigo, es la esposa de un hermano de la actora; que la actora nunca ha trabajado, que se dedica al hogar, que sus hijos a medida que fueron creciendo le iban ayudando, pero después crearon sus familias y el único que le ayudaba era el fallecido; que WILLIAM ALONSO CASTAÑEDA, antes de fallecer convivía con la señora Evelyn; que cuando el causante enfermó estaba en la casa de la actora y allí falleció.
- El señor CRISTIAN CAMILO CRUZ, manifestó conocer a la familia desde que tenía 15 años, porque eran amigos con el fallecido; que sabe que Evelyn era la novia de William, pero nunca los presentaron, que no vivían juntos, que el fallecido se quedaba algunos días en la casa de ella y luego se devolvía a la casa de la demandante; que no conoce al papá del causante; que el esposo de la señora demandante maneja un carro como una “ruta pirata”; que los demás hijos no le ayudan a la actora; que se quedaba 1 o 2 noches con Evelyn y que ella solo lo buscaba en días de quincena para pedirle dinero.
- El señor CARLOS FELIPE GUTIERREZ, indicó que conoce a la familia el fallecido, desde hace 8 años, en los grupos juveniles de la iglesia; que la actora se dedicaba a la costura, además de ello no tenía ninguna actividad que le generara ingresos; que conoció a la señora Evelyn 3 meses antes del fallecimiento del causante y

solo una vez, que WILLIAM era el sustento de su señora madre; que la actora conviven con su esposo quien tiene un trabajo informal; que Evelyn buscaba al fallecido únicamente para pedirle dinero.

- Finalmente MAYI CAROLINA ROA, señaló ser la hermana del fallecido; indicó que su señora madre, hoy demandante, no trabaja, que es ama de casa; que nunca ha trabajado; que vive del esposo y de lo que en vida le daba el causante, que WILLIAM les colaboraba con parte del mercado o de lo servicios, que no le daba una suma fija; que con Evelyn eran pareja, que la relación de ellos era un tiempo con ella y otro con la demandante, que habían meses completos en los que WILLIAM vivía con Evelyn, y otros en la casa e la mamá pero que al momento del fallecimiento se encontraba en casa de la demandante.

En este orden de ideas, quién dice ostentar la calidad de beneficiario de la prestación de sobrevivientes tiene que encontrarse subordinado o supeditado de manera cabal al ingreso que le brindaba en este caso la causante para salvaguardar sus condiciones mínimas de subsistencia y así demostrarlo. A este respecto, la jurisprudencia Constitucional ha dicho que para poder acreditar la dependencia económica, no es necesario demostrar la carencia total y absoluta de recursos -propio de una persona que se encuentra en estado de desprotección, abandono, miseria o indigencia- sino que, por el contrario, basta la comprobación de la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los beneficiarios obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna y así lo ha dejado sentado la Corte Constitucional en sentencia T-479 de 2008.

Por ello, del anterior recuento probatorio debe manifestar esta Sala de Decisión que, si bien es cierto el causante le ayudaba a su madre con los gastos generales, situación lógica debido a que vivía con ella, no menos cierto es que, la misma demandante en el interrogatorio de parte confesó estar laborando por días, además, que dependía de su esposo y pues si bien, el aporte económico anterior disminuyó, no la dejó en

condiciones precarias de las cuales pueda predicarse que sin el aporte del causante no puede subsistir la actora.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado como por ejemplo en la sentencia 35784 del 8 de julio de 2009 en donde indicó:

“... tal dependencia económica efectivamente no es total y absoluta, lo que se traduce en que es posible que los ascendientes tengan un ingreso personal o ciertos recursos y puedan acceder al derecho pensional reclamado, y en segundo término, que aquella dependencia económica es una circunstancia que sólo puede ser definida y establecida en cada caso concreto, pues si los ingresos que perciben o reciben los padres fruto de su propio trabajo, los recursos que éstos obtengan de diferentes fuentes, o la ayuda o apoyo brindado por otras personas, son suficientes para satisfacer las necesidades básicas o relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto de la norma para acceder a la pensión de sobrevivientes de marras, y es por esto que la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del buen hijo, no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica, y en esta eventualidad no se cumplirían las previsiones señaladas en la ley.”

Así las cosas, no desconoce ésta Colegiatura que el requisito de la dependencia económica no debe ser total y absoluto, sin embargo, no se demostró esta exigencia respecto de su hijo fallecido, valga decir, que el suministro de una colaboración o ayuda económica del causante fuera esencial o significativa para el sustento mínimo de su progenitora, pues nótese como solo la actora es la que manifiesta que la ayuda consistía en \$100.000,00 o \$150.000,00, ya que los testigos traídos al proceso, manifiestan que le ayudaba cada vez que ella se lo pedía, es decir, que cuando con sus recursos y los de su esposo no alcanzaban a cubrir los gastos referentes a servicios públicos y alimentación, el fallecido les ayudaba a cubrir los mismos, por lo que no se estableció en el expediente ni la periodicidad ni la cantidad del aporte.

Corolario de lo anterior, se hace necesario revocar la decisión tomada en primera instancia para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Costas

Se revoca la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la parte demandante. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE

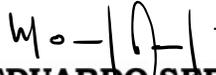
PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en alzada- las de primera instancia a cargo de la parte actora y en favor de la demandada

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del C.P.L. y de la S.S.

Los Magistrados


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 07-2017-502-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: LINA MARIA ROJAS ARBELAEZ

**DEMANDADO: FEDERACION NACIONAL DE
CAFETEROS DE COLOMBIA**

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

**MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020) se reunió la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, con el fin de resolver apelación a la sentencia proferida dentro del presente proceso ordinario laboral y previo acuerdo profieren la siguiente

**S E N T E N C I A
P R E T E N S I O N E S**

El señor **LINA MARIA ROJAS ARBELAEZ**, mediante apoderado, instauró demanda contra de la **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva, que existió un contrato de trabajo a término indefinido, que la demandada despidió a la demandante en forma unilateral y sin justa causa. En consecuencia, solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía, salarios y prestaciones dejados de percibir entre el despido y el reintegro, indexación y diferencia entre lo pagado y lo que debió pagar la demandada a la demandante teniendo en cuenta la prima de vacaciones como factor salarial, aportes y costas del proceso. En forma subsidiaria solicita además de las declaraciones anteriores, el pago de indemnización

convencional, prestaciones, moratoria y diferencia salarial por no tener en cuenta como factor salarial, la prima de vacaciones, aportes y costas. (fls 1 al 35).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que la demandante estuvo vinculada a la demandada mediante un contrato de trabajo de trabajo a término fijo con varias prorrogas, que el último cargo desempeñado fue de extensionista en el comité municipal de cafeteros del Quindío, que a la terminación del contrato devengaba la suma de \$ 2.045.397, que la actora estaba afiliada a SINTRAFEC, desde el 3 de abril de 2016, que entre la demandada y la organización sindical se celebraron varias convenciones colectivas, las cuales se aplican a todos los trabajadores, que en ellas se reglamenta la estabilidad laboral, que la de 1976 señaló que un trabajador con contrato a término indefinido que hubiere cumplido un año de servicio continuo, sería vinculado con contrato a término indefinido, que la convención de 1982-1984 consagra reintegro cuando un trabajador con más de 8 años de servicio es despedido sin justa causa, que en las convenciones se pactó que la prima de vacaciones tiene carácter salarial, que la demandante nunca renunció a la prima de vacaciones con carácter salarial. (fls 1 al 35).

La demanda fue contestada a través de apoderado quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, asegurando que el contrato terminó por vencimiento del plazo pactado, luego no hay lugar ni a reintegro ni a indemnización. En cuanto a los hechos aceptó la modalidad del contrato a término fijo y aseguró que terminó por vencimiento del plazo, negó que la convención se aplique a todos los trabajadores ya que el sindicato, dice, es minoritario y que nada adeuda porque canceló todo de acuerdo con la convención y la ley y que solo a partir de 1996, la prima de vacaciones se consagró como factor salarial. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir y genérica. (fls 233 a 250)

Tramitada la primera instancia, el Juez 7 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el seis (6) de mayo de dos mil diecinueve (2019), por la que resolvió DECLARAR que entre las partes existió una relación laboral directa desde el 1 de marzo de 2006 y hasta el 28 de febrero de 2017, fecha desde la cual se convirtió en contrato a término indefinido, por aplicación de la cláusula 8 de la

convención colectiva de 1976. DECLARAR que la demandante es beneficiaria de las convenciones colectivas, suscritas entre la demandada y SINTRACAFE. CONDENAR a la demandada a reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando o uno de igual o mayor categoría, pagando los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 1 de marzo de 2017 y hasta la fecha de reintegro, así como al pago de prestaciones, interese a las cesantías, primas, moratoria y aportes. Negó las demás pretensiones y condenó en costas. (fls 482 y S S).

Señaló el Juez en síntesis que: *“...luego de citar las convenciones en que se apoyan las pretensiones, esto es la de 1976 y de 1982 a 1984, se refirió el Juez a los contratos de trabajo que aparecen a folios 36 y 649, contratos pactados a un año y cuya última prórroga aparece a folios 61 y 248, entonces agrega la demandante sí venía trabajando directamente con la demandada desde el 1 de marzo de 2006, con un contrato a término fijo de un año y como quiera que es beneficiaria de las convenciones colectivas lo cual reconoce la demandada y no hay duda, se le debe aplicar la convención art 8 parágrafo, por tanto su contrato se convierte en indefinido y al cumplir un año se convierte en trabajadora permanente, con contrato a término indefinido. La federación terminó el contrato por vencimiento del plazo como se ve a folio 67, sin embargo y como ya se dijo el contrato de trabajo se había convertido en indefinido desde el 1 de marzo de 2007, la demandante, era trabajadora permanente, entonces el despido es sin justa causa, pues no existía plazo y por tanto hay lugar a aplicar la convención colectiva de 1976 y 1982 a 1984, siendo procedente el reintegro y pago de prestaciones solicitado a partir del despido 1 de marzo de 2017 y hasta que se cumpla el reintegro. **En cuanto a la reliquidación de prestaciones teniendo en cuenta la prima de vacaciones, se refiere a la convención de 1996 a 1997, art 9 que consagra que efectivamente esta es factor salarial y como la demandada no la tuvo en cuenta en los años 2015 a 2017 y teniendo en cuenta la prescripción de 3 años consagrada en las normas laborales, concluye que los derechos reclamados con anterioridad al 28 de febrero de 2014 están prescritos ya que la demanda fue presentada el 22 de agosto de 2017, agrega que se debe tener en cuenta el último salario y la prima de vacaciones (fl 134), realiza las operaciones e impone las condenas.** En cuanto a la prima extralegal de servicios consagrada en la convención de 1974 art 29, negó la reliquidación pues para esa prima no se debe tener en cuenta la prima de vacaciones. En cuanto a la sanción moratoria luego de referirse a la buena fe como criterio jurisprudencial para su imposición dijo que entre las partes había un contrato indefinido y la federación desconoció la convención de manera infundada, luego no se puede predicar la buena fe y por tanto la condenó al pago de la sanción. En cuanto a los pagos en seguridad social, en pensión, señaló que deben efectuarse los pagos faltantes, de acuerdo con el cálculo que realice el fondo en donde este afiliado desde el 1 de marzo de 2006 y a la fecha pues esos no prescriben. En cuanto a los pagos en salud dijo que su no pago no tiene legitimada a la trabajadora y absolvió. **En cuanto al pago de prestaciones convencionales al no poderse determinarse cuales son las reclamadas, porque no se especificaron en la demanda, debe absolverse también de esta pretensión. Declaró parcialmente la prescripción y condenó en costas...**”*

Inconformes con esta decisión las partes interponen recurso así:

Parte demandada: *“... concretamente por las condenas de numerales 1 al 9, en primer lugar, la federación inveteradamente, tiene el convencimiento que la convención no beneficia a la demandante porque desde 1988, cuando SINTRAFEC comienza a ser minoritario, solo se aplica la convención únicamente a los trabajadores sindicalizados y a los que no lo son, pero que tuvieran contrato vigente a ese año 1988 y a posteriori los no sindicalizados, como en el caso de la demandante quien suscribió contrato el 1 de marzo de 2006, en donde se pactó la retribución, durante todo ese tiempo nunca manifestó inconformidad y solo el 3 de abril de 2016 se sindicalizó y solo desde ahí se le extiende la convención a la demandante. Especialmente en cuanto al reintegro, teniendo en cuenta los argumentos del Juez que señala que de acuerdo con el párrafo del art 9 (sic) de la convención de 1976, los contratos a término fijo de un año se convertirían en indefinido; eso no es cierto ya que, a partir de la convención de 1978, se suprimió el párrafo de la cláusula novena(sic) de la convención de 1976, la que consagraba que los contratos a término fijo se convertirían en indefinido después de un año. Al abolirse el párrafo y quedar solo las tablas de indemnización, eso fue lo único que quedó vigente de la convención de 1976. Así lo dijo la Corte Suprema de Justicia en un caso similar, en sentencia SL 6231 de 2016, Rad 42219 MP GERARDO BOTERO ZULUAGA. Cita la sentencia en lo pertinente concluyendo que solo subsisten las tablas de liquidación y que la convención de 1978 eliminó la posibilidad de que los contratos a término fijo mutaran a indefinidos y la estabilidad fue nuevamente regulada lo que se nota aún más en la convención de 1982....”*

Parte demandante: *“ .. Sobre un punto particular y esto es sobre el punto que fue negado de reliquidación por prestaciones legales y convencionales si se hubiera tenido en cuenta la prima de vacaciones siendo claro que la prima esta consagrada en el art 9 de la convención de 1996 a 1997, como factor salarial y solo si se hace una oferta deja de serlo, si es aceptada por la trabajadora. En este proceso no hay constancia sobre oferta alguna a la trabajadora y no hay constancia que haya renunciado a esos efectos salariales, es más desde la demanda se afirmó que nunca renunció a esos efectos.... ”*

ALEGATOS

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionó vía correo electrónico tanto las de la parte demandante como de la parte demandada.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá los recursos en los puntos planteados comenzando por razones de método por el recurso de la demandada.

Los dos puntos a resolver en el recurso son i) la demandante no es beneficiaria de la convención por cuanto el sindicato desde 1988 es minoritario y ii) la convención colectiva de 1978, eliminó la posibilidad de mutación del contrato a término fijo en indefinido que existía en 1976, luego no hay lugar al reintegro, porque el contrato terminó por vencimiento del plazo.

De la aplicación de la convención colectiva

Lo primero que advierte la Sala es que contrario a lo afirmado por el Juez la demandada nunca aceptó la aplicación de la convención y por el contrario no solo en el recurso sino en la contestación de la demanda, aseguró que al ser el sindicato un sindicato minoritario, la aplicación de la convención esta sujeta a las normas legales. (ver respuesta a los hechos 8 y 9 folios 233 y S S).

Ahora hecha esta precisión, debe recordar la Sala que las convenciones colectivas son por regla general aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente a la organización sindical. Las excepciones a dicha regla son a saber: i) que el sindicato que suscribe la convención exceda la tercera parte del total de trabajadores de la empresa, caso en el cual sus cláusulas son aplicables a todos los trabajadores; ii) que sea extendida a más trabajadores por acto gubernamental (arts. 471 y 472 del C.S.T respectivamente) y iii) **que la propia convención colectiva de trabajo establezca su aplicabilidad a todos los trabajadores sin importar si son o no sindicalizados.**

En el presente asunto, la parte demandante afirmó en los hechos 8 y 9 de la demanda; que la Federación de Cafeteros y Sintrafec pactaron la aplicación a todos los trabajadores en la convención desde 1961 hasta 1984, lo cual efectivamente aparece acreditado con las convenciones aportadas por la parte actora y la demandada, entre ellas la de 1981, visible a folios 164 a 167, en donde se lee en el artículo 23, lo siguiente: **“APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN. LA PRESENTE CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO SERÁ APLICADA A TODOS LOS TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA”**.

Dicha norma se reprodujo en todas las convenciones posteriores aportadas y visibles a folios 251 y siguientes, por ejemplo, en la de 1976,

cláusula trigésima primera, (fl 285), la de 1978, artículo 33 (fl 313), la de 1980, artículo 28, (fl 342), luego el argumento de inaplicabilidad por ser el sindicato minoritario, carece de fuerza ante la existencia de esas cláusulas relativas a que la convención sería aplicable a todos los trabajadores de la Federación.

En ese orden, resulta también claro, que dicha vigencia y aplicabilidad de la convención colectiva, **no puede ser desvirtuada por el simple hecho de la pérdida de la condición mayoritaria del sindicato.**

Este tema ha sido aclarado de vieja data por la Corte Suprema de justicia en sentencia de Rad. 24197, la de Rad 2745 de 2006 y la de Rad 31556 de 2007, estas dos últimas aportada al proceso y visible a folios 169 y siguientes. En la primera citada dijo la Corte:

“(…)”

“Pero la regulación de eventos en que la aplicación convencional es imperiosa por mandato legal, no impide en manera alguna que el empleador contraiga el compromiso de aplicar los beneficios que de ella se deriven a trabajadores que no están incluidos en el campo de aplicación estatuido por la ley, salvo que ésta expresamente lo prohíba por razones superiores, como ocurre por ejemplo con el personal directivo de ciertas entidades públicas (arts. 9° de la L. 4ª/92 y 3° de la L. 60/90).

“Es que los preceptos legales sobre extensión de la convención a terceros constituye el mínimo de derechos que puede ser mejorado por la obligación que contrae el empleador de manera libérrima siempre que con ello no quebrante disposiciones de orden público o no desquicie los principios que informan la contratación colectiva y su derrotero”.

Cumple precisar que no es en la ley donde se encuentra la fuente de la obligación que adquiere el empleador de aplicar la convención colectiva de trabajo a empleados diferentes de los que por vocación legal son beneficiarios de ésta, sino, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, en la autonomía de aquél para obligarse, en el principio según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y, por tanto, genera obligaciones a su cargo que deben ser honradas (pacta sunt servanda) y en la plena validez con la que el ordenamiento jurídico rodea la estipulación a favor de un tercero (artículo 1506 del Código Civil), caracterizada, la última, por representar la manifestación de una voluntad con eficacia jurídica, en cuya virtud el beneficiario se convierte en acreedor sin que haya mediado su consentimiento y sin necesidad de acuerdo de voluntades entre el deudor y el acreedor.

Se sigue de lo hasta aquí explicado que al empleador no le está permitido desconocer unilateralmente la preceptiva recogida en una cláusula convencional que extiende los beneficios de la convención a todos los trabajadores suyos. Será la negociación colectiva la senda

indicada para lograr retirar del marco que gobierna las relaciones de empleador y trabajadores tal mandato convencional.

Deviene de lo dicho que la circunstancia de que el sindicato que celebró una convención colectiva de trabajo deje de ser mayoritario no hace perder aliento jurídico a la cláusula convencional que ordena su aplicación a todos los trabajadores de la empresa, porque, se repite, no es la ley la fuente de la obligación adquirida por el empleador, sino su libertad para contraerla, su deber jurídico de respetar sus compromisos y la eficacia jurídica de obligarse para con un tercero distinto de su interlocutor contractual.

Por consiguiente, el juez de la alzada no incurrió en un desacierto fáctico al resolver la controversia con fundamento en el artículo 27 de la Convención Colectiva de Trabajo 1982-1984 que prescribía que las disposiciones de ésta eran aplicables a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, dado que no aparece demostrado que el texto aludido hubiese sido derogado por norma convencional posterior.

Conviene señalar que la aplicación de una convención colectiva de trabajo, en la hipótesis en que la misma disponga su extensión a todos los trabajadores de la empresa que la firmó, no puede quedar supeditada a la afiliación del beneficiario al sindicato o a los aportes que éste deba sufragar por el hecho de resultar favorecido con las cláusulas de aquélla. Criterio que es el de la Sala, registrado en sentencia de 28 de noviembre de 1994, en la que se proclamó:

"De otra parte, si bien es cierto que la aplicabilidad de una convención colectiva no se presume, también lo es que la prueba en estos casos no es solemne y si alguna de sus cláusulas ordena que se aplique a todos los trabajadores, tal estipulación es válida, con las precisiones hechas anteriormente, y acredita su extensión a ellos, sin que sea procedente exigir la demostración de la afiliación al sindicato, o de los descuentos sindicales o de las demás circunstancias que echó de menos la doctrina del Tribunal que se rectifica. En tales eventos quien alegue la inaplicación del convenio a un trabajador, deberá probar que con arreglo al mismo o a la ley, éste está excluido.

"En suma, no es dable confundir, como lo hizo la decisión mayoritaria del Tribunal, los casos en que la aplicabilidad de la convención es procedente por mandato legal ineludible, con la que se impone por haberlo dispuesto el propio convenio y siempre que con ello no contravenga ordenamientos legales que expresamente lo prohiban" (Sentencia de 28 de noviembre de 1994, Rad. 6962).

Es, precisamente, la distinción que se anotó en la doctrina expresada la que lleva a sostener que el Tribunal con su actuación no incurrió en un desacierto al no apreciar los documentos que acreditan el carácter minoritario del sindicato de trabajadores, de suerte que no violó marco normativo alguno, como lo pretende la censura. Los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965 constituyen el mínimo que es dable superar en virtud del contrato de trabajo, de la convención colectiva de trabajo, del

pacto colectivo de trabajo o, incluso, unilateralmente por el empleador, que fue lo acaecido, en efecto, en el caso de autos.

Y tal doctrina también permite entender que la disposición convencional que extendió sus beneficios a todos los trabajadores de la enjuiciada no perdió su vigor por el simple hecho de que en una convención colectiva de trabajo celebrada tiempo después prescriba que los descuentos al sindicato se harán de acuerdo con la ley.”

Todas estas sentencias fueron reiteradas en la sentencia **SL 4613 de 29 de octubre de 2019, Rad 53842 MP MARTIN EMILIO BELTRAN QUINTERO**, en donde se indicó:

“(…)

El problema planteado se circunscribe a determinar si el Tribunal se equivocó al considerar que la cláusula trigésima primera de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976, continuaba surtiendo efectos para las fechas en que el actor prestó sus servicios a la demandada o si, por el contrario, dicha cláusula fue derogada «tácitamente» por los acuerdos convencionales suscritos con posterioridad a 1988, que es la tesis de la entidad recurrente.

La Sala comienza por recordar que cuando el fallador de apelaciones otorga a una cláusula convencional uno de sus posibles entendimientos o interpretaciones, en principio, no incurre en un error manifiesto de hecho, ya que, en tal hipótesis, la naturaleza abierta del texto permite cualquiera de los alcances plausibles que le dé el juzgador.

Pero que esto sea así, no quiere decir que todas las interpretaciones que de dicho tipo de cláusulas hagan los jueces queden fuera del alcance de la Sala de Casación Laboral, pues si las mismas se apartan diametralmente del sentido de lo convenido, obviamente tal ejercicio puede ser revisado en sede extraordinaria en virtud de la autorización legal que la faculta para corregir los errores protuberantes de hecho en que incurra el ad quem al determinar el contenido de las pruebas del proceso, entre ellas la convención colectiva.

Precisado lo anterior, la Sala empieza por transcribir la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990, que se repite en las disposiciones 16, 7, 8, 11 y 9 de las convenciones colectivas de trabajo vigentes entre el 1 de abril de 1990 al 31 de marzo de 1992, 1 de abril de 1992 al 31 de marzo de 1994, 1 de abril de 1994 al 31 de marzo de 1996, 1 de abril de 1996 al 31 de diciembre de 1997 y 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, respectivamente, que al efecto dice:

[…]

Retención para Sintrafec.

Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sintrafec se procederá de acuerdo a la Ley.

Las dudas, vacíos o conflictos de normas en desarrollo y ejecución de la presente convención colectiva de trabajo se resolverán de acuerdo a la Ley. (se subraya. f.º 236).

De la disposición extralegal que se acaba de transcribir, no puede inferirse que se derogó «tácitamente» el contenido de la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo 1976, como lo pregona la censura, porque allí en ningún caso se está condicionando la aplicación de las prerrogativas convencionales al pago de las cuotas sindicales. Simplemente se refiere a que «Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sinfrac se procederá de acuerdo a la Ley».

De manera que, en realidad, tal estipulación, antes que una condición, es apenas una consecuencia de la extensión de la convención a «todos los trabajadores», como se dispuso en la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976 (f.º 138), disposición ésta que, como acertadamente lo consideró el Tribunal, continuó surtiendo plenos efectos con posterioridad al año 1988, lo cual se logra por disposición expresa de las partes sumergidas en cada uno de los conflictos colectivos suscritos en adelante.

Al efecto, basta transcribir la cláusula 13 del acuerdo convencional vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 (f.º 236), que se repite en las convenciones suscritas con posterioridad:

[...]

Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas o sustituidas por la presente Convención Colectiva de Trabajo

Refuerza lo anterior, no solo lo dicho por la Sala de Casación Laboral en las decisiones que en su apoyo cita el Tribunal, especialmente, la sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, sino también en lo expuesto en la sentencia CSJ SL, 25 sep. 2012. rad. 38463, cuando al decidir un asunto de contornos similares al presente, por demás seguido contra la misma demandada, consideró:

[...]

Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprender razonablemente ese alcance; pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes

consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado. (Subraya la Sala).

De otra parte, el hecho de que al actor no se le hubieran realizado los descuentos con destino a Sintrafec, tal como se evidencia en los desprendibles de pago visibles a folios 417 a 453, tal omisión, en modo alguno, acarrea la pérdida de los beneficios convencionales, como también se reiteró en la sentencia que se acaba de transcribir, a las cuales se obligó la demandada desde la negociación acaecida en 1976, máxime que, por disposición de la ley, es ella como empleadora, no el trabajador, quien debe efectuar los descuentos respectivos y trasladarlos luego a la organización sindical.

Por demás, la sola circunstancia de que el sindicato que suscribió el acuerdo convencional haya dejado de ser mayoritario a partir de 1988, no disuelve los convenios establecidos, pues si la cláusula convencional ordenó su aplicación a la totalidad de los trabajadores de la empresa, existe el deber jurídico de respetar esos compromisos, pues en este caso, se reitera, la extensión no se da por ministerio de la ley sino por decisión de las partes contratantes.

Finalmente, cabe precisar que si la intención de los intervinientes era limitar tal cobertura, así lo tenían que haber dispuesto de manera expresa y clara en las convenciones que celebraron con posterioridad o, por lo menos, lo habrían dejado plasmado con unos enunciados contundentes de los que se pudiera inferir, sin lugar a equívocos, tal alcance que, desde luego, para la Sala, no lo contiene la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 anteriormente citada...”

En vista de lo anterior, no cabe duda que puede predicarse la aplicabilidad de la convención colectiva a la demandante, así como a todos los trabajadores de la Federación, en tanto la cláusula de aplicabilidad extensiva a todos los trabajadores no ha sido modificada por el mismo medio de la negociación colectiva, ni ha sido denunciada por la Federación llamada a juicio, o por lo menos esta no lo acreditó limitándose a insistir en el argumento de ser el sindicato minoritario, lo cual es irrelevante pues se reitera, fueron las partes quienes por convención extendieron su aplicación a todos los trabajadores; por tanto este argumento no tiene la fuerza para quebrar la sentencia apelada, en cuanto a las declaraciones y condenas de reliquidación atacadas, con base en que la demandante es beneficiaria de las convenciones colectivas celebradas entre la Federación y Sintrafec, contenidas en los numerales segundo, cuarto, quinto y sexto; sin que sobre agregar que con relación al argumento de no haber reclamado la actora durante toda la relación laboral, basta con anotar que

para eso existe el fenómeno extintivo de la prescripción el cual fue declarado parcialmente probado por el Juez, por lo que se confirma también el numeral octavo.

Del reintegro

Con relación a este punto y desde ya advierte la Sala, la decisión de primera instancia será revocada, veamos las razones.

Desde la demanda, específicamente en el hecho 13 se indicó que la fuente del derecho al reintegro era el artículo 3 de la convención colectiva de 1982 a 1984, en la que se establece que un trabajador con 8 años continuos de servicios **despedido sin justa causa, puede solicitar el reintegro o la indemnización.**

Al contestar la demandada acepta esta cláusula, pero afirma, **que la norma no aplica para el caso en concreto, en razón a que la empresa no despidió a la actora, ya que el contrato terminó por una forma legal, esto es vencimiento del plazo.**

En consecuencia, aunque no hay discusión sobre la acción de reintegro pues así lo aceptó la demandada, sí sobre uno de los requisitos para que opere. Estos efectivamente son dos: i) tiempo de servicios y ii) despido sin justa causa.

Se itera aunque del primero no hay duda, el segundo si fue cuestionado ya que la demandada asegura no hubo despido sin justa causa, en lo que, en criterio de esta Sala, le asiste razón, porque contrario a lo afirmado por el Juez de primera instancia, el contrato de la demandante jamás se transformó en indefinido, para lo cual hubiese bastado con revisar la convención de 1978, posterior a aquella que consagraba esa mutación, argumento de la demandada desde la contestación de la demanda, ignorado por el Juez.

Efectivamente al revisar la respuesta al hecho 11 de la demanda, esto es aquel en donde se indica que el contrato de la actora se volvió indefinido por disposición de la cláusula 8 párrafo; salta a la vista que en esa respuesta se afirma que dicha cláusula fue derogada por los artículos 3 y 30 de la convención colectiva de 1978.

Básico entonces resultaba revisar si efectivamente eso fue así, lo que no hizo el Juez, se itera, pues se apoyó simple y llanamente en la norma convencional de 1976, sin analizar el argumento de la demandada.

En ese orden y al revisar la convención de 1978 se encuentra que el artículo 3 sobre estabilidad laboral omitió el párrafo en mención y solo consagró una tabla de indemnización, para los eventos en que el contrato termina sin justa causa, así como el reintegro en el literal e) pero solo para aquellos trabajadores con 8 años de servicio despedidos sin justa causa. (fls 294 y 295).

Por tanto, se concluye que el contrato de la demandante siempre fue a término fijo, jamás se convirtió en indefinido, luego su terminación claramente fue por vencimiento del plazo (Ver carta de terminación fl 67); no existió despido sin justa causa, esto es el segundo de los requisitos para que proceda el reintegro.

Este tema efectivamente fue resuelto ya por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada por el recurrente, esto es la **SL6231 de mayo 11 de 2016 Rad 42219 MP GERARDO BOTERO ZULUAGA** en la que se indicó:

(...)

La disconformidad de la recurrente con el acto jurisdiccional controvertido gira alrededor de dos pilares: a) que en virtud de la convención colectiva de trabajo el contrato de trabajo a término fijo mutó su naturaleza a indefinido, y b) que, en consecuencia, tiene derecho a ser reintegrada.

Para resolver lo planteado en los cargos, es menester traer a colación los apartes pertinentes de los diferentes acuerdos colectivos de trabajo:

-La cláusula octava de Convención colectiva de 1976, dispone:

«ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO

En caso de terminación unilateral de contratos de trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicios (...)

PARAGRAFO.: Todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio contínuo (sic)

será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido» (fl.242)

Por su parte los artículos 3º y 30 de la Convención Colectiva de 1978, prevén en su orden:

«Artículo 3º.- ESTABILIDAD LABORAL.

En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del Patrono, éste pagará al trabajador las siguientes indemnizaciones según el tiempo se servicio (...)» (fl. 200).

«Artículo 30.- CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS.

Los derechos, las prestaciones legales y extralegales del trabajador y de Sintrafec, que las Empresas están reconociendo y pagando, respectivamente, en los momentos de firmarse la presente convención, continuarán en vigencia siempre y cuando no sean modificados por esta Convención (...)» (fl. 218).

Pues bien, una vez analizadas de manera individual y en conjunto las cláusulas convencionales transcritas, en sentir de la Corporación el acuerdo colectivo suscrito en el año 1978, modificó la cláusula sobre estabilidad estatuida en la convención colectiva de trabajo de 1976, es decir, eliminó la posibilidad de que los contratos de trabajo a término fijo pudiesen mutar a indefinido.

Repárese en que en la convención colectiva de trabajo de 1978 no solo incrementó la tabla de indemnización para los casos de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del empleador, sino que consagró la posibilidad del reintegro para los trabajadores despedidos sin justedad alguna luego de 8 años de servicios.

Por manera que esta última disposición es el resultado del querer de los protagonistas sociales que, en virtud, del principio de autocomposición acudieron a un proceso de negociación colectiva y que estimaron excluir del acuerdo final suscrito en el año 1978, la transformación de los señalados vínculos jurídicos, ya que empleador y organización sindical se encargaron de regular de forma integral la figura de la estabilidad.

Ciertamente, y en vía de corroborar lo discurrido, del contenido mismo de la convención colectiva de trabajo de 1982, se nota aún más la intención de las partes de excluir tal mutación contractual, toda vez que allí se pactó un capítulo conformado por 5 artículos, que reglamenta de manera completa y amplía todo lo concerniente a la estabilidad, disposición en donde precisamente brilla por su ausencia la tantas veces mencionada posibilidad de cambio en la modalidad contractual de fijo a indefinido.

Para abundar en este preciso aspecto, véase que el capítulo II, artículo 4º de convención colectiva de trabajo de 1984, dispuso: «ESTABILIDAD LABORAL. En los términos del Artículo 3º de la convención colectiva de julio de 1982, se incrementarán en dos días cada uno de los rangos allí

contemplados para el caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa», lo que permite inferir con mayor agudeza que tampoco incluyó el párrafo en mención y que la intención de las partes desde la firma de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año 1978, fue excluirlo de cualquier pacto posterior.

Ahora, si se tiene en cuenta que la figura bajo estudio estaba consagrada en el párrafo de la norma convencional de 1976 y si entendemos por párrafo un «Fragmento de un escrito que tiene una unidad temática», quiere decir que la posterior convención colectiva-1978- al no consagrarla modificó tal precepto, en el sentido de suprimir de la convención la posibilidad de variarse la naturaleza jurídica del contrato y, en ese horizonte, la normativa convencional no podía ser escindida, como lo pretende la recurrente. En otras palabras, dicho párrafo no consagra una materia diferente a la de la estabilidad laboral, por lo que no se puede entender como un precepto autónomo o un beneficio independiente de la propia regulación de la estabilidad, cuando por su naturaleza es dependiente o inherente a ella, es decir, guarda una relación directa de conexidad con la figura de la estabilidad.

En el anterior contexto, las partes suscribientes de la convención colectiva de trabajo de 1978, en virtud de los principios de unidad de materia y el de las cosas se deshacen como se hacen, acordaron excluir lo concerniente a que «todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliero o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a LAS EMPRESAS, será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido». Pero hay más. Aquí bien puede traerse a colación lo estatuido en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, en cuanto a estimar «insubsistente una disposición legal por (...) existir una ley nueva que regula íntegramente la materia», y ese fue el mensaje de las partes al acordar el punto de estabilidad en la convención colectiva suscrita en 1978, en lo atinente, itérese, a excluir el párrafo pactado otrora en el acuerdo de 1976.

De suerte que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 30 de la convención colectiva de 1978, CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS-, en la medida en que el susodicho párrafo de la cláusula 8ª de la convención colectiva de 1976, efectivamente sí fue excluido por las partes del acuerdo colectivo.

En conclusión, examinadas las acusaciones enrostradas en los dos cargos, desde diversas perspectivas, no se equivocó el juzgador de segundo grado, dado que el contrato que ató a las partes en contienda fue a término fijo y, por ende, no era procedente el reintegro en los términos solicitados en la demanda inicial....»

Por lo expuesto se **MODIFICARÁ** el numeral primero de la sentencia apelada para en su lugar **DECLARAR** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, desde el 1 de marzo de 2006 hasta el 28 de febrero de 2017; el cual terminó por vencimiento del plazo, y se **REVOCARÁ**, el numeral tercero de la sentencia apelada para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada

del reintegro solicitado, así como del pago de salarios y prestaciones derivados del mismo.

Resuelto el recurso de la parte demandada se resuelve el de la demandante, en el que la recurrente insiste en asegurar que la prima de vacaciones tiene carácter salarial, que nunca se renunció a esos efectos y por tanto procede la reliquidación.

Basta para resolver el punto remitirse a la sentencia apelada, siendo claro que el Juez sí consideró como factor salarial la prima de vacaciones. Al respecto en síntesis indicó: *“En cuanto a la reliquidación de prestaciones teniendo en cuenta la prima de vacaciones, la convención de 1996 a 1997, art 9, consagra que efectivamente esta es factor salarial y como la demandada no la tuvo en cuenta en los años 2015 a 2017 y teniendo en cuenta la prescripción de 3 años consagrada en las normas laborales, concluye que los derechos reclamados con anterioridad al 28 de febrero de 2014 están prescritos ya que la demanda fue presentada el 22 de agosto de 2017”*. Resultado de ello fue la condena impuesta en el numeral cuarto de la sentencia apelada en donde se reliquidaron cesantías, intereses y prima; el quinto en donde se condenó a indemnización moratoria por no haber realizado el pago completo de estas prestaciones.

De manera que el recurso no está llamado a prosperar, pues se limitó a insistir en algo que también declaró el Juez.

Ahora, no sobra precisar; -aunque esto no fue apelado, luego no puede resolverlo la Sala-, que, de lo que absolvió el Juez, fue de la solicitud de pago de prestaciones sociales convencionales indexadas no pagadas durante el contrato y a la finalización del mismo, contenida en el numeral tercero de las pretensiones principales, por haber sido presentada de manera genérica sin especificar cuáles fueron las no canceladas.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, desde el 1 de marzo de 2006 hasta el 28 de febrero de 2017; el cual terminó por vencimiento del plazo.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada del reintegro solicitado, así como del pago de salarios y prestaciones derivados del mismo.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 08 2018 00256 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ELSA DEL CARMEN PARRA GONZALEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

Se reconoce personería adjetiva a la Dra. **LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ**, como apoderada de la demandada COLPENSIONES, en los términos de la sustitución conferida.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Octavo laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la demandada y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES.

ALEGACIONES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Dentro del término concedido, la parte demandada COLPENSIONES, allegó sus alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare la nulidad de la afiliación al RAIS efectuada por la parte actora a la AFP PORVENIR S.A., a través del formulario suscrito el día 30 de octubre de 2000; que como consecuencia de esta nulidad, se condene a la demandada COLPENSIONES a recibir la totalidad de los dineros que le serán entregados, sin que la AFP PORVENIR pueda deducir costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno y que se condene a esta demandada al pago de las costas del proceso. De manera subsidiaria solicita se condene a la demandada POVENIR S.A., al pago de la pensión de vejez en los términos de la ley 100 de 1993. (fl.- 120)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 8 de agosto de 1.959.
- Que se afilió al ISS desde el año 1978 y hasta el 28 de enero de 1983.
- Que realizó aportes al FONCEP desde el 15 de febrero de 1984 y hasta el 30 de diciembre de 1995.
- Que realizó nuevamente cotizaciones a COLPENSIONES, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1996 al 30 de noviembre de 2000, cotizando de esta manera para el sistema general de pensiones 882 semanas.
- Que acudieron los asesores de la demandada PORVENIR S.A., quienes les presentaron una asesoría deficiente y sesgada, motivada por las exigentes metas de clientes que debían cumplir en el área comercial.
- Que los asesores omitieron indicar datos trascendentes para el pago de la pensión, de cara con las condiciones más favorables con relación al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que le indicaron que COLPENSIONES iba a desaparecer
- Que le indicaron que si se trasladaba podía pensionarse a una edad más temprana y con una mayor cuantía en su mesada pensional.
- Que le indicaron que podía disponer de su dinero – bono pensional, en cualquier tiempo. (fl.- 121 – 125)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 9 y 22 a 24, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción, buena fe y compensación. (fl. 152 - 171).

Por su parte la demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 4, 9, 10, 22, 23 y 31, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl. 224 - 231).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante a la AFP PORVENIR S.A. Condenó a COLPENSIONES a admitir nuevamente a la actora como su afiliada, Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con todos sus frutos e intereses legales y ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado y la afiliación del actor y sin condena en costas (fl. 245 -246).

Fundamentó su decisión en síntesis la Juez de primer grado señalando que en cuanto a la nulidad debe indicarse que esa está fundada en la falta del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

deber de información así lo indica el demandante y por lo tanto el despacho proceder al estudio normativo desde la misma ley 100 de 1993, establece que la elección que haga un potencial afiliado en cualquiera de los regímenes de las administradoras de fondos de pensiones, debe ser un acto de manera libre y voluntaria, así mismo debe tener las características que están establecidas en el artículo 171 de la misma ley.

También establece que si se quebrantó esa libertad o esa voluntariedad de ese potencial afiliado o afiliada, tendría la posibilidad nuevamente escoger la afiliación porque se le quebrantaron dichos derechos lo que significa que se está dejando ineficaz o se dejaría sin efecto ese primer acto porque precisamente no fue de manera libre y voluntaria y esa libertad y voluntariedad está fundada Precisamente en el deber de información.

Que el Decreto 656 de 1994, establece que las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad su intención es de carácter provisional y están obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios e incluso podrían ser responsables que por su culpa pudieron generar a estos afiliados luego posteriormente y en razón a las circunstancias como las que invoca el demandante en todas las evoluciones normativas frente al deber de información.

Señala que el deber de información sólo que surgió una serie de evoluciones de carácter normativo nuestra H. Corte también se ha ocupado del tema precisamente ante las demandas que se han planteado casos similares como el del demandante entre ellas la sentencia recado 4692 del 3 de septiembre 1014 la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderon, donde manifestó que no era necesario para cumplir con el deber de información la simple diligenciamiento de un espacio dentro del formulario de afiliación sino que debía ser cotejada precisamente con la realidad porque no se puede dar por satisfecho en ese mismo sentido.

Que las administradoras tienen el deber del buen consejo, que las compromete a realizar un ejercicio más activo, explicándoles las diferentes



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

alternativas los beneficios los inconvenientes Incluso dice la H. Corte que si fuera el caso la desanime, porque no todas las circunstancias o no todos los afiliados les va a convenir el régimen de prima media o no a todos les va a convenir el régimen de ahorro individual con solidaridad, en atención a los ingresos y la composición del grupo familiar y demás puede resultar favorable uno u otro régimen de acuerdo esa condición especial, e indica que serían responsables e incluso de los silencios que se guardan.

Frente al tema la carga la prueba considera que está a cargo de las administradoras de fondos de pensiones porque ellas precisamente son a las que les corresponde acreditar que dieron información para qué el afiliado tomara la determinación de manera libre y voluntaria.

Luego de la revisión de las pruebas no encontró que la demandada hubiese acreditado que información le suministro a actor al momento del traslado, por declaró la ineficacia de la misma y condenó en costas a las demandadas.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Estando en la oportunidad pertinente interpongo recurso de apelación para que los Honorables Magistrados del Tribunal de Bogotá revoquen en su totalidad la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta las siguientes consideraciones o argumentos, hay que tener a consideración que se parte de las consideraciones de la sentencia de primera instancia del análisis de las sentencias emitidas por el Corte Suprema justicia sin embargo hay que tener a consideración los siguientes, señores magistrados y es que para su aplicación se hace necesario esto es, que se constituya la doctrina legal probable para el caso que nos ocupa no habría lugar a traer dichas sentencias dado que pues el caso que nos ocupa no comparte identidad fáctica con los que allí se exhibe eso hay que tenerlo a consideración dado que no solamente es el estudio fáctico el caso sino la argumentación jurídica utilizada por la Corte Suprema justicia no se aparta de los casos que en que estudia dado que cuando se hace la manifestación la sentencia 31389 de 2008 que la información no sólo se predice



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

lo que se afirma sino los silencios que se guarda más cuando se trata de consecuencias mayúsculas para el afiliado a tratarse consideración que se está estudiando el caso en particular esto es que los silencios o sea las condiciones particulares del caso que estudió la Corte Suprema justicia en la que el afiliado tenía unas condiciones particulares que no haberse informado constituyen omisión y esto repercutiría en su derecho a la seguridad social del caso que aquí nos ocupa ha de observarse que para el momento traslado no se vislumbra ninguna condición especial o siquiera algún riesgo que tuviera la demandante respecto su derecho pensional, hay que tener a consideración que para sustentar dicho riesgo o perjuicio de dicha sentencia de la parte argumentativa que se sustrae de como sus reglas derechos de ellos sentencias la sentencia de primera instancia solamente hace la expresión que se tiene como perjuicio, es la diferencia pensional que obtendría en la actualidad la demandante, sin embargo no se ha demostrado el mismo, no se puede tomar como un perjuicio dado que esto es marcar como inconstitucional la ley 100 de 1993 es decir, las características propias de los regímenes pensionales, en particular de la manera cómo se liquidaría dichas mesadas pensionales hay que tener ha consideración que este estudio ya fue hecho por la guardiana la Constitución la honorable Corte constitucional, cuando se hace el control de constitucional de la ley 100 de 1993 extrayendo las etapas de dicha formulación, de dicha normatividad y de manera posterior con la modificación realizada en artículo segundo de la ley 797 de 2003, a tener a consideración que en pronunciamientos de dicho estudio constitucional en sentencia de la Corte Suprema justicia No. 1024 del 2004, se manifestó que la manera en que se liquidan los regímenes pensionales no resulta perjudicial o perjuicio dado que cada una son características propias de los regímenes pensionales y desde ahí la esencialidad de los sistemas pensionales, igualmente se dijo por honorable Corte Suprema justicia y esto es como argumento para tener esa prohibición legal, es decir de los últimos 10 años, que entre ponderación de derechos individuales y colectivos ha de tenerse a consideración las situaciones particulares de cada caso en particular y que cada afiliado se somete a dichas características propias dado que pues, decir que uno es desventajoso o no es desventajosos o no es desventajoso, es un juzgamiento subjetivo que se hace la persona respecto de la cual cumple o se proyecta cumplir o acceder a



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

cualquiera de dichas características en esta zona en particular, señores magistrados solicitó de manera muy respetuosa se haga una claridad respecto entre lo que sería un testimonio y un interrogatorio dado que la sentenciadora primera instancia manifiesta y toma como sustento de dicha afiliación dado que pues queda desvirtuado pues los hechos en los cuales se basa la demandada pues aquí la misma demandante manifestó que ninguno concordaban con la realidad en este sentido ha de tenerse a consideración que si no hay sustento de hechos, con el mismo peso se queda en dichas pretensiones, en el sentido pues que no hay ni siquiera una argumentación es decir ni siquiera para estos casos de nulidad se necesita que se sustenten de manera fáctica, la manera en la cual se da dicha afiliación dado que con el interrogatorio de parte se puede subsanar cualquier requisito, eventualidad o error que se hubiese cometido con la demanda es así, señores Magistrados que hay que tenerse a cuando la señora, la sentenciadora de primera instancia manifiesta que el aquí demandante confesó que nunca hubiese recibido, lo que nunca hubiese recibido asesoría, sin embargo hay que tener a consideración, la finalidad del interrogatorio de parte a quién beneficia el interrogatorio parte y esto diferenciarlo con los testimonios, dado que la aquí demandante no fue llamada como testigo el proceso, sino a indagar dicho interrogatorio de parte, en el caso que aquí nos ocupa señores Magistrados tenerse a consideración, que si bien es cierto el formulario por sí solo no es suficiente, hay que tenerse a consideración que de ello el estudio particular del caso y el debate probatorio es de cada caso en particular y en las sentencias emitidas honorable Corte Suprema justicia se dio un debate probatorio a efecto el caso en particular y el caso que nos ocupa hay una diferencia dado que, pues, dicho formulario vinculación no es un formulario vinculación de manera simple sino informada dado que pues, ello se puede corroborar ya que se hace constar que la aquí demandante recibió asesoría respecto a las características de los regímenes pensionales y sobre las implicaciones de la decisión, lo que quiere decir que se cumple a cabalidad con la primera etapa que se hace mención en las consideraciones de la sentencia, esto es con la ley 100 de 1993, que da, desde la misma expedición de la ley 100 hasta el año 2000, hasta el año 2009 cumpliendo así con dicho requisito. Ahora señores Magistrados hay que tener a consideración que se ordena mi representada, esto es, en el numeral tercero a



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARRA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

devolver los gastos de administración y los seguros previsionales, sin embargo en las consideraciones de la sentencia primera instancia sólo se hace la manifestación que se dará lugar a trasladar dichos aportes, pero no tiene ningún sustento probatorio, ni jurídico, ni jurisprudencial, dado pues que no se enuncia los motivos por los cuales se ordena mi representada a descontar dichos gastos de administración, los cuales no habría lugar dado que pues la misma esencia de la ley 100 del 93 el artículo 20, modificado por el artículo 7 de la ley 797 2003, dice que dichos gastos de administración tienen una naturaleza y cumplen una finalidad y hay que tener consideración que aquí nunca se quedó por demostrado la mala fe de mi representada para devolver los frutos, esto teniendo pues a consideración la restitución de frutos en particular, señores magistrados hace referencia al artículo 964 que tiene que ver con la restitución de fruto que dice que sólo el poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y no el poseedor de buena fe. Hay que tener a consideración que la buena fe es un postulado constitucional contemplaban artículo 83 de la constitución política y se presume es una presunción, señores magistrados al igual que la presunción de inocencia, en este sentido los demandantes debieron, se debió quedar demostrado en el siguiente proceso la mala fe de mi representada para que hubiera lugar a trasladar dichos aportes, es allí que en las sentencias que emitió la honorable Corte Suprema justicia encaminadas a que se devolvieron dichos gastos de administración fue porque en el caso en particular quedó demostrado, en dichos procesos que la administradora actuó de mala fe al no dar una información respecto a las características propias o condición del afiliado que le retardo y tuvo una incidencia perjudicial en su reconocimiento pensional pero para el caso que nos ocupa no que demostrado ninguna mala fe ni tampoco que para el momento de traslado tuviera esa incidencia sobre el derecho prestacional en este sentido ha de aplicarse el inciso cuarto del artículo en el que “en toda la restitución de sus frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlo”, es decir que se tiene que reconocer que mi representada trabajó para reproducir dichos frutos, estos son los rendimientos, ahora respecto el devolver los seguros previsionales por invalidez y muerte se está desconociendo hasta la misma jurisprudencia emitida por honorable Corte Suprema justicia en el sentido, señores magistrados de la teoría de las



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

prestaciones acaecidas, en este sentido en la sentencia 31389 2008 el Honorable magistrado ponente hizo la manifestación y el estudio sobre las prestaciones acaecidas, esto es lo que habría lugar al respecto de las restituciones en pro de los derechos de la seguridad social, hay que tener a consideraciones que uno los requisitos que se cubrieron con los de riesgo de invalidez y muerte en el siguiente se hace la siguiente manifestación “las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas, no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado lo que no tiene cabida enteramente en el derecho social de manera que a diferencia de proponer por el retorno del Estado original al momento en que se formalizó el acto anulado mediante la restitución completa de las prestaciones de uno y otro hubiera dado o recibido ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya que en el derecho, en el ámbito del derecho laboral, ora en el de la seguridad social” en ese sentido a tener a consideración que no es estricto tratándose el tema la seguridad social la teoría de volver a su estado inicial Y si así hubiese sido a de registros sobre las leyes civiles en el sentido de que no había lugar a dichos gastos de administración y tampoco a los frutos pero como se trata el derecho de la seguridad social a detenerse consolidado aquellos derechos que se han consumado Y esto es dichos gastos de administración y en lo que tiene que ver con prestaciones dado que pues como son de consumo, de consumo inmediato lo que son los riesgos de invalidez y muerte y no se puede predecir cuando pudo o pudiera ocurrir una eventualidad es por ello que con el paso del tiempo y con cada cotización se va subsanando o se va consumiendo dicha eventualidad, o dicho eventual riesgo, en el caso que nos ocupa si la demandante le hubiese acontecido una situación en particular dicho seguros provisionales hubiesen cumplido su finalidad, porque por su naturaleza y su finalidad ellas están constituidos para ellos, sin embargo a la aquí demandante no le ocurrió nada, por lo que se consumieron a la medida en la que pasó el tiempo.”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los términos del recurso interpuesto y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARRA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ELSA DEL CARMEN PARRA GONZALEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A. para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por ésta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala la juzgadora de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia y lo señalado por el apoderado de la parte actora en sus alegatos, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto,

Ahora bien, contrario a lo señalado por la demandada en su recurso de apelación de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, es procedente ordenar la devolución, de la totalidad de los dineros que se hayan recaudado, incluso los gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Por lo anterior, se habrá de **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Ahora bien, realizado un nuevo estudio del presente tema, al igual que los restantes Magistrados, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 08 2018 256 01 Dte: ELSA DEL CARMEN
PARRA GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop at the top and a long horizontal stroke below it.

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

A handwritten signature in black ink, featuring a large 'M' followed by a horizontal line and a vertical stroke.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, appearing as a series of connected loops and strokes.

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 09 2017 361 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MARIA CONSUELO LARROTTA
BARAJAS

DEMANDADO: PROTECCIÓN S.A.

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

Se reconoce personería adjetiva al Dr. **JUAN SEBASTIAN VELANDIA PARRAGA**, como apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A., en los términos de la sustitución conferida.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 28 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación de presentada por la parte actora.

ALEGACIONES

Dentro del término legal, los apoderados de la parte actora y demandada PROTECCIÓN S.A., presentaron alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES

La señora MARIA CONSUELO LARROTTA BARAJAS actuando por intermedio de apoderado judicial demandó a PROTECCIÓN S.A. con el fin que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada a la sustitución y/o pensión de sobrevivientes junto con los reajustes legales, desde el fallecimiento de su hija NUBIA LARA LARROTTA, el cual ocurrió el día 06 de junio de 2016 y hasta cuando se incluya en nómina de pensionados. Finalmente solicita se condene a la demandada al pago de las costas y gastos del proceso. (fl.- 27)

HECHOS

Como fundamento de las pretensiones afirman, en síntesis:

- Que es la madre de NUBIA LARA LARROTTA, quien nació el 25 de junio de 1982, cotizó a PROTECCIÓN, un total de 619,43 y falleció el 6 de junio de 2016.
- Que con ocasión al fallecimiento de NUBIA LARA LARROTTA, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre, la cual fue negada por la demandada argumentando para ello que no se demostró la dependencia económica.
- Que el 28 de noviembre de 2016, solicitó nuevamente el pago de la prestación, pero también fue despachada desfavorablemente.
- Que la demandante dependía de su hija, ya que no laboraba y vivían bajo el mismo techo.
- Que la causante no contrajo matrimonio, no hizo vida marital con alguna persona y no tenía hijos. (fl.- 25 -26)

C O N T E S T A C I Ó N

Una vez notificada en legal forma, la demandada procedió a dar contestación, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1.4, 1.5, 1.7, 1.8 y 1.12, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho Al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación e improcedencia del pago de intereses moratorios. (fl.- 103 -113)

D E C I S I O N D E P R I M E R A I N S T A N C I A

Tramitada la primera instancia, la Juez 9 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 28 de agosto de 2019, por la que resolvió: ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de inexistencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y condenó en costas a la parte actora. (fl.- 128)

Argumentó la Juez de primer grado que en el presente caso no existió discusión en torno a la calidad de madre de la demandante, respecto de la señora NUBIA AUDELIS LARA LARROTTA (q.e.p.d.), la cual, también se demuestra con el registro civil de nacimiento que obra al plenario.

Tampoco genera discusión, que la señora Nubia Lara Larrota (q.e.p.d.), dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, ya que este hecho se corrobora con la copia de la historia laboral y con la misma contestación de la demanda efectuada por la llamada a juicio.

Señaló la Juez que en el presente caso, en la investigación que realizara la demandada, no se encontró demostrado que la actora, dependiera de la causante, ya que en ella ésta manifestó que vivía con un hermano y

con su señora madre Emperatriz Barajas, quien es pensionada y quien cubría los gastos, ya que la fallecida solamente le daba 50 mil pesos quincenales.

Indicó que en el interrogatorio de parte absuelto ante ese estrado Judicial, la actora se contradijo, ya que manifestó no saber con cuanto le colaboraba su hija, aunado a ello indicó que le pagaban un arriendo que tampoco sabía su valor para esa época y que vivían en la casa de su señora madre, solo ella, su hija y su mamá.

En la misma investigación rindió testimonio la hermana de la causante GINNA MARCELA LARROTTA BARAJAS, quien dijo que le ayudaban económicamente a la mamá y que el valor era muy relativo ya que le reunían entre los tres hermanos y le hacían mercado o a veces le daban dinero pero solo daban a la abuela y que la fallecida Nubia Lara, en vida tenía varias tarjetas de crédito, pagaba cheviplan y deudas con particulares, indicando que antes de la enfermedad como 100 mil pesos y después 50 mil pesos mensuales. Señaló que la actora vive con la abuela Emperatriz, que no debe pagar arriendo y que los gastos de Consuelo los paga la abuela, señora Emperatriz y que la ayuda que le daba a Maria Consuelo no era fija y no era indispensable para su subsistencia, puesto que las dos vivían de la pensión de la abuela (fl.-78-83)

Señala que el tío de la causante, también dijo que Nubia le colaboraba a la actora, pero éste no sabe los montos, indicado que era la mamá de la señora María Consuelo la que le ayudaba con los gastos a ella. Que de los testigos que rindieron declaración en el proceso, señalaron que son vecinos de la actora, que la demandante paga arriendo de \$2000.000,00 más unos extras, pero no indican en que fundan su conocimiento.

De conformidad con todo lo anterior, señaló, que si bien la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta, lo cierto es que en el presente caso la actora no ha visto menguada su calidad de vida con el fallecimiento de su hija, pues ninguno de los testigo se desprende dicha circunstancia y por el contrario de la misma declaración de la actora

rendida ante la entidad accionada, señaló que sus gastos eran cubiertos por su señora madre, de su pensión, lo cual se ratifica con el testimonio de la señora María Presentación Boyacá, quien indicó que la actora devenga su sustento de la pensión de su señora madre, trabajos ocasionales y la ayuda de sus otros hijos.

Por lo anterior, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación señalando que

“me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá para que se revoque la sentencia acá proferida por el Despacho teniendo en cuenta que si se dieron los presupuestos como lo establece la normatividad y el precedente jurisprudencial para que a mi representada, señora María Consuelo se le otorgue la pensión de sobrevivientes, pues acá con los testigos que rindieron su declaración ellos indicaron que en realidad mi representada pues siempre vivió con su hija la señora Nubia, que siempre estuvo al pendiente de su estado de salud, que la señora Nubia en su momento cuando ella trabajaba siempre le ayudó a sufragar esos gastos que requería acá mi representada, esos gastos personales esa manutención, que ellos observaban cuando Nubia estaba con ella, hacían mercado, si? O sea, hay una dependencia que se logra demostrar. En la investigación administrativa en su momento pues evidentemente si hay una ayuda por parte de la mamá de mi representada, una señora que si es pensionada, pero es una ayuda que no es constante, pues por ser la hija y no tiene un trabajo estable, trabaja por días en oficios varios, en casas de familia, es una persona que no cotizó al sistema de seguridad social para cubrir esa pensión de vejez, el único apoyo que tenía, porque sus hijo como fue como indicado acá los otros hijos no viven con ella, no le colaboran económicamente, solamente dependía total de su mamá, la mamá de ella con lo que le pudiera colaborar y su hija que siempre estuvo al tanto, siempre al tanto se esas necesidades

para subsistir como en condiciones dignas, así mismo pues en el caso la H. Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional, han indicado, me permito referirme a la sentencia C 111 del 2006, donde se manifestó “imponer a los padres la carga de demostrar una situación total y absoluta e desprotección económica, sinónimo de miseria y abandono con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar en realidad los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de que los padres puedan obtener otros recursos distintos de la citada pensión”, entonces su señoría, acá H. Magistrados pues, acá si se dio por probada una situación, que mi representada pues, si tuviera los recursos necesarios cotizaría a su sistema de seguridad social fuera cotizante y dependiente, mantendría su salud, sin necesidad de estar mirando de quien es beneficiaria, tanto así que su hija sufragaba, como tal ese tema, la mamá de ella que es una señora ya edad, que es mientras le pueda colaborar a ella con lo que puede así como ella también, me imagino con los temas de esas labores que ella realiza por días, pues entre las dos se ayudan, pero en el momento en el que falte como tal la mamá de mi representada la señora María Consuelo, pues ella va a quedar desprotegida y el único apoyo que le brindaba pues como esa estabilidad donde ella podía recurrir era su hija la señora Nubia Lara que falleció, por lo tanto es una persona que si se le debe reconocer esta pensión de sobrevivientes dado que fue demostrado acá con las pruebas documentales y los testigos escuchados en estrados. Le solicito a los H. Magistrados se revoque la sentencia.”

CONSIDERACIONES

Vista la decisión del Juez de primera instancia, corresponde a la Sala determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada.

Sea lo primero señalar que la causante NUBIA AUDELIS LARA LARROTA (q.e.p.d.) ostentó la calidad de afiliada a PROTECCIÓN conforme consta a folio 65 del expediente y debido a que falleció el 6 de julio de 2016 (fl.8), la norma a tener en cuenta conforme lo ha indicado la jurisprudencia es la vigente al momento del fallecimiento que en este caso es la Ley 797 de 2003 que señala en su art. 46 que tendrán derecho a dicha prestación los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, requisito que cumple el causante pues entre el 06 de julio de 2013 y el 06 de julio de 2016 cotizó más de 150 semanas.

Ahora, el artículo 13 ibídem dispone que dentro de los beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes se encuentran los padres del causante si dependían económicamente de éste.

En diligencia de interrogatorio de parte la actora señaló que al momento del fallecimiento de su hija, ésta vivía con ella y su abuela, que si bien la casa es de propiedad de la abuela, debía, pagar arriendo, pero no señala que no sabe cuánto pagaban porque la causante era la que pagaba y que actualmente paga “200”, que los gastos de la casa los pagaba la hija, y que la mamá pagaba los servicios por parte de ella, y que su hija le colaboraba, que vivían las dos en un solo cuarto, que nunca supo cuánto le daba su hija a la abuela, que trabaja un solo día a la semana en casas de familia, que le pagan \$40.000,00 el día; que tiene dos hijos más un hombre de 30 años y otra de 32 años, pero ninguno le ayuda; que no está afiliada a salud, ni a régimen subsidiado, que el hijo la tiene afiliada a salud; que le tocó volver a vivir con la mamá.

Igualmente, y para acreditar la dependencia económica se recibieron los siguientes testimonios:

- La señora MARÍA PRESENTACIÓN BOYACÁ, manifestó que conoce a la actora hace más de 35 años, porque son vecinas, que la

señora Larrota, laboraba por días, del resto la hija era la que le colaboraba desde que trabajó; que la actora tiene 3 hijos, uno está lejos, la otra es casada, no sabe en que trabaja o si trabaja y Nubia, quien falleció era vendedora; que se enfermó, que estaba en silla de ruedas y como había escaleras se fue a vivir a donde un tío y allá falleció, que María Consuelo siempre ha vivido con la mamá, que debía pagar arriendo, porque la abuelita tenía una pensión muy pequeña; que pagaban \$200.000,00; que la fallecida le daba \$100.000,00 quincenales a la demandante. Que la actora trabajaba 2 o 3 días a la semana; que actualmente la actora vive de la pensión de la mamá y todavía trabaja 2 días a la semana; que los otros hijos de vez en cuando le dan 100 o 50 mil pesos; que los gastos funerarios los pago el seguro.

- Por su parte el señor LUIS FERNANDO QUIASUA REYES, manifestó que conoce a la actora, hace más de 30 años, que le ha ayudado a la señora Emperatriz, mamá de la actora, a construir su casa; que en la casa vivía la señora Emperatriz, la demandante y su hija Nubia Audelis, que ésta última era vendedora, que la actora trabaja en casas de familia, que Nubia y la actora iban al mercado juntas y Nubia era la que pagaba, que a veces también le daba 50 o 70 mil pero no sabe para qué, que no tenía pareja ni tuvo hijos; que le pagaban arriendo a la señora Emperatriz, que cree que eran 150 mil; que no sabe si le daba elementos de aseo u otros diferentes y que en los últimos momentos estuvo pendiente la actora.

De conformidad con lo anterior, es menester recordar que quién dice ostentar la calidad de beneficiario de la prestación de sobrevivientes tiene que encontrarse subordinado o supeditado de manera cabal al ingreso que le brindaba en este caso el causante para salvaguardar sus condiciones mínimas de subsistencia y así demostrarlo.

Al respecto, la jurisprudencia Constitucional ha dicho que para poder acreditar la dependencia económica no es necesario demostrar la carencia total y absoluta de recursos -propios de una persona que se

encuentra en estado de desprotección, abandono, miseria o indigencia- sino que, por el contrario, basta la comprobación de la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los beneficiarios obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna y así lo ha dejado sentado la Corte Constitucional en sentencia T-479 de 2008.

Del anterior recuento probatorio debe manifestar esta Sala de Decisión que, en el presente caso se encontraron serias contradicciones que no permiten establecer si efectivamente la actora dependía o no de la ayuda que le brindaba su hija fallecida, nótese que en el propio interrogatorio de parte la actora dejó ver que no existe certeza si quiera, si la señora Nubia Lara vivía bajo el mismo techo de la actora, ya que en los hechos de la demanda, así como al inicio del interrogatorio señaló que convivían en una misma habitación en la casa de su abuela, señora Emperatriz, pero posteriormente señaló que una vez falleció su hija debió volver a vivir con su señora madre y no pudo explicar en qué momento dejó de vivir con ella.

Aunado a lo anterior, la testigo María Presentación Boyacá, también señaló que la señora Nubia no vivía con la actora al momento de su fallecimiento, sino en la casa de un tío.

Igualmente y en relación con los ingresos la actora en la investigación realizada por la demandada indicó que la señora Nubia solo le ayudaba con \$50.000.00 mensuales, que vivían con en hermano y en interrogatorio de parte señaló que eran \$200.000.00 y que vivían solas, aunado a lo anterior, la otra hija de la actora señaló en la investigación también le brindan ayudas económicas a la actora para su sostenimiento y este aspecto fue desconocido por los testigos y la parte actora en el presente proceso.

De con conformidad con lo anterior, para esta Colegiatura fue acertada la decisión de la Juez de primer grado, ya que, si bien la economía de la actora disminuyó, ante la falta del aporte económico de la causante, si éste existió, ya que se reitera, no se tiene certeza de la ocurrencia de

ello, lo cierto es que no se dejó a la promotora del proceso, en condiciones precarias, de las cuales pueda predicarse o demostrarse merma alguna.

Así las cosas, no desconoce esta Colegiatura que el requisito de la dependencia económica no debe ser total y absoluto, sin embargo, no se demostró esta exigencia respecto de su hija fallecida, por lo que se hace necesario confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en alzada-

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del C.P.L. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALBA LUCIA CUASALUZAN
NASTACUAS VS MARIA REINALDA VARGAS ZAMBRANO RAD N° 10-
2017-351-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

La señora **ALBA LUCIA CUASALUZAN NASTACUAS** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **MARIA REINALDA VARGAS ZAMBRANO**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia y previa declaración de existencia de un contrato de trabajo, terminado en forma unilateral y sin justa causa, se le condene a pagar prestaciones, vacaciones, indemnización por despido injusto y en estado de embarazo, sanción moratoria, intereses a las cesantías, intereses e indexación. (fls 44 a 5, subsanación fls 60 y SS).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones y en síntesis, manifiesta que empezó a laborar el 24 de marzo de 2014, en el cargo de mesera, y con un salario de \$36.000 diarios, de domingo a domingo, que el contrato se mantuvo hasta el 5 de agosto de 2014, que el 8 de agosto de ese año le fue terminado el contrato sin justa causa, que al momento de la terminación del contrato le fue terminado sin justa causa, contrariando el art artículo 240 del CST, que el 6 y 7 de agosto tenía incapacidad, que no le fueron pagadas, que no fue afiliada al sistema de seguridad social, que se

intentó sin éxito conciliación ante el Ministerio de Trabajo. (fls 44 al 52, subsanación fls 60 y siguientes).

La demandada, contestó la demanda y se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó que la demandante laboró para ella, pero en otras fechas y con otro cargo y salario. Afirmó que no despidió a la actora y que dijo no conocer su estado de embarazo. Agregó que fue la demandante quien abandonó su sitio de trabajo y que no pudo realizar la afiliación al sistema de seguridad social porque la demandante no aportó los documentos. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato. (fls 100 al 107).

Tramitada la primera instancia, la Juez Décima Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintisiete (27) de mayo de 2020, por la que resolvió **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo del 4 de mayo de 2014 al 4 de agosto del mismo año, con un salario de \$720.000, más auxilio de transporte y que no existió despido sin justa causa. **CONDENÓ al pago de prestaciones, vacaciones, indemnización moratoria y aportes. ABSOLVIÓ** de las demás pretensiones de la demanda. (fls 124 y 125).

La Juez para llegar a su decisión y en síntesis afirmó: *“...señaló que lo primero a establecer es la existencia del contrato en las fechas indicadas en la demanda y en caso afirmativo estudiar las pretensiones de la demanda. Describió las pruebas, acta del Ministerio, historia clínica, acta de no conciliación, registro civil de nacido vivo, copia de depósito judicial, liquidación, carta de liquidación, así como las a declaraciones que fueron decretadas, interrogatorios de parte. Testimonio de Yenis Esther Barraza y Rosalba Sarmiento e Isabel Mendoza, se desistió de otros testigos a más que fueron limitados. Dijo que teniendo en cuenta estas pruebas, como el interrogatorio de parte de la demandada, en donde describió contrato, salario y horario, afirmando que le consignó lo que le debía y que no sabía donde vivía, que no sabía que estaba embarazada y que no le avisó de la consignación porque no tenía donde ubicarla, que la demandante no iba a trabajar porque tenía que cuidar los niños, que abandonó el trabajo, que se enteró que estaba embarazada en la citación del Ministerio, que le ofreció que siguiera trabajando y que dijo que no, que solo el día de la citación supo*

los datos de la demandante y que no sabe las fechas en que fue al médico. Luego se refirió al interrogatorio de parte de la demandante en la que afirmó que iba a entregar la constancia médica, luego de la incapacidad y que no la recibieron y que no es cierto que le dijeron que se reintegrara, que dejó de laborar el 7 de agosto, que fue a urgencias y le dieron incapacidad, que nunca volvió a llamar para que le pagaran, que su hijo nació en enero de 2015. En cuanto a la testigo Yenis Barraza, dijo haber sido empleada de la demandada, señaló que no recuerda la fecha exacta en que dejó de trabajar la demandante que era cocinera y que le pagaban \$30.000 y que lo sabía porque se lo dijo la demandante, afirmando después que había presenciado que le pagaban esa cifra, que todas salían a la misma hora, que se enteró que la actora estaba embarazada después, porque dejó de ir cuatro días y que la demandada había conseguido otra persona para que cocinara, que no sabe las fechas en que la demandante fue al médico y que no le consta que no la hubieran dejado entrar a trabajar porque no estaba presente, que no se acuerda de si la demandante entregó la hoja de vida, pero que no le preguntaron la dirección y que no sabe si volvió a reclamar prestaciones, que escuchó del embarazo de la actora en una charla en la cocina. En cuanto a la testigo Rosalba Sarmiento quien en la fecha de la audiencia manifestó trabajar para la demandante, desde hace 14 años, que la demandante inició en mayo de 2014, que todas ganaban el mínimo y les pagaban diario que no sabía del embarazo de la actora y que nunca volvió a trabajar y que a la demandante la recomendó alguien de un Fruver cercano y ahí la preguntaban cuando no iba, porque no sabían dónde vivía, que no sabe por qué? la demandante no volvió, que no se acuerda del salario de la actora, pero si sabe que pedía permisos y que decía que era por sus hijos, que no se contrató a nadie para remplazarla y que la señora Yeni si trabajó allá. Se recepcionó también la declaración de Isabel Mendoza, quien dijo ser amiga de la demandada, que no sabe en qué fecha entró a trabajar la demandante que cree que el salario era de \$20.000 que no supo del embarazo de la actora porque que no se notaba, que no cumplía con el horario de trabajo y que lo sabe porque a veces llegaba en la mañana y la preguntaba y no estaba.

Luego de describir las pruebas citó las normas pertinentes del CST artículos 22 23 y otros, así como las relativas a la carga de la prueba previstas en las normas procesales y afirmó que no hay discusión sobre la existencia del

contrato, que se aceptó desde la contestación y también en el interrogatorio en donde se confesó que la actora laboró desde el 4 de mayo de 2014 y hasta agosto. Dijo que los extremos si fueron discutidos, que la demandante afirma unos, la demandada otros y la testigo Yeni Barraza otro de inicio, sin recordar la fecha en que entró a trabajar. Afirmó la Juez que analizando las pruebas y en relación a las fechas que se dan, no son claros los testigos, no dan certeza, pierden credibilidad, se contradice la señora Barraza, testigo de la actora, con lo que la misma demandante dice, pues la actora afirma que solo después de la incapacidad iba a informar el embarazo, mientras que la testigo asegura que en una reunión se comentó, en cuanto al salario afirma que solo sabía lo que la demandante le decía y luego que vio lo que le pagaban y la cifra también es diferente, pues la testigo dice que eran \$30.000 y la demandante dice que \$36.000, recuerda la testigo que llegó en marzo, lo recuerda bien, pero la fecha en que se fue curiosamente no. La otra testigo señala la Juez también presenta contradicciones y falencias, pues si bien recuerda cuando empezó a laborar la actora, no se acuerda cuando entró ella, siendo esto elemental cuando está vigente el contrato. **Entonces, asegura realmente no hay una fecha fehaciente que se desprenda de estas pruebas por lo que no le queda otro camino que establecer por confesión y dado lo afirmado por la demandada que el contrato inició el 4 de mayo de 2014, ya que si bien es cierto en el interrogatorio de parte la demandante dijo que empezó el 24 de marzo, esto es solo su dicho, no puede beneficiarse con sus afirmaciones, mientras que la demandada si confesó la fecha que se tendrá como acreditada, se itera el 4 de mayo de 2014. En cuanto a la de retiro la demandante en el interrogatorio de parte dijo que el 7 de agosto tuvo que ir al médico porque estaba presentando sangrado y que le dieron 3 días de incapacidad y que luego como a los cuatro días regreso, es decir el 11, mientras que en la demanda dice que fue el 8. También dice la actora que el último día que laboró fue el 6 de agosto, los testigos no saben de esta fecha y la demandada dice que hasta el 4 de agosto. Entonces la Juez analizó la historia clínica y allí encuentra que fue atendida el 6 de agosto y también una incapacidad, pero en la historia clínica no se deja constancia de la incapacidad, pero si aparece una a folio 16 con inconsistencias porque no se sabe el mes el número no es claro y no coincide con los días de incapacidad que son dos y que inician el 6, luego no es cierto que laborara el 6 porque estaba**

incapacitada y tampoco es cierto que haya ido al médico el 7 porque ese día ya estaba incapacitada. Al no existir certeza del dicho de la demandante, porque los testigos tampoco saben, lo único que se tiene es la confesión de la demandada esto es que la actora laboró hasta el 4 de agosto de 2014 y esa entonces la fecha de finalización del contrato,

Luego de declarar la existencia de ese contrato, en esas fechas la Juez determinó el salario, encontrando que, al no existir tampoco claridad al respecto, tomó lo afirmado por la misma actora, esto es que era de \$720.000, más \$72.000 de auxilio de transporte. Acto seguido dijo que, aunque hay un deposito no hay prueba de que se le hayan pagado las prestaciones y vacaciones, no hay carta de comunicación y cobro del mismo, luego condenó al pago de las sumas indicadas en la sentencia luego de hacer la liquidación. En cuanto al indemnización moratoria citó el art 65 del CST, las sentencias de la Corte sobre la buena o mala fe que dan lugar a la sanción y revisando el comportamiento de la demandada concluyó que a pesar del acta de reparto y de la consignación de las sumas que, sí corresponderían a lo adeudado, lo claro es que la misma demandada no sabe, si se ha cobrado el título y no hay un documento que certifique que se le informó a la actora de la consignación. Ahora sobre el argumento de no conocer donde vive la actora porque se la recomendaron en un negocio cercano, dijo la Juez que lo claro es que en diciembre se llevó una audiencia en el Ministerio y al preguntársele a la demandada si había leído el acta, dijo que sí y en la firma de ese documento estaba la dirección de la actora, y si bien no es la misma que la actora dio en el interrogatorio, si hubiese sido tanta la diligencia para pagar solo tenía que pedir una copia en el Ministerio y por lo menos haberlo intentado así estuviese errada la dirección, por lo menos hubiese dado muestra de su buena fe si hubiera intentado el informe. Además, agregó la Juez que una de las testigos dijo que siempre la preguntaban en el fruver y que allí le dieron un teléfono pero que la actora no contestó, pero en ningún momento señaló haberle preguntado a la señora Yenis que dijo saber la dirección de la demandante, es decir no hay prueba de que se hubiese intentado avisar a la actora del pago, no se logró demostrar la buena fe, tanto es así que la consignación fue el 3 de febrero del 2015, al año siguiente, agregando que en la conciliación se le ofreció el pago y la demandante no quiso recibir; pero eso dice la Juez, no fue lo que se expresó en el acta en donde se dice que es que el pago era diario e incluía prestaciones, pero

*tampoco se le preguntó entonces a la trabajadora los datos para consignarle por tanto, al no estar demostrada la buena fe condenó al pago de la sanción moratoria. Agregó que como el título no está a ordenes del despacho y no hay certeza de retiro por la actora y si se retira se deben imputar a las sumas a las que se condena. En cuanto al despido citó las normas relativas a la maternidad y sentencias de la corte de radicados 10993 18493 29016 40283, en las que se destaca que el empleador debe conocer el estado de embarazo por cualquier medio, pues este conocimiento tiende a garantizar la eficacia de la protección, y solo desde que quedan advertidos del mismo opera la protección. Se apoya también en la SU 070 de 2013 de la Corte Constitucional en donde se indica que la protección a la maternidad implica para que opere el conocimiento de tal estado por parte del empleador. La falta de conocimiento de ese estado por el empleador genera una protección más débil y aunque la protección no se deriva en si del mismo si del análisis de otras circunstancias. Afirmó entonces que en este caso en primer lugar se debía probar el despido y si existió si estaba notificada la circunstancia, concluyendo que no se probó y para ello acude a lo afirmado por la actora y los testigos de nuevo de los que no puede extraer prueba alguna. Solo existe el dicho de la trabajadora, pero ninguna prueba del despido y menos aún del segundo supuesto esto es de haber notificado o informado el embarazo, para lo que acude nuevamente al interrogatorio y las declaraciones las que encuentra incongruentes, sin que el embarazo tampoco fuera evidente dadas las fechas de las citas médicas y la confirmación del embarazo. Al no existir prueba **del despido**, carga que le correspondía a la demandante, absolvió de lo solicitado por estos conceptos de indemnización por despido y maternidad. En cuanto a los aportes, según los artículos 17 y 22 de la ley 100 de 1993, es obligación de empleador hacer la afiliación y descuentos y como quiera que no hay prueba de haber sido cumplida esta obligación por la demandada, condenó al pago de los mismos. En cuanto a aportes de salud dijo que en este momento ya serían inocuos y absolvió por esta razón de ese concepto y de intereses afirmando que no son procedentes ante la moratoria y para prestaciones y si es por aportes se incluyen en el pago. Absolvió de indexación ante la moratoria y solo la ordenó para vacaciones ya que para esta no procede la sanción...”*

Inconforme con esta decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso así: “...contrario a lo dicho en la sentencia la demandada siempre

acto de buena fe prueba de ello es la liquidación que se depositó en un juzgado, le ofreció incluso reintegrarla y eso fue rechazado, por las intenciones de la demandante, las pruebas dan prueba del cumplimiento de las obligaciones de todas y cada una de ellos y eso disiente las pretensiones, ningún reparo mereció a la actora la liquidación que se aportó con la contestación de la demanda. Señala que el artículo 65 del CST, contempla de manera subjetiva el principio de buena fe desarrollado por la jurisprudencia y si se comprueba debe exonerarse de la sanción. Cita sentencia de la corte diciendo que la buena fe existe cuando se actúa con lealtad y transparencia, es la convención de creer que no debe, es creer que actúa honestamente, sin creer que adeuda nada, por ello se procedió a consignar dado que la demandante no regresó a laborar no comunicó el embarazo. Basta para deducir las intenciones de la actora, observar que el poder que firmó a su apoderada es del 4 de mayo de 2016 y solo demanda en 2017 con la sola intención de obtener mayores valores, la demandante actuó de manera honesta, pero desafortunadamente no pudo informar y eso no puede demostrar un acto deshonesto de la demandada...”

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, las partes no se pronunciaron al respecto.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá el recurso de apelación, en su único punto esto es la sanción moratoria, pues para ninguna otra de las condenas, fue presentado argumento alguno, más que la afirmación de haberlas cumplido, lo que evidentemente no sucedió, aspectos que fueron analizados juiciosamente por la Juez no solo con base en la documental aportada sino en las demás pruebas, esto es interrogatorios de parte y declaraciones de terceros.

De la indemnización moratoria

Sea lo primero precisar, que de acuerdo con lo establecido por con la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, para que pueda

condenarse a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T, se deben observar los siguientes aspectos: i) Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer; ii) en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago; iii) puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y; iv) en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.

En el presente asunto efectivamente existió una mora en el pago de los salarios y prestaciones de la trabajadora demandante, tal como lo verificó la juez de primera instancia, pues estas debieron entregarse a la terminación del contrato y si como afirma la recurrente la demandada no podía ubicar a la trabajadora, debió no solo consignar en forma oportuna y siguiente a esta terminación, sino demostrar que hizo todas las gestiones para ubicar a la demandante.

Ahora en cuanto a la justificación de la mora o el posicionamiento de la demandada dentro del terreno de la buena fe, no puede compartir la Sala, lo afirmado por la recurrente cuando dice que esta se limita a lealtad y a considerar que no adeudaba nada, pues es la conducta la que debe analizarse, no simple afirmaciones o conclusiones extraídas de sentencias como las que citó, de la sala civil de la Corte Suprema, porque la buena fe en este caso y como ya se dijo debe ser probado por el empleador demostrando que sus actuaciones irradian buena fe, lo que no pasó en este caso toda vez, que la Juez no encontró una sola prueba que así lo indicara. Que desconocía la dirección de su trabajadora, omisión al contratarla que no puede conducir a exonerarla de esa obligación de vincular a sus trabajadores con todos los requisitos, incluidos el exigir hoja de vida, identificación etc, todo con el fin de cumplir con la ley, entre otras con la afiliación a seguridad social, lo que tampoco hizo. Pero aun aceptando que esta omisión no puede conducir a la sanción, tampoco hizo nada la demandada para procurar conseguir los datos. Nótese que solo consigna el 3 de febrero de 2015, según se observa del reparto a juzgados (fl 108), cuando en diciembre de 2014, pudo obtener

la dirección de la demandante o por lo menos como señaló la Juez tratar de informarle a la dirección que dejó consignada en la diligencia de conciliación fallida ante el Ministerio de Trabajo, o a la que ella señaló al juez en la comunicación con la que radica el título (fls 112 y 113) y en la que expresa una última dirección conocida.

-

De manera que el argumento de la recurrente y con el que considera demostró su buena fe, quedó por el contrario desvirtuado.

Y es que olvida la recurrente; -aunque lo indicó la Juez en su providencia -, que no basta con consignar para que un empleador quede exonerado de la indemnización moratoria, así lo ha expresado la corte reiteradamente, por lo que conviene citar la sentencia SLO14 -2020 Rad 66324 de enero 22 de este mismo año, MPMARTIN EMILIO BELTRAN QUINTERO en la que al respecto se expresó:

(“...)

Finalmente, si bien a folio 428 y 429 milita la constancia de un depósito judicial realizado por la accionada a favor del actor, por la suma de \$29.263.586, que corresponde a un pago por consignación por concepto de reajuste de prestaciones sociales, documental a la que no aludió el Tribunal, encuentra que tal falta de análisis tampoco conlleva un error de hecho ostensible, pues de tal documental no es posible inferir que el demandante pudo hacer efectivo dicho pago en forma oportuna.

Sobre este tópico la Sala se pronunció en la sentencia CSJ SL4400-2014, rememorando las providencias CSJ SL 2264, 29 jul. 1998 y la CSJ SL 28090, 20 oct. 2006, para lo cual expresó:

1º) Sobre el pago por consignación.

En sentencia CSJ SL del 29 jul 1988, rad. 2264, la Corte recordó el sendero que hay que recorrer para que una consignación judicial sea plenamente válida en relación con el trabajador reclamante, de la siguiente manera:

El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.

Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante” (Sentencia 11 de abril de 1985).

Y en providencia CSJ SL del 20 oct 2006, rad. 28.090, la Sala dispuso: Importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.

Ahora bien, se itera, la sanción moratoria fue el único aspecto reprochado por la demandada, y resulta claro que la demandada no pudo demostrar la buena fe. No obstante, la Sala modificará la decisión, pues la forma en que fue impuesta no sigue los lineamientos ni de la jurisprudencia antes citada ni de aquella que claramente ha definido la forma en que se impone.

En cuanto al primer aspecto resulta claro que la indemnización moratoria solo puede ir hasta el momento en que por cualquier medio el trabajador conoce la consignación; o en palabras de la corte cuando es notificado al respecto. En este caso, sin duda lo fue cuando al contestar la demanda, se aportó al proceso, no solo el título, sino la comunicación al Juez de reparto, en la que expresamente se indica que se autoriza el pago del depósito. En ese momento y al ser conocido por su apoderado la demandante quedo informada y notificada del pago y además desde ese momento pudo acudir a retirarlo y cobrarlo, dada se itera, la autorización de cobro lo que implica que no tenía restricción alguna.

De otra parte, en este caso resulta claro; -y así lo recordó la recurrente- la demanda fue presentada, el 9 de junio de 2017 (Ver fl 53 hoja de reparto), esto es más de 24 meses después a la finalización del contrato, lo cual tuvo lugar el 4 de agosto de 2014, luego la indemnización moratoria solo equivale a intereses moratorios, tema este ya definido por la Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencias siendo válido citar la SL 2805-

2020 Rad 76988 del 8 de junio de este mismo año MP JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN, en donde se recordó lo dicho al respecto así:

“ (...)”

Así lo ha establecido esta Sala de la Corte al fijar la interpretación correcta de la referida norma, en los siguientes términos:

Esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 36577, reiterada en las CSJ SL, 3 May 2011, Rad. 38177 y CSJ SL, 25 Jul 2012, Rad. 46385, fijó su criterio sobre la sanción prevista por la norma pretranscrita, en los siguientes términos:

En este caso es un hecho no discutido que la relación laboral de la demandante terminó el 31 de diciembre de 2003, de tal suerte que, como lo afirma la censura, para ese momento ya se encontraba rigiendo el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que introdujo una modificación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Según aquella norma, luego de que fuera parcialmente declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C781 del 30 de septiembre de 2003, que retiró del ordenamiento jurídico las expresiones “o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial”, la indemnización por falta de pago, en lo que aquí interesa, quedó regulada de la siguiente manera:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique”.

La anterior disposición, según el párrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.

No obstante, las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo.

Así lo ha establecido esta Sala de la Corte al fijar la interpretación correcta de la referida norma, en los siguientes términos:

Esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 36577, reiterada en las CSJ SL, 3 May 2011, Rad. 38177 y CSJ SL, 25 Jul 2012, Rad. 46385, fijó su criterio sobre la sanción prevista por la norma pretranscrita, en los siguientes términos:

En este caso es un hecho no discutido que la relación laboral de la demandante terminó el 31 de diciembre de 2003, de tal suerte que, como lo afirma la censura, para ese momento ya se encontraba rigiendo el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que introdujo una modificación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Según aquella norma, luego de que fuera parcialmente declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C781 del 30 de septiembre de 2003, que retiró del ordenamiento jurídico las expresiones “o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial”, la indemnización por falta de pago, en lo que aquí interesa, quedó regulada de la siguiente manera:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique”.

La anterior disposición, según el párrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.

No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a

la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción del vínculo jurídico. (Subrayas fuera del texto).

En consecuencia, se modificará la condena impuesta por la Juez, condenando a la demandada MARIA REINALDA VARGAS ZAMBRANO, a pagar a la demandante intereses moratorios, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, desde que se terminó el contrato, esto es 4 de agosto de 2014 y hasta la fecha en que quedó ejecutoriado el auto que dio por contestada la demanda, esto es tres días después a la fijación en el estado, lo que tuvo lugar el 18 de mayo de 2018 (Ver fl 117); pues en ese momento se conoció la existencia del depósito judicial, es decir la demandante se enteró o notificó de esa consignación; cifra indeterminada pero determinable al momento del pago.

Se confirma la sentencia en todo lo demás y tal como señaló la Juez la suma consignada debe ser descontada del valor de las condenas, para evitar así un enriquecimiento sin justa causa.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada, únicamente en lo relativa a la condena la cual quedará así: **CONDENAR** a la demandada MARIA REINALDA VARGAS ZAMBRANO, a pagar a la demandante ALBA LUCIA CUASALUZAN NASTACUAS intereses moratorios, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, desde que se terminó el contrato, esto es 4 de agosto de 2014 y hasta la fecha en que quedó ejecutoriado el auto que dio por contestada la demanda , esto es tres días después a la fijación en el estado, lo que tuvo lugar el 18 de mayo de 2018; de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del **C P del T y la S S**.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 09-2018-271-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ERIKA JOHANNA MORENO
DEMANDADO: COLFONDOS S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, no fueron allegadas.

ANTECEDENTES

La señora ERIKA JOHANNA MORENO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que tiene derecho en forma vitalicia al reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente prevista en los artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente Wilson Beltrán, en cuantía inicial del 50%; como consecuencia de tal declaración, peticona se condene a la demandada a reconocerle dicha prestación a partir del 29 de

noviembre de 2016, en cuantía del 50%, junto con intereses moratorios e indexación. (fls. 43 y 44)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició una unión marital de hecho con el señor Wilson Beltrán el 7 de diciembre de 2003, de dicha unión nacieron 3 hijos, que el señor Wilson, falleció el 29 de noviembre de 2016; que como consecuencia de dicho fallecimiento reclamó la pensión de sobreviviente ante el fondo demandado en nombre propio y en representación de sus hijos menores, que la demandada, el 15 de agosto de 2017, aprobó una pensión de sobreviviente como consecuencia del fallecimiento del señor Wilson a favor de sus menores hijos en un 16.6% para cada uno; no obstante, dispuso suspender el pago del 50% de la mesada pensional, señalando que no existía certeza respecto del requisito de convivencia.

Afirma que convivió con el señor Wilson de manera ininterrumpida desde el 7 de diciembre de 2003 y hasta la fecha de su fallecimiento, esto es, por espacio de 12 años, 11 meses y 23 días y en vigencia de dicha relación marital, nunca se presentó separación de cuerpos, que el causante, la tenía como beneficiaria en servicios funerarios, figurando como cónyuge, de igual manera, era beneficiaria de este en el sistema de salud y en la caja de compensación familiar a la que este se encontraba afiliado. (fls.45 y 46)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 3.1 a 3.6, negó el No. 3.7 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de intereses moratorios, prescripción y buena fe. (fl.110)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento condenó a la demandada a pagar a favor de la demandante pensión de sobreviviente en cuantía del 50%, con ocasión del fallecimiento del señor Wilson Beltrán, a partir del 29 de noviembre de 2016, junto con indexación y absolvió a la demandada de las demás pretensiones. (fl.134)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que no había controversia respecto a que el señor Wilson Beltrán había dejado derecho pensional, como que procreó 3 hijos con la demandante, cuestiones que fueron aceptadas por la demandada en sus comunicaciones respecto de la pensión reclamada; que era un hecho demostrado la fecha de fallecimiento del causante, 29 de noviembre de 2016, por lo que el régimen legal aplicable para el reconocimiento de la prestación reclamada era el previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, debiendo la demandante acreditar un tiempo de convivencia mínimo de 5 años previos al fallecimiento del causante; convivencia que había sido definida por la Corte Suprema de Justicia y siendo que la demandada había señalado que tal convivencia no había sido demostrada por cuanto la madre del causante, había indicado en la investigación allegada al plenario, que su hijo no había hecho unión marital con nadie; habiendo lugar a estudiar tal convivencia, al respecto en el expediente administrativo, se encontraban declaraciones extra proceso rendidas por los señores Cristian Aricapa y Sergio Castellanos, quienes señalaron que la pareja conformada por la demandante y el causante, convivían como pareja desde el año 2004, compartiendo lecho, techo y mesa de manera ininterrumpida hasta el deceso del señor Wilson.

Aunado a lo anterior, en el interrogatorio rendido por la demandante, esta había señalado que convivió con el señor Wilson por espacio de 14 años, desde el año 2003, hasta el fallecimiento del señor Wilson, en la casa de los papás de este, indicando que esta era como un inquilinato, que al principio ocuparon una habitación y posteriormente en un apartamento compuesto por dos habitaciones, sala comedor y cocina, que conoció a la madre del causante y sabe de la declaración que esta rindió ante Seguros Bolívar, argumentando que la madre del causante, no quería que la pensión de su hijo, quedara para ella y para sus hijos; la testigo Martha Lugo, rindió

testimonio y señaló que conoció a la demandante desde el año 2003, data para la cual, era novia del señor Wilson; señaló que le constaba que la pareja convivió en la casa de propiedad de los padres del causante, en un apartamento, no separándose desde que iniciaron convivencia, que procrearon 3 hijos y que el señor Wilson, falleció por leucemia; la testigo Evelyn Gamba, señaló conocer a la demandante hace aproximadamente 14 años, cuando convivía con el señor Wilson, que procrearon 3 hijos, que compartían reuniones sociales, por lo que le consta que no se separaron y vivían en un apartamento dentro de la casa de los padres de Wilson y el señor Édgar Moreno, hermano de la demandante, señaló que conoció a Wilson como novio de su hermana, que al poco tiempo se fueron a vivir juntos, que no se separaron hasta la fecha del deceso del señor Wilson.

Conforme lo anterior, señaló la juez de primer grado que se encontraba acreditaba la convivencia de la demandante con el causante fallecido, por espacio superior a 5 años, pues tan solo bastaba tener en cuenta la fecha de nacimiento del a hija menor de la pareja, encontrándose dentro del interregno de convivencia señalado en la Ley, sin que la simple manifestación de la madre del causante, llevara a desestimar tal convivencia, cuando no se acreditó que ella haya ejercido petición alguna para acceder al derecho pensional como consecuencia del fallecimiento de su hijo; contrario a ello, las pruebas vertidas durante el trámite procesal, esto es, las testimoniales y las declaraciones obrantes en expediente administrativo, eran consecuentes y conducentes en señalar la convivencia como pareja de la demandante y el causante desde el año 2004 y hasta la fecha de fallecimiento de este; no pudiéndose aceptar la tacha respecto del testigo Édgar, pues las afirmaciones de amigos y familia de los sujetos procesales, son quienes tienen mayor conocimiento de las condiciones de vida de estos, a su turno, se había probado que el causante, le había dado el tratamiento a la demandante de compañera permanente, lo que se corroboraba con constancia de afiliación a seguro funerario y al sistema de salud.

Todo lo anterior indicaba que la demandante, cumplía con los requisitos de la normatividad aplicable para que le fuera reconocida pensión de sobrevivientes, a partir de la fecha de fallecimiento del señor Wilson, en proporción del 50% en calidad de compañera permanente de este y en la forma como fuesen pactadas las mensualidades en razón a ser un retiro

programado, sumas que la demandada, debía indexar al momento de su pago y acrecentar el porcentaje cuando los hijos de la pareja llegaran a la mayoría de edad y no dependieran económicamente de la prestación.

En cuanto a los intereses moratorios, indicó que no había lugar a condenar a la demandada a su pago, por cuanto conforme a la comunicación del 12 de enero de 2018, la demandada fundamentó su negativa en reconocer derecho pensional debido a la duda razonable que tenía respecto del requisito de convivencia y sólo en sede judicial, se había acreditado dicha convivencia.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el Fondo demandado señaló que existía una duda razonable sobre la convivencia de la actora con el causante y la documental allegada al plenario que no fue objeto de tacha, entraba en contradicción con lo señalado por el Despacho, en cuanto indicó que la convivencia se encontraba acreditada, ya que el nacimiento de una hija, no daba plena prueba respecto del requisito de convivencia, aunado a que la madre del señor Wilson, había señalado que la demandante, no convivía con ella, no sólo cuando se realizó la investigación sino que también lo afirmó en declaración extra procesal y esa era la declaración que no daba certeza de la convivencia alegada.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la entidad demandada y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la sala determinará si la demandante, acreditó la dependencia económica respecto del causante Wilson Beltrán.

No fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Wilson Beltrán, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 29 de noviembre de 2016, como se observa de certificado de defunción allegado al plenario (fl. 9).

Como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, en esta oportunidad, la Ley 797 de 2003, normatividad que exige en su artículo 13, que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia el cónyuge o compañero permanente o supérstite del pensionado que acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

En el presente, la demandante alega haber sido la compañera permanente del causante, por lo que conforme la normatividad aplicable, es menester a efectos de obtener la sustitución pensional deprecada la demostración de haber convido con el señor Wilson, 5 años inmediatamente anteriores a su deceso. Al respecto, durante el trámite procesal, la demandada, allegó declaraciones extraprocesales que fueran llevadas por la demandante durante el trámite de investigación de convivencia y rendidas por los señores Sergio Castellanos y Fabián Aricapa, visibles de folios 91 y 93 vto. del plenario, las que tienen la vocación de testimoniales, como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia radicado No. 77442 del 22 de enero de 2020, M.P. Jorge Luis Quiroz, indicando en ese sentido:

Las demás pruebas que la censura refiere como calificadas y apreciadas erróneamente (declaraciones extra juicio), constituyen manifestaciones rendidas por terceros al margen del trámite judicial, de suerte que no pueden recibir un trato distinto al de cualquier testimonio.

Conforme lo señalado en precedencia, se observa que las declaraciones a que se alude coinciden en afirmar que la demandante y el afiliado fallecido, convivieron bajo el vínculo de unión marital de hecho desde el año 2004 y hasta la fecha de fallecimiento del señor Wilson, tiempo durante el cual, compartieron techo, lecho y mesa y procrearon 3 hijos; aunado a lo cual, como bien lo señaló la decisión de primer grado, las testimoniales vertidas durante el trámite procesal, señores Evelyn Gamba, Magda Lugo y Édgar Moreno, fueron coincidentes con lo señalado por quienes rindieron declaraciones extra procesales mencionadas, como quiera que al unísono dieron fe de la convivencia de la demandante como compañera permanente del afiliado fallecido, que inició para el 2004, conviviendo en un apartamento dentro de la casa de los padres del señor Wilson Bernal, tiempo durante el cual, no se separaron por ninguna causa, hasta la fecha del fallecimiento del señor Wilson, dando fe igualmente de la existencia de los 3 hijos de la pareja.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por la recurrente, la fecha de nacimiento de la hija menor de la pareja, no es lo que da cuenta del tiempo de convivencia exigido por la normatividad en aplicable para el caso bajo estudio, sino que el caudal probatorio recaudado, lleva a concluir que la demandante ostentaba la calidad de compañera permanente respecto del señor Wilson Bernal desde el año 2004 y hasta su fallecimiento y si bien, obra declaración vertida por la madre del señor Wilson, en la que indicó que su hijo, no hacía vida de pareja con la demandante y esta fue la duda razonable para negar el reconocimiento pensional por parte de la demandada; dicha duda razonable se disipó con las pruebas allegadas al plenario, pues se itera, las testimoniales vertidas extra proceso y durante el trámite procesal, así como las documentales contentivas de afiliación al sistema de seguridad social en salud y seguro funerario, dan cuenta que la demandante, ostentaba la calidad de compañera permanente del actor, conviviendo con este desde el año 2004 y hasta la fecha de su fallecimiento que tuvo lugar el 29 de noviembre de 2016, tiempo superior a los 5 años requeridos por la normatividad aplicable, debiéndose **confirmar** la sentencia de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA LUCIA VIVAS
ALARCON VS STS TELEMEDICINA SAS Y OTRO RAD N° 18-2016-568-
02**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), pprevia deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

La señora **MARTHA LUCIA VIVAS ALARCON**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demandada en contra de **STS TELEMEDICINA SAS EN LIQUIDACION** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de mayo de 2014 hasta el 20 de marzo de 2015, el cual terminó por renuncia de la demandante. En consecuencia, solicita el pago de prestaciones, vacaciones, intereses a las cesantías, aportes, salarios, indemnización moratoria por falta de pago y por falta de acreditar a la finalización del contrato pago de parafiscales, indexación extra y ultra petita y costas del proceso. (fls 2 al 11)

Mediante reforma a la demanda se incluyó como demandada a **SALUDVIDA SA EPS** , para que respondiera en forma solidaria. (fls 61 y SS).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta en síntesis que el 12 de mayo de 2014, entre la demandante y STS TELEMEDICINA SAS, se celebró un contrato a término indefinido, en el

cargo de coordinadora de servicios de salud, que el salario pactado fue de \$3.600.000 en jornada de 8:am a 5:30pm, que la forma de pago fue por quincenas vencidas, que durante el contrato no le fueron canceladas prestaciones sociales, ni fueron consignadas las cesantía, que se dejaron de hacer aportes en algunos periodos, así como se dejaron de pagar salarios en los meses de enero a marzo de 2015, que el 20 de enero la demandante presentó renuncia, que la demandante convocó a audiencia de conciliación el 3 de mayo de 2016, en el Ministerio del Trabajo sin que la accionada asistiera. (fls 2 al 11).

A la sociedad **STS TELEMEDICINA SAS EN LIQUIDACION**, se le dio por no contestada la demanda y la reforma a la misma, mediante providencia de octubre 11 de 2017 (fl 97) y adición del 21 de enero de 2019. (fls 161 y SS).

La demandada **SALUD VIDA SA EPS** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y afirmando que no se dan los presupuestos para que opere la solidaridad. En cuanto a los hechos en su mayoría dijo desconocerlos afirmando que son ajenos a la entidad, sin que exista evidencia sobre los servicios prestados a **STS TELEMEDICINA SAS** y menos con exclusividad. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones recamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, prescripción e inexistencia de la solidaridad alegada por el demandante. (fls 119 a 127).

Tramitada la primera instancia, el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, calendada nueve (9) de mayo de 2019, por la que resolvió **DECLARAR** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 12 de mayo de 2014 al 20 de marzo de 2015, concurriendo de forma solidaria **SALUDVIDA SA EPS. DECLARAR** que existe solidaridad de acuerdo con el artículo 34 del C ST, **CONDENAR** al pago de prestaciones, salarios, vacaciones, intereses a las cesantías y sanción moratoria del art 65 del CST, aportes. **ABSOLVIÓ** de las demás pretensiones y **CONDENÓ** en costas. (fls 173 y SS)

Para llegar a esta conclusión en síntesis afirmó la Juez: *“... En el presente proceso se solicita se condene a la entidad demandada al pago de salario del 15 de enero 2015 al 20 de marzo 2015, intereses a las*

cesantías, cesantías, sanción por no consignación de cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes al sistema general de seguridad social, indemnización moratoria, indexación, costas y agencias en derecho.

Así las cosas, el problema jurídico que deberá resolver ese despacho, entonces será determinar si entre la demandante la señora Martha Lucía Vivas y la empresa ST TELEMEDICINA SAS, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre 12 de mayo 2014 al 20 de marzo del año 2015. Verificará el despacho si hay lugar al pago de salario, cesantías, interés de las cesantías, primera de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, moratoria, aportes al sistema general de seguridad social; Así mismo el Despacho entrará a determinar si la EPS SALUD VIDA es o no solidariamente responsables frente a las acreencias solicitadas por la parte demandante. A efectos de resolver el problema jurídico planteado es importante señalar por parte de este juez que debe existir y quedar plenamente demostrada la existencia del contrato de trabajo que resulta ser la fuente o la causa de los derechos laborales ya que demostrados tales extremos resultarían factibles las liquidaciones a que haya por lo que el despacho aborda los siguientes puntos.

De la existencia de la relación laboral. *Es claro primero señalar en este punto que la conducta procesal asumida por la empresa STS TELEMEDICINA SAS en este juicio permitió que se hiciera acreedora a diferentes sanciones procesales tal como se establece en el artículo 77 del Código de Procedimiento del trabajo y la seguridad Social. Es así entonces como ante la inasistencia injustificada del representante legal de dicha empresa a la diligencia interrogatorio de parte, se declaró confesa de la relación laboral existente entre las partes, los extremos de la misma, el salario devengado, el incumplimiento del pago de salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social de conformidad con lo previsto en el artículo 205 del código general del proceso, aplicable por reenvío a esta jurisdicción de conformidad con el artículo 145 del código procedimiento de trabajo y la seguridad social. Aunado a que se tuvo por no contestada la demanda y su reforma tal como se vislumbra en providencia del 11 de octubre 2017 folio 97, adicionado en proveído del 21 de enero 2019 folios 161 a 166. No obstante lo anterior, es sabido que las presunciones antes denominadas, antes descritas perdón, son aquellas denominaciones de tipo legal esto es que admiten prueba en contrario y puede derruirse con el trámite procesal respectivo adjuntando las pruebas correspondientes. De la misma manera el despacho debe señalar que la confusión ficta o presunta frente a las demás pruebas, ha dicho la H. Corte Constitucional en sentencia T-310 del año 2009 Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas lo siguiente “el hecho que el representante del BBVA Colombia no hubiera existido la diligencia interrogatorio de parte se concluye que debe tenerse Por cierto en la falta de desembolso de las sumas objeto de este contrato acerca de esta argumentación precisa la ley que en la norma duda que la no comparecencia del citado a la audiencia la renuncia responder la respuesta se hará presumir como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre las cuales Versan las preguntas asertivas admisibles en su interrogatorio escrito, acerca*

de los efectos de esta presunción la jurisprudencia constitucional ha señalado que se circunscribe aquellas denominadas legales o *Iuris tantum*, esto es que admiten prueba en contrario por lo tanto las consecuencias de la confesión ficta deberán evaluarse a la luz del de la totalidad de los demás medios probatorios que concurren dentro del proceso de manera que se incurrirá en una decisión judicial arbitraria y contraria al derecho fundamental al debido proceso cuando se reconocen las consecuencias de este fenómeno procesar las comprobaciones prácticas dentro del trámite para desvirtuar tal presunción”. De la misma manera la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 15 de agosto de 2002. Rad. 18.041, “que el fallador de alzada hubiera dejado de lado la confesión ficta que operó por la no comparecencia al interrogatorio de parte no estructura ningún yerro factico con el carácter de evidente ya que no puede perderse de vista que dichos hechos admiten prueba en contrario conforme al art. 176 del C.P.C.

De conformidad con lo anterior, señaló que como pruebas se recepcionó el interrogatorio de parte a la demandante, interrogatorio a la representante legal de la demandada SALUD VIDA, se escucharon los testimonios de Santiago Sandoval, Oscar Javier Colmenares y Javier Valdivieso, las cuales analizadas en su integridad, junto con las pruebas documentales allegadas como lo fueron los contratos suscritos entre las partes; **se tiene que en el presente asunto se logra configurar el contrato de trabajo a término indefinido, no solamente porque existe prueba documental del mismo, las certificaciones allegadas al expediente sino también de acuerdo con lo señalado en la confesión ficta y de acuerdo con la valoración señalada en precedencia, por lo que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual se extendió entre el día 12 de mayo 2014 y hasta el 20 de marzo del año 2015, en el cual se desempeñaba la actora como coordinadora de servicios generales y teniendo como última asignación mensual la suma de \$3.600.000.**

De las pretensiones de la demanda señaló que, en cuento al auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones que no existe prueba que indique o en la que conste pago alguno por este concepto, por lo que hay lugar a imponer condena por estas pretensiones, así mismo condenó a la demandada al pago de la indemnización por no pago a las cesantías.

En cuanto a los aportes al sistema general de seguridad social, absolvió a la demandada al pago de los aportes en salud y condenó a la demandada al pago de los aportes en pensiones, señalando que obra a folio 24 constancia de pago de aportes desde el mes de mayo hasta noviembre de 2014, **por lo que ordenó el pago desde el 1 de diciembre de 2014 y hasta el 20 de marzo de 2015.** Igualmente, para realizar este pago deberá solicitar a la AFP COLFONDOS entidad en la que se encuentra afiliada la actora, el cálculo actuarial para tal efecto.

En cuanto a los salarios peticionados, condenó a la demandada al pago de los mismos, ya que en el plenario no obra prueba alguna que

acredite el pago de los mismos, esto es, desde el 15 de enero al 15 de marzo de 2015.

Así mismo condenó al pago de la indemnización moratoria indicando que se declaró la existencia del contrato de trabajo y no se acreditó pago por los conceptos que se reclaman, por lo que la demandada obró de mala fe.

En cuanto a la solidaridad entre las demandadas, indicó que el art. 34 del CST señala los eventos en los cuales se puede declarar dicha figura; que en el presente caso se está en presencia de la responsabilidad solidaria con el beneficiario o dueño de la obra, ya que revisados los certificados de existencia y representación legal y en punto a los objetos sociales de estas empresas, encuentra que existe identidad en el mismo.

Finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Inconforme con esta decisión interpuso recurso la parte demandada SALUD VIDA, así:

„Interpongo recurso de apelación sobre todos y cada uno de los componentes de la sentencia tanto en su parte motiva como su parte resolutive que le resultan desfavorables o adversos a la representa, mi representada SALUDVIDA S.A. EPS motivos de inconformidad con la decisión: **en primer lugar señor juez no se comparte la conclusión a la que arribó el señor Juez al estimar verificada la solidaridad de SALUDVIDA S.A. EPS en el marco del artículo 34 del código sustantivo del trabajo por las siguientes razones: ha sido prolífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que la contrastación del presupuesto establecido en el artículo 34 no se agota con la simple contraposición o yuxtaposición de los objetos sociales de las encargadas en el proceso, así lo dijo entre otras en la sentencia del 11 agosto del 64, en la sentencia el 23 de agosto de 1965, en la sentencia del 23 de septiembre 1960 y en sentencia del 31 de julio de 2000, las cuales se encuentran vigentes en la medida en que no ha habido una variación en torno al mismo, y cuál es el reproche concreto que se le hace al señor juez es que simplemente al encontrar similitud en el objeto social ya eso le resultó suficiente para decir que existía solidaridad, sin detenerse a examinar efectivamente las actividades desarrolladas por la demandante no se marcan dentro de la cuerdo comercial o dentro de la relación comercial que existió entre SALUDVIDA S.A. EPS y la encartada TELEMEDICINA SAS, teniendo en cuenta que tal y como lo encontró probado conforme a los documentales arrojados al proceso, **la señora fungió como coordinadora de servicios de salud de acuerdo con la declaración de los Testigos** incluso los mismos de la parte demandante Santiago Sandoval y Óscar Javier Colmenares la señora demandante cumplía un rol eminentemente administrativo dentro empresa TELEMEDICINA SAS y no del resorte asistencial que era el objeto por el cual TELEMEDICINA Y SALUDVIDA S.A. EPS suscribieron**

los contratos comerciales que fueron adosados al expediente, los cuales lastimosamente no fueron valorados por el despacho allí se señala en dichos documentos que el alcance de dicho de dicha relación comercial consistía en la prestación de los servicios asistenciales de unas especialidades médicas, concreta y claramente señalados en dicho contrato, dentro de las cuales no se marca las que, las funciones que desarrolló la señora Martha Lucía, fueron contestes y coherente los señores Santiago Sandoval y Óscar Javier colmenares indicando que la señora Martha Lucía vivas fungió como representante el empleador ella contrataba los médicos, ella era su jefe inmediato ella simplemente cumplía con labores administrativas, luego no está dentro del marco de la relación comercial que existió entre las partes y es ese precisamente el análisis que debe realizar el operador judicial al momento de valorar los presupuestos del artículo 34 del código sustantivo del trabajo, porque lo que la norma busca es que las una actividades que le son propias a un beneficiario dueño de una obra, que no se realicen o se realicen a través de unos terceros y que ellos se constituyan en garantes, pues no importando dicho marco, una tesis en el sentido en que lo hace el Señor Juez, de la cual respetuosamente me apartó pues esto conllevaría a que todos los del personal administrativo aún, cuando no tenga ninguna relación con el objeto del marco de la relación civil o comercial estén cobijados por la solidaridad del artículo 34, es decir, personal de aseo, personal de recepción, personal de guardas de seguridad y ese no es, el espíritu de la norma claramente quedó demostrado también con la declaración del señor Mario Valdivieso que la señora Martha Lucía Vivas no ejerció ningún rol asistencial dentro del marco del contrato y sus labores fueron eminentemente administrativas tanto así que ella en los hechos de perdón, en el interrogatorio de parte indicó que su cargo o rol era de directora científica y que estaba a cargo de la administración del personal de telemedicina, luego contrasta con lo que encontró probado el señor juez al decir que era coordinadora de servicios de salud y que insisto ambos roles tienen un resorte administrativo y no asistencial, luego no enmarcan dentro del objeto contractual. Por lo anterior, se solicita al H. tribunal que en primer lugar, revocar la solidaridad que se le enrostró a SALUDVIDA S.A. EPS. **Subsidiariamente señor Juez, en la medida en que en el numeral cuarto indica que solidariamente tanto TELEMEDICINA como SALUDVIDA deben realizar a COLFONDOS S.A. el pago de los aportes a pensión conforme a la parte motiva de esta sentencia en la parte motiva Señor Juez en el numeral 2.6 del considerando 2 que debe realizarse el cálculo actuarial de conformidad con el inciso segundo del Artículo 22 de la ley 100 de 1993 y en eso pues también debo decirle que se equivocó el juzgador en la medida que el cálculo actuarial o el título pensional, solamente está previsto de acuerdo con la ley para aquellos casos en los que ha existido omisión en la afiliación de algún trabajador o de alguna obligado, no así cuando lo que ocurre como en este caso es el no pago de aportes oportuno, la consecuencia que prevé la ley en estos casos no es un cálculo actuarial sino el pago de los aportes con los correspondientes intereses moratorios, conceptos jurídicos que dentro del**

término, de entre los términos económicos resultan totalmente distintos, Mientras que el cálculo actuarial es una reserva actuarial que se debe pagar al fondo de pensiones lo otro simplemente es el pago del valor del aporte, con los correspondientes intereses moratorios y encontró probado el señor juez que no solamente estaba la afiliación de la señora Martha Lucía al fondo de pensiones sino que se habían realizado los aportes hasta el mes de noviembre, luego resulta desafinada la consecuencia de pagar el cálculo actuarial. **Asimismo ha de decirse que no se comparte lo resuelto en relación con las indemnizaciones del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y del artículo 65 del código sustantivo del trabajo en la medida en que no ha sido demostrada la mala fe de SALUDVIDA EPS, Al Punto que la condena que se enrostra es por una presunta solidaridad que insisto, es una decisión también desatinada, del Señor, luego no es posible que se le irroguen condenas por dichos conceptos en esta medida pues le solicitó al honorable tribunal en primer lugar que de manera principal estudie la inexistencia de solidaridad por parte de SALUDVIDA EPS. Por las razones que expuesto y subsidiariamente pues se ocupe de analizar lo relativo a la condena por el cálculo actuarial y a las indemnizaciones moratoria previstas en la ley 50 del 90 y en el art. 65 del código sustantivo del trabajo”**

ALEGATOS

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recibió vía correo electrónico tanto las de la parte demandante como de la parte demandada.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, la Sala resolverá EL recurso en sus puntos específicos: i) no existe solidaridad por cuanto no se dan los requisitos contemplados en el art 34 del CST, luego debe ser absuelta de las pretensiones. ii) No hay lugar a pago de cálculo actuarial **sino** de aportes con intereses y iii) No hay lugar a sanciones moratorias, pues no se demostró mala fe y la condena es resultado de la solidaridad.

De la solidaridad

Afirma el recurrente que no existe solidaridad por cuanto la demandante solo ejercía funciones administrativas y el Juez solo revisó los objetos sociales de las empresas.

A folios 15 y siguientes del expediente aparece el contrato de trabajo de la demandante, para desempeñar labores propias del cargo de coordinadora de servicios de salud de STS TELEMEDICINA SAS; luego las declaraciones no hacen más que corroborar estas funciones que el recurrente llama administrativas y cuya denominación para la Sala resulta irrelevante, pues no hay duda son absolutamente indispensables para el funcionamiento de la empresa contratante, que presta servicios de salud, por lo que contratar médicos, entre otras, resultan funciones íntimamente ligadas a los servicios que el recurrente denomina asistenciales

En ese orden es claro, que **sí** existe la solidaridad declarada por el Juez ya que si bien es cierto de vieja data ha señalado la Corte Suprema de Justicia que para establecer la solidaridad del art 34 del CST no solo se debe comparar el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra sino también la labor adelantada por el trabajador, esto solo cuando del objeto social no se desprende fácilmente la identidad de labores iguales o similares y desde luego en beneficio del trabajador no en su contra. Efectivamente en sentencia de rad 33082 de junio 2 de 2009 esa corporación señaló:

“Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado”.

Desde luego entonces y se itera ello solo cuando hay duda en cuanto a la diferencia o labores extrañas a las actividades normales de la empresa, lo que en este caso solo se desprendía del análisis que realizara el Juez,

porque sin administración, labores auxiliares tales como aseo, servicios generales y otras, ninguna entidad asistencial puede funcionar. Desde luego la labor de la demandante no es extraña a la demandada, pues se itera, resulta básica para una entidad que presta servicios de salud, contratar médicos y si ello no es de la actividad normal de una entidad como la demandada; ninguna otra lo sería, por lo que era innecesario detenerse en los contratos comerciales celebrados entre contratante y contratista.

Bastan las anteriores consideraciones para confirmar la decisión apelada, en este aspecto.

Del pago de aportes

En este punto, le asiste razón al apelante, toda vez que tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia el cálculo actuarial solo procede en aquellos eventos en que el trabajador no haya sido afiliado al sistema de seguridad social en pensiones y no como en este caso, en donde sí se afilió, pero, se omitió el pago de unos meses específicamente determinados desde la demanda. (Ver entre otras la de Rad 56537 de julio 18 de 2018).

En ese orden se modificará el numeral tercero de la sentencia apelada para en su lugar **CONDENAR a STS TELEMEDICINA SAS en liquidación y solidariamente a SALUDVIDA SA EPS** pagar a la demandante aportes por pensión con los respectivos intereses, a la entidad de seguridad social a la que se encontraba afiliada la actora, correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2014 al 20 de marzo de 2015

De la sanción moratoria

Asegura el recurrente que no puede ser condenando a esta sanción, porque no se demostró mala fe y tampoco procede cuando se es condenado en forma solidaria.

Frente al primer punto es claro, por ser un tema ya bastante definido, que no se debe demostrar mala fe del empleador que omite pagos, sino que por el contrario la demandada debe demostrar que su omisión es resultado de

un actuar guiado por la buena fe, luego este argumento no tiene fuerza para derribar la sentencia apelada, sobre todo y también, porque es condenado en forma solidaria y entonces frente al segundo punto basta remitirse a la sentencia de Rad 60200 de julio 31 de 2018, en donde la CSJ trae a colación anteriores, así:

“Así lo ha decantado la jurisprudencia de la Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 3 nov. 2010, rad. 37936, reiterada, entre otras, en la sentencia CSJ SL587-2013, en la que se expuso:

*[...] Efectivamente, en sentencia del 6 de mayo de 2005, radicación 22905, esta Sala fijó su posición sobre el verdadero entendimiento del artículo 34 del C. S. T, **en cuanto a la responsabilidad solidaria que le cabe al dueño de la obra o beneficiario del trabajo, por la sanción moratoria en que incurre su contratista al no pagar oportunamente a la terminación del contrato de trabajo todo lo adeudado a su trabajador, para señalar que, por virtud de la ley, aquél se convierte en garante del pago de la indemnización correspondiente, no porque se le extienda la culpa, que es exclusiva del empleador, sino por el fenómeno de la solidaridad, de donde en estos casos no resulta procedente, como lo plantea la censura, entrar a estudiar la buena o mala fe del Municipio, porque frente a este marco jurídico resulta irrelevante.**”*

Resulta claro entonces que el condenado en forma solidaria debe responder por la sanción moratoria, como garante, sin consideración a la buena o mala fe como diáfananamente en esta providencia se expone, luego se confirma la decisión del Juez al respecto

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

PRIMERO. - MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO DE LA SENTENCIA APELADA, para en su lugar CONDENAR a STS TELEMEDICINA SAS en liquidación y solidariamente a SALUDVIDA SA EPS pagar a la demandante aportes por pensión con los respectivos intereses, a la entidad

de seguridad social a la que se encontraba afiliada la actora, correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2014 al 20 de marzo de 2015

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 39-2018-32-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: FERNANDO GOMEZ

DEMANDADO: AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

**MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

P R E T E N S I O N E S

El señor **FERNANDO GOMEZ**, mediante apoderado, instauró demanda contra **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual fue terminado sin justa causa y existiendo la protección de la ley 361 de 1997. En consecuencia, solicita el pago de 180 días de salario según lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 perjuicios morales, perjuicios por a la vida relación, salarios desde el despido y hasta la fecha en que fue reintegrado, pago de dineros descontados por crédito de libranza, reliquidación de prestaciones, vacaciones, indexación y costas. (fls 2 al 14).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que el demandante suscribió contrato de trabajo desde el 1 de noviembre de 2007, vinculación que persiste hasta la fecha de presentación de la demanda, que en 2012, en vigencia del contrato de trabajo el demandante tuvo que ser intervenido de la rodilla derecha, que en el 2014, el demandante sufre una caída y es incapacitado por 12 días y luego 88 días más por el mismo accidente, que en el transcurso de la relación laboral adquirió un crédito de libranza por \$23.000.000, autorizando un descuento por \$430.727, que el 24 de abril de 2017 el demandante fue despedido sin justa causa con una indemnización de \$16.026.095 de la cual le fueron descontados \$13.746.107, por el crédito de libranza, que mediante acción de tutela fue reintegrado el 30 de mayo de 2017, que esta decisión fue declarada nula por lo que AXA COLPATRIA nuevamente despide al trabajador el 12 de julio de ese año, que ante la impugnación presentada por el actor el 13 de septiembre de 2014 amparan sus derechos siendo reintegrado el 20 de septiembre de 2017, que no recibió salarios durante ese tiempo, que ante el reintegro el descuento por el crédito es mayor al autorizado, que estos descuentos afectan el mínimo vital del demandante. (fls 2 al 14).

La demanda fue contestada y subsanada a través de apoderado, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, asegurando que el actor no es sujeto de estabilidad laboral reforzada, al momento del despido no se encontraba incapacitado, ni con calificación de pérdida de capacidad laboral. Agrega que pagó indemnización pero que existía una justa causa para dar por terminado el contrato. En cuanto a los hechos los negó en su mayoría, dijo que el reintegro fue transitorio y que en la tutela no se ordenó que fuese sin solución de continuidad, que los descuentos fueron acordados y que eran para reintegrar la indemnización ya que ante el reintegro carecía de validez este pago. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, compensación, enriquecimiento sin justa causa. (fls 158 al 273)

Tramitada la primera instancia, la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019), por la que resolvió ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante. (fls 355 al 359)

Señaló la Juez en síntesis que: “...el problema jurídico es determinar si para el despido el señor demandante tenía estabilidad laboral reforzada. Manifestó que no hay discusión en cuanto a que el demandante prestó servicios, desde el 1 de noviembre de 2007, mediante contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo un accidente en 2014, que fue despedido sin justa causa el 24 de abril de 2017, pagando indemnización según consta en liquidación de folio 23, que el demandante interpuso tutela, que se ordenó reintegro de manera transitoria. Citó la sentencia C531 de 2000, leyó el artículo 26 de la ley 361 de 199; sentencias de la Corte, esto es la de Rad 37812 de noviembre 14 de 2012, 35606 25 de marzo de 2009, sobre el conocimiento del estado de salud y la SL 1521 de abril 10 de 2019, T317 de 2017, C 042 de 2017 la cual remite a la C 606 de 2012. En el caso concreto y según las pruebas, se tiene acreditado que el demandante sufrió un accidente el 17 de enero de 2014 y que el contrato fue terminado sin justa causa. Luego se refiere a las pruebas: historia clínica y documentos aportados en donde se evidencia que a la fecha de terminación del contrato se habían dado en examen de 2016 algunas recomendaciones y ordenado medicamentos para trastorno de ligamento, imágenes diagnósticas de ligamento (fl 41, 42, 54), estudio de médico sobre diagnósticos de rodilla, interconsulta de fisioterapia (fl 44), historia clínica, que refiere lesión de ligamento cruzado y otros diagnósticos, así como recomendaciones, certificación de incapacidades en 2014 (fl 305). Aclara que solo estudiará y tendrá en cuenta estos documentos, porque los demás aportados son posteriores a la terminación del contrato, Se refiere también a los interrogatorios de parte, resaltando que la demandada sabía de las incapacidades, pero que aclara que las de 2016 fueron por enfermedades comunes diferentes a las de 2014, esto es las del accidente de trabajo, en donde se acepta que el actor tuvo una cirugía y que hubo unas recomendaciones. También cita el interrogatorio del demandante en donde este acepta que su última incapacidad fue en febrero de 2017 y que fue por un accidente en el Sitp, dijo que él no había pasado recomendaciones por escrito, pero consideraba debían tenerse en cuenta las anteriores, aceptó también el actor que la pérdida de capacidad laboral fue del 0% y que no recurrió ese dictamen porque se le pasó y por las tutelas que presentó. Refirió otros aspectos del interrogatorio como las funciones que tenía el demandante, se refirió a una testigo “patricia”, quien dijo que no sabía de recomendaciones y que toda la rehabilitación del accidente había terminado, en cuanto al señor Jorge Enrique Patiño, quien, manifestó que liquidaba la nómina y que para hacerlo debía tener en cuenta los reportes de condiciones de los trabajadores salud y otras y que no supo de ninguna del actor y el testigo Jorge Pineda Hernández, quien no pudo decir con certeza nada de la recuperación del actor pues desconoce estos hechos toda vez que no se la pasa en Bogotá y no comparte todo el tiempo con el demandante. **Al valorar todas estas pruebas concluyó la Juez, que al momento de la terminación del contrato el demandante no tenía ninguna recomendación médica vigente relacionada con el accidente de trabajo de 2014, ni ninguna otra limitación informada a la empresa que haga presumir que esa fue la causa de terminación del contrato. Y si bien es cierto tuvo incapacidades de 2016 y 2017, las incapacidades fueron ajenas al accidente y se dieron por diagnósticos no relacionados con la afección de la rodilla, que fue la que se lesionó en el accidente. Y si bien es cierto había valoraciones por la rodilla, estas ni siquiera se comunicaron al empleador y no se supo que estuviera en un tratamiento continuo. Esas valoraciones no implican un tratamiento continuo, no reflejaron situaciones anómalas y por el contrario el documento de folio 43 solo establece una situación normal y de ella no se puede establecer que la lesión continuaba y requería un tratamiento especial y si en gracia de discusión así fuera el empleador**

debía conocerlas, pues si no, no se puede decir que debía tenerlas en cuenta. Así mismo la sentencia de la Corte SL260 de 2019, dio un nuevo alcance al fuero de salud señalando que la realización de cirugías, incapacidades y otras no implican que el trabajador está en una situación de discapacidad o limitaciones o disminuciones de la discapacidad” .

Agregó que el dictamen fue después de la terminación y si en gracia de discusión se dijera que aun así se debía tener en cuenta en este caso fue del 0%, y si bien es cierto el actor tuvo un accidente de trabajo en 2014, pudo seguir desarrollando su actividad, no se demostró que las dolencias de la rodilla le hubieran impedido el trabajo y que esa limitación tuviera conexidad con la terminación del contrato y al no estar acreditado que existiera una limitación no se puede presumir que el despido fuera por esa razón, por lo que ABSOLVIO de todas las pretensiones diciendo que todas dependían de la ineficacia de la terminación. En cuanto a los descuentos ilegales señaló que las pruebas señalan que, si estaban autorizados, en la libranza, sin que tenga que estudiar lo que pasó después del reintegro...”

Inconforme con esta decisión la parte demandante interpuso recurso así:
”... con base en la SU 040 de 2018, se define de la protección pues allí se protege a mujeres embarazadas y personas con discapacidad o debilidad manifiesta y para el recurrente el demandante está protegido por esa condición legal en razón a que su dolencia o lesión aun al día de hoy no está superada y desvincularlo sería condenarlo a que quedar sin atención médica y para nadie es un secreto que las lesiones de los meniscos son de largo tiempo y su tratamiento muy costoso si fuera a ser atendido de manera privada, agrega que en el tribunal “ampliara” la sustentación...”

ALEGATOS

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionó vía correo electrónico tanto las de la parte demandante como de la parte demandada.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá los motivos de apelación, precisando que solo puede resolver los puntos planteados y sustentados en el momento de presentar el recurso, el cual es imposible de ampliar ya que la ley así lo dispone, siendo las alegaciones de instancia apoyo a lo en ese momento sustentado.

En ese orden, encuentra la Sala, que en verdad escasa resulta la argumentación del recurso, pues ni siquiera se muestra o señalan los aspectos que el recurrente considera errados y que deba esta corporación estudiar, limitándose a afirmar que las dolencias de la rodilla del actor a la fecha de la sentencia aún persisten y que no es un “secreto para nadie”, que las lesiones

de meniscos son de tratamiento largo y costoso, lo que según sentencia SU 040 de 2018, es suficiente para considerar al actor en un estado de debilidad manifiesta.

Lo primero que debe destacar entonces la Sala al respecto es que los estados médicos no son hechos notorios, como al parecer quiere indicar el recurrente. Por el contrario, estos en cada caso, deben ser estudiados por expertos, profesionales de la salud quienes se encargarán de definir tratamientos duración y costos los que, desde luego, deben asumir las entidades de seguridad social o los afectados cuando no gozan de servicio alguno.

En consecuencia, aclarado lo anterior el único punto a establecer es si el demandante es un sujeto de especial protección de acuerdo con lo consagrado en la ley 361 de 1997, por encontrarse en debilidad manifiesta, tema que es absolutamente probatorio, pues la jurisprudencia así lo ha señalado y no todas tienen aplicación en cada caso, los que deberán ser analizados dadas, se itera, las pruebas.

Está acreditado y reconocido además por el demandante, que, al momento del despido, esto es 24 de abril de 2017 no existía calificación de pérdida de capacidad laboral, ni siquiera incapacidad alguna (la última fue en enero de ese año y por diagnóstico diferente a lesión en la rodilla); que pudiera ubicar al actor en un estado de debilidad manifiesta.

Lo anterior se corrobora con la documental aportada analizada y descrita por la Juez, visible en lo pertinente a folios 41 y siguientes.

Bien a propósito entonces de la estabilidad laboral reforzada que reclama el demandante, conviene recordar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, **lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.**

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.**

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, **pues si ella existe el despido se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

Revisado el expediente, la historia clínica del demandante, la calificación y demás pruebas se itera, ampliamente analizadas por la Juez de primera instancia, resulta evidente, **que el demandante no se encontraba en ninguna de las situaciones antes descritas**, pues si bien es cierto en 2014 sufrió un accidente, este fue tratado y superado. De hecho, luego de ello permaneció

laborando por tres años más aproximadamente, luego no se abre paso la presunción de despido discriminatorio por motivos de salud, pues aún incluso en la fecha de despido el actor fue considerado apto para laborar (fl 46) y el que existan recomendaciones médicas no es el único factor para que una persona sea considerada en estado de debilidad manifiesta, aceptando en gracia de discusión que eran conocidas por el empleador.

Llama la atención de la Sala; -a propósito del recurso en donde se indica que el actor tiene afectados los meniscos-; que los exámenes realizados posterior al despido (folio 48 resonancia magnética de rodilla derecha), señale en forma expresa como uno de los hallazgos lo siguiente: “... **Los meniscos tienen morfología y señal normales no hay signos de ruptura**”, concluyendo que lo que se presenta son cambios postquirúrgicos de reconstrucción de ligamento cruzado. Es claro entonces que lo que tuvo que ser tratado ante el accidente sufrido en 2014 fue el ligamento, este fue reconstruido y según el dictamen emitido el 28 de junio de 2017, -luego de la terminación del contrato-, que aparece a folios 117 y siguientes, para el 25 de marzo, antes del despido la rodilla derecha presentaba “movilidad completa, estable ligamentariamente, pruebas meniscales negativas, leve atrofia del cuádriceps derecho, roce patelofemoral...”

Resalta el dictamen que no hay deficiencias de arcos de movilidad de la rodilla, en general sin deficiencia alguna, luego la pérdida de capacidad laboral es de 000 %

Así que ni antes ni al momento del despido en verdad existía un diagnóstico, una incapacidad y menos aún una limitación que ubicara al trabajador en las situaciones descritas.

Que hubiese sufrido un accidente en 2014, que se hubiesen dado recomendaciones y medicamentos con el fin de contribuir a la mejoría de síntomas, no da ni siquiera un indicio para determinar que las patologías sean de aquellas que generen discapacidad y menos aún que ubiquen en estado de debilidad manifiesta, **de hecho, el actor continuó laborando luego de 2014 por tres años, la empresa cumplió con las recomendaciones, temporales, pues se itera persiguen la recuperación del paciente, y para cuando el contrato terminó ya este diagnóstico había sido superado.**

Y es que definitivamente no todo estado de salud deteriorado conduce a un estado de debilidad manifiesta o grado alguno de discapacidad, ni aún las incapacidades lo indican, pues lo que se espera, nuevamente se reitera, es la recuperación de la salud, por eso es que en cada caso en particular **debe analizarse si en verdad existía la condición en el momento del despido, pues si es así el despido se presume discriminatorio, como por ejemplo cuando son constantes las incapacidades, son conocidas por el empleador, son de tal seriedad que se prolongan en el tiempo y originan recomendaciones específicas, de las que en este caso definitivamente no hay prueba.**

Por tanto, en este caso el despido no puede presumirse discriminatorio, pues se reitera al momento del despido no existía estado de debilidad manifiesta ni aún una incapacidad, que así no lo indicará, como para dar aplicación a las sentencias de la Corte Suprema al respecto, como la sentencia SL 12998 Rad 49321 de nov 29 de 2017 MP JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ y la SL 1360 de 2018 de abril 11 de 2018 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, que explican detalladamente el tema.

Justamente en esta última providencia la Corte aclara que si se acredita que al momento del despido existía esta condición, el despido se presume discriminatorio; luego corresponde al demandante probar su situación, para que se presuma discriminatorio el despido, sin que ninguna sentencia ni de la corte constitucional ni de la suprema aplique a este caso, pues sabido es, que para que operen las presunciones debe existir un hecho indicador demostrado por quien alega existe, en este caso el trabajador a quien le basta probar su condición de discapacidad, limitación o debilidad manifiesta en el momento de la finalización del vínculo para que se abra paso la presunción, otorgándole una ventaja probatoria al respecto, ya que en ese caso deberá demostrar la demandada que el despido obedeció a razones objetivas y no por el estado de salud ya acreditado.

En consecuencia y como se insiste al momento del despido no existía ninguna de las condiciones para considerar al demandante sujeto de especial protección, el despido realizado fue válido y legal.

Por lo expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, ya que arribó a idéntica conclusión.

Sin costas en la alzada.

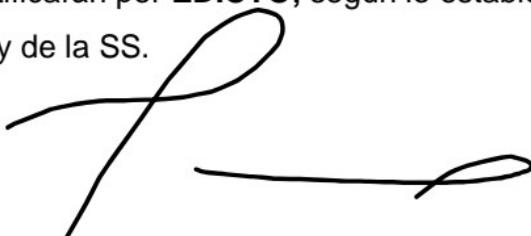
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ACLARO VOTO

Q

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 19 2018 127 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GUILLERMO GARCIA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

TSB-SALA LABORAL

54838 10CT'20 PM 3:14

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 6 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Diecinueve laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por los apoderados de las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES

ALEGATOS

Dentro del término concedido por la Sala, se recibieron los alegatos presentados por la parte actora y demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual realizado con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones COLFONDOS S.A., que como consecuencia de lo anterior, se condene a esta demandada a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los ahorros que posea en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y demás dineros que posea, ya que el actor es beneficiario del régimen de transición. Que se ordene a la demandada COLPENSIONES que proceda a recibir la totalidad de lo ahorrado junto con sus rendimientos, los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita y las costas del proceso. Como pretensión subsidiaria solicita la nulidad de dicho traslado. (fl.- 9)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 3 de diciembre de 1.952.
- Que inicio cotizaciones el 17 de mayo de 1972, por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición.
- Que se trasladó de régimen pensional el día de agosto de 1999 a la AFP COLFONDOS S.A.
- Que el formulario de afiliación no cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994
- Que fue inducido en error por parte de los asesores de la AFP demandada.
- Que nunca se le informó cual sería el capital necesario para lograr su pensión, ni los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima, ni las características de la devolución de saldos.
- Que no le indicaron de manera expresa que perdería el régimen de transición.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que la información incorrectamente suministrada no le permitió comparar las dos opciones que tenía la cuales eran de naturaleza diferentes.
- Que tampoco le informaron que su mesada pensional sería inferior. (fl.- 6-9-)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 7, 8, 10, 27, 30 y 36 a 39, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó el error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (fl. 125 - 137).

La demandada **COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 4 a 6 y 31, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción, buena fe, compensación y pago y ausencia de vicios del consentimiento. (fl. 180-197).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la nulidad de la afiliación que hiciera la demandante a COLFONDOS S.A., declaró válidamente afiliada a la actora a COLPENSIONES y condenó a la demandada COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora. (fl. 236).

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que el dilema jurídico aquí a resolver si es nulo el régimen de prima media con prestación definida por el aquí demandante, y por ende si se deben trasladar



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

los aportes que poseen en su cuenta de ahorro individual en el régimen de prima media con prestación definida administrada por el hoy Colpensiones.

Señaló que se tienen como fundamento los artículos 60 y 61 del Código Laboral de Seguridad Social, los artículos 164, 165, 166, del Código General del Proceso, 357 del Código Civil, y aplicables como lo dispone el artículo 145 del Código Laboral de Seguridad Social, sobre lo que es la carga dinámica de la prueba, en lo que tiene que ver con la obligación que tiene los fondos de Pensiones de proporcionar a sus usuarios y afiliados una información completa se entre a colación la Sentencia de Sala de Casación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicado 54814 de 14 de noviembre de 2018, con ponencia del magistrado Doctor Gerardo Botero Zuluaga, en lo también lo dicho en la sentencia 3189 de 9 de septiembre de 2018, con ponencia del Doctor Eduardo López Villegas, ratificada por la misma corporación con el radicado 3381 del 29 de noviembre de 2011 con ponencia de la Doctora Elsy María Cuellar Calderon, en lo que se refiere en la necesidad de un hecho informado delegado a un sentimiento informado cuando es posible la afiliación se trae a colación la Sentencia de la Sala de Casación de la Corte de Justicia en radicado 68852 del año 2019, Magistrada Ponente Doctora Clara Cecilia Dueñas, en radicado 56864 del 03 de abril del 2019, Magistrado Ponente Doctor Gerardo Botero Zuluaga. En cuanto a la carga en relación con la diligencia en relación con el traslado de régimen pensional, se tiene en cuenta la sentencia 46292 de la corte suprema de justicia del 10 de septiembre de 2014, Magistrada Ponente Elsy María Cuellar Calderón.

Señaló luego de realizar un recuento de las premisas fácticas y de las pruebas allegadas al proceso, que el presente caso, se analizara la nulidad que esta propuesta, los vicios del consentimiento libre, el engaño en el momento de efectuar la demandante al momento de efectuar la afiliación al régimen de ahorro individual administrado por el Fondo de cesantías COLFONDOS S.A por falta del conocimiento libre y voluntario e informado por parte de la demandada Porvenir.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Que la AFP demandada no cumplió con la carga de mostrar la información que le fue brindada a la actora, ya que solo allegó como pruebas en su favor el formulario de afiliación suscrito por la actora, en consecuencia, declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado por él, declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez de vejez, y muerte, la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, en los términos antes señalados.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas interponen recurso de apelación, así:

La demandada **COLFONDOS** señaló que estando dentro de la oportunidad pertinente me permito interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho a efectos de que el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral, revoque de manera íntegra la sentencia proferida por su despacho y procedo a sustentar de la siguiente manera la vinculación efectuada por el aquí demandante señor Guillermo García es válida en la medida en que suscribió traslado de régimen el 18 de julio de 1999, fecha desde la cual el demandante ha permanecido en el régimen de manera libre, voluntaria y sin presiones luego de haber recibido la asesoría por parte del agente comercial de esa demandada tal y como se hace constar en la demanda y dentro del formulario de afiliación.

Aunado a lo anterior, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual en cumplimiento de las órdenes impartidas por la Superintendencia financiera de Colombia, mediante circular 01 de 2004 publicaron en un diario de amplia circulación nacional como lo es el Tiempo, en el que se le indicó a los afiliados y al público en general de las modificaciones referidas, siendo una de ellas la posibilidad de trasladarse de régimen cuando las personas se encontraran a 10 no menos año de cumplir la edad, por lo que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

no es posible que se haya declarado la nulidad de la afiliación efectuada por el aquí demandante en el año 1999, como quiera que es un actor válido, ya que el actor contaba con varios momentos o etapas para adquirir información adicional a la inicial brindada al momento de la afiliación, esto es la referida al momento del traslado, el aviso de prenda antes señalado.

Por lo tanto se puede concluir que el demandante además de estar consiente todo el tiempo de su decisión de estar vinculado al RAIS, esta conforme con el mismo pues no ejerció su derecho nuevamente de traslado si ese era su deseo, cuando se encontraba en la posibilidad de acceder a ello, por el contrario realizó actos de ratificación realizando aportes mensualmente y solo hasta el año 2017, solicitó información de su traslado pensional.

Por su parte el apoderado de la demandada **COLPENSIONES**, señaló que dicho traslado se realizó con plena voluntad del actor, quien por decisión propia solicitó el traslado y suscribió el formulario de afiliación, además el art. 2 de la ley 797 de 2003, establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse cada 5 años, contados a partir de la selección inicial sin que por ello puede predicarse la existencia de un error por consentimiento. Por razones financieras del sistema pensional se limitó este derecho a cuando al afiliado le faltare menos de 10 años para pensionarse, salvo los afiliados que tuvieran 15 años de servicios al 1 de abril de 1994, quienes podía regresar en cualquier tiempo, por lo anterior, solicita se revoque la decisión emitida por el Despacho.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los términos de los recursos interpuestos por las demandadas y en aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor GUILLERMO GARCÍA, se circunscribe en síntesis a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada COLFONDOS S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos, contrario a lo que señala la apoderada de COLFONDOS en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

De conformidad con lo anterior, no le asiste razón a la apoderada de la demandada COLFONDOS, cuando en su recurso consideró que con la simple suscripción del formulario de afiliación se tenía demostrada la información brindada, ya que es claro que aunque obra en el plenario éste documento, el cual, se encuentra suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido y que este tiene valor para acreditar esas estipulaciones; el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia y lo señalado por el apoderado de la parte actora en sus alegatos, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto,

Ahora bien, contrario a lo señalado por la demandada en su recurso de apelación de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, es procedente ordenar la devolución, de la totalidad de los dineros que se hayan recaudado, incluso los gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Por lo anterior, se habrá de **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Ahora bien, realizado un nuevo estudio del presente tema, al igual que los restantes Magistrados, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 127 01 Dte: GUILLERMO GARCIA
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

TSS-SALA LABORAL
54824 1007'28 PM 3:25

PROCESO ORDINARIO No. 23-2018-431-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARCO LINO MURCIA
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 24 de abril de 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor MARCO LINO MURCIA, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que es beneficiario del régimen de transición, por lo que tiene derecho a que se le reconozca pensión especial de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, a partir de los 60 años de edad; como consecuencia de tal declaración, se condene a la demandada a reliquidar su mesada pensional, teniendo como tasa de reemplazo el 87% de su IBL, a partir del 22 de junio de 2010, data en la que

alcanzó los 60 años de edad; solicita igualmente se declare que tiene derecho al incremento pensional previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por tener a cargo a un hijo inválido y su cónyuge María Peña, quienes dependen de él y se condene a la demandada al pago de los mismos, aumentando su mesada pensional en 7% y 14% respectivamente, solicita se indexen las sumas reconocidas a su favor. (fls.3 y 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 22 de julio de 1950, alcanzando 60 años de edad en el año 2010, que para el 22 de junio de 2010 contaba con 1330 semanas de cotización y para el 22 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del A.L. 01 de 2005, registraba más de 15 años de cotizaciones, que ha convivido de manera ininterrumpida con la señora María Sixta Peña, por más de 25 años, inicialmente como compañeros permanentes y a partir del 3 de abril de 2008, como cónyuges, que la señora María Sixta, no recibe ningún tipo de ingreso económico, por lo que depende económicamente de él y ambos son padres de Óber Murcia Peña, nacido el 28 de mayo de 1998 y calificado con una PCL del 63.60%, con fecha de estructuración del 25 de enero de 1999, contando en la actualidad con 19 años de edad y dada su PCL, depende económicamente de él.

Afirma que adelantó proceso ordinario, del que conoció el juzgado 30 Laboral del Circuito, contra el entonces ISS, con el fin de obtener reconocimiento y pago de pensión especial de vejez anticipada por su hijo inválido y el ISS a través de resolución No. 03626 de 2010, por virtud de fallo de tutela, le reconoció pensión especial de vejez de manera transitoria a partir del 1 de octubre de 2010 y en cuantía de \$515.000, posteriormente con acto administrativo No. 5406 del 21 de enero de 2011, ese Instituto modificó la resolución en mención, le concedió la prestación de manera definitiva.

Afirma por último que el 25 de julio de 2012, el Juzgado 30 Laboral, resolvió declarar que tenía derecho a pensión especial de vejez a partir del 8 de agosto de 2007, con una Tasa de reemplazo del 72.5%, condenando al ISS a pagar la misma, sentencia que fuera modificada por esta corporación, la que decidió absolver de la indexación de retroactivo pensional causado y en cumplimiento de dichas decisiones, la demandada profirió la resolución GNR 107120 de

2015, que el 14 de diciembre de 2017, solicitó a la demandada el reconocimiento de pensión ordinaria establecida en el Decreto 758 de 1990, junto con reconocimiento de incremento pensional, a lo que la demandada indicó que existía cosa juzgada. (fs. 4 y 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 y 13 a 20 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación. (fl.95).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento condenó a la demandada a reconocer y pagar pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$655.807, en 14 mesadas a partir del 22 de junio de 2010, pensión que señaló debía pagarse a partir del 14 de diciembre de 2014, por virtud del término prescriptivo, en cuantía de \$753.790, autorizando a Colpensiones a descontar las mesadas reconocidas por pensión especial de vejez por hijo inválido, debiendo efectuar el pago de las diferencias generadas entre la pensión que viene reconociendo y la que se ordenó reconocer, autorizando igualmente a descontar el valor correspondiente por concepto de aportes a salud; declaró que el demandante tenía derecho a reconocimiento y pago de incrementos pensionales del 7% y 14%, por hijo inválido y cónyuge a cargo, a partir del 14 de diciembre de 2014, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 14 de diciembre de 2014. (fl. 137)

Como fundamento de su decisión, señaló el juez de primer grado que el actor acreditaba que a 1 de abril de 1994, contaba con 42 años de edad, siendo en principio beneficiario del régimen de transición, el que fuera limitado por el A.L. 01 de 2005 y al respecto, conforme reporte de semanas cotizadas, se evidenciaba que a 22 de julio de 2005, el demandante, reunía 1208,57 semanas, lo que le permite beneficiarse del régimen de transición hasta el año 2014; por lo que le era aplicable las previsiones del Acuerdo 049 de 1990,

como lo solicitada y en cuanto a la edad, había llegado a los 60 años el 22 de junio de 2010 y en cuanto a las semanas requeridas, el reporte de cotizaciones allegado por la demandada, daba cuenta que había cotizado un total de 1230 semanas hasta el 30 de septiembre de 2006, advirtiéndose el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez con anterioridad al año 2014, cumpliendo para ello los requisitos previstos en el acuerdo 049 de 1990, asistiéndole derecho al actor a que se le convirtiera la pensión que venía devengando.

En cuanto a la acusación de dicha prestación, indicó que esta se había causado el 22 de junio de 2010, data para la cual, el actor alcanzó los 60 años de edad y había cotizado más de 1000 semanas; debiéndose disponer el pago de las diferencias generadas entre la pensión que venía disfrutando y la de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990; en cuanto al IBL con que se debía liquidar la prestación indicó que correspondía al promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de causación, por cuando al 1 de abril de 1994, le hacían falta más de 10 años para acceder a derecho pensional, aunado a que contaba con 1208 semanas de cotización, con una tasa de reemplazo del 87%, conforme el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, así le correspondía al actor una mesada pensional de \$655.807 pesos para el año 2010 y en cuanto a las mesadas pensionales, conforme el párrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, procede el reconocimiento de 14 mesadas pensionales para las pensiones inferiores a 3 SMLV y si son causadas antes del 31 de julio de 2011, razón por la cual, correspondía al actor la prestación en 14 mesadas, debiéndose pagar las diferencias generadas respecto de la prestación de que disfrutaba.

En cuanto a la prescripción, indicó que el demandante el 14 de diciembre de 2017, había presentado reclamación en relación con la pensión prevista en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que se encontraban prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de diciembre del 2014.

En cuanto a los incrementos pensionales solicitados indicó que estaban previstos en el Acuerdo 049 de 1990 y como quiera que el actor le asistía derecho a pensionarse bajo tal normatividad, procedía el estudio de los mismos; respecto de su vigencia señaló que los mismos gozaban de tal característica, conforme los pronunciamientos emanados por la Corte

\$756.279, posteriormente para el año 2015, en sede judicial se determinó que para el 2015, que el IBL de actor, ascendía a \$1.016.000; por lo que partiendo de estos supuestos el IBL del actor, era superior y en todo caso, correspondía a los últimos 10 años de cotización conforme previsto del artículo 21 de la Ley 100 de 1993; adicional a ello, por error de digitación en la demandada, se solicitó una tasa de reemplazo del 87%, más sin embargo en los hechos y antecedentes administrativos, siempre se había señalado que el actor cotizó 1315 semanas y así lo indico la demandada en resolución de reconocimiento pensional y las proferidas en 2016 y 2018; no obstante, de manera extraña la historia laboral presentaba una reducción de las mismas; pero correspondía en realidad, aplicar al IBL una tasa de reemplazo del 90%.

Señaló como tercer punto de disenso, el descuento de aportes a salud ordenado sobre los incrementos pensionales, pues la norma establece que este es un simple incremento, no hace parte de la pensión y sobre ellos no hay disposición que autorice descuentos en salud.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo en el presente que al demandante, le fue concedida pensión especial de vejez por hijo inválido, conforme los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, inicialmente de manera transitoria, a través de acto administrativo No. 03628 del 3 de septiembre de 2010, a partir del 1 de octubre del mismo año, como consta de copia de dicho acto administrativo visible a folio 44 del plenario y a través de resolución No. 05406 del 21 de enero de 2011, el ISS reconoce dicha prestación de manera definitiva. (fl. 51)

El demandante solicita se le reconozca la pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por lo que para verificar si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez conforme a esta normatividad, procede analizar si es beneficiario del régimen de transición, que invoca:

La documental obrante a folio 13 del plenario, contentiva de copia de documento de identificación del actor, da cuenta de que nació el 22 de junio de 1950, circunstancia que permite concluir que a 1 de abril de 1994, tenía

43 años de edad, siendo en principio, beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 señala como requisitos para que los hombres, accedan a adquirir derecho pensional bajo tal normatividad, son; alcanzar los 60 o más años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Las anteriores exigencias conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010 y en caso de que los afiliados que no hubieren a la anterior fecha cumplido requisitos para pensionarse, se les otorgaba la posibilidad de hacerlo y extenderseles el régimen de transición hasta diciembre del año 2014, siempre y cuando tuvieran cotizadas 750 semanas a 25 de julio de 2005.

En este caso el demandante cumplió **los 60 años de edad el 22 de junio de 2010**, no habiendo lugar a analizar si a la entrada en vigencia del A.L. 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas, pues para la data en que arribó a los 60 años de edad, como ya se vio, antes del 31 de julio de 2010, contaba con más de 1230 semanas de cotización exclusivas al ISS, habiendo efectuado su última cotización al RPM, para el ciclo de septiembre del año 2006, como se desprende de historia laboral allegada por la demandada y visible a folio 110 del plenario.

Conforme lo señalado en precedencia, se observa que el actor, acreditaba los requisitos de densidad de semanas y edad previstos en el Acuerdo 049 de 1990, ya que causó la prestación bajo dicha normatividad el 22 de junio de 2010, data para la cual, alcanzó los 60 años de edad y se itera, para dicha data, tenía 1230 semanas cotizadas; razón por la que sin duda le es aplicable para su reconocimiento pensional, el Acuerdo 049 de 1990.

Del acto administrativo de reconocimiento pensional anticipado, resolución 0326 del 3 de septiembre de 2010, expedido por el ISS y visible a folio 46 del plenario, se observa que la prestación allí reconocida, se concedió bajo los

parámetros de la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta el régimen de transición de que el actor era beneficiario, así, el entonces ISS, calculó la mesada pensional a pagar, conforme los parámetros de liquidación previstos en dicha normatividad, aplicando una tasa de reemplazo de 67,77% al IBL hallado; siendo claro que le es más favorable el cálculo de la prestación bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, el que como se vio, le es aplicable a su caso.

Así las cosas, como bien lo señaló el juzgador de primer grado, al actor le asiste derecho a que su pensión le sea reconocida conforme el Acuerdo 049 de 1990, habiendo causado la prestación a su favor el 22 de junio de 2010; en cuanto a la liquidación de la misma, siendo este un punto de reproche señalado por el recurrente, se tiene que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que para quienes les faltare más de diez años, para adquirir derecho pensional a 1 de abril de 1994, el IBL corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado dentro de los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o el de toda la vida laboral si hubiere cotizado 1250 semanas o más, presupuesto este último en el que se encuentra el demandante, pues como bien lo señala el recurrente, la demandada indica en resoluciones 03626 de 2010 (fl. 44) y SUB 33941 de 2010 (fl. 81), que el actor acredita un total de tiempo de servicios, equivalente a 1330 semanas, para lo cual tuvo en cuenta el tiempo laborado por este al sector público - Ministerio de Defensa; sumatoria de tiempos públicos y privados que es permitida para la liquidación de pensión prevista en el Acuerdo 049 de 1990, pues en este sentido, varió la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia radicado No. 84243 del 1 de julio de 2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas.

Por su parte, la Corte Constitucional reafirmó el criterio anterior en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 en donde concluyó que el IBL no era un aspecto de la transición y por tanto, eran las reglas contenidas en el régimen general las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se perteneciera.

Siguiendo este derrotero jurisprudencial, se tiene en el presente conforme liquidación efectuada por el Grupo liquidador de esta Corporación, la que se

anexa a este pronunciamiento, que el IBL del actor calculado con el promedio de lo devengado durante toda su vida laboral, le resulta más favorable que el calculado durante los últimos 10 años de servicios, arrojando esta primera forma de liquidación un IBL de \$803.098, al que aplicado la tasa de reemplazo del 90%, arroja una mesada pensional de \$722.789, para el año 2010 siendo esta superior a la indicada en primer grado como en efecto lo señala el recurrente también en sus alegaciones, pues se itera, ha de tenerse en cuenta para la liquidación de la prestación, el tiempo laborado por el actor a favor del Ministerio de Defensa, con el que acredita un tiempo total de servicios de 1330 semanas, así las cosas, habrá de **modificarse** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, para señalar como mesada pensional para el año 2010, la suma de \$722.789.

INCREMENTOS PENSIONALES

Procede esta Sala a revisar en grado de **consulta** la decisión proferida respecto de los incrementos pensionales a que fuera condenada la demandada; sobre el particular, como se señaló en apartes anteriores, el demandante causó derecho pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, el 22 de junio de 2010, siendo pertinente establecer en primer lugar si tal prestación solicitada se encuentra vigente, al encontrarse prevista en normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, para luego sí analizar si hay lugar a estudiar el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta.

El precepto legal que contempla prestación petitionada, es el artículo 21, literal b) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normatividad que exige para su reconocimiento, la dependencia económica del cónyuge o compañera (o) permanente e hijos menores respecto del pensionado (a), como también que en este caso, que el compañero permanente, no perciba asignación salarial o pensional.

Así las cosas, para determinar la vigencia de la norma antes mencionada con posterioridad a la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones, tal aspecto ha sido objeto de amplias interpretaciones, en algunas de las cuales se ha considerado expresa o tácitamente derogado por varias normas de la Ley 100 de 1993, como lo son los artículos 283 y 289 ya que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 reguladores en su orden de las

pensiones de vejez e invalidez, no estipularon los incrementos consagrados en el artículo 21 del citado Acuerdo 049 de 1990.

En reiteradas providencias, esta Sala señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no estaba derogado ni expresa ni tácitamente y contrario a ello se indicó que dicha prerrogativa permanecía incólume para quienes accedieron al beneficio pensional por la aplicación directa del citado Decreto 758 o por su advenimiento en virtud de la transición pensional.

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplieran con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

No obstante lo anterior, como bien lo señala la demandada en sus alegaciones, en cuanto al incremento petitionado, la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de 2019**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

“Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los

presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

...Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad, sentencia que en la actualidad, ya se encuentra debidamente publicada.

Descendiendo al caso objeto de estudio y como quedó expuesto al haber estudiado el derecho pensional petitionado, se tiene que el demandante, causó derecho pensional el 22 de junio de 2010, se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto habrá de **revocarse** los numerales TERCERO a SEXTO de sentencia recurrida.

Prescripción

Como bien lo señaló el juzgador de instancia, el actor acredita haber reclamado ante la demandada reconocimiento pensional bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990, junto con incrementos pensionales el 14 de diciembre de 2017 (fl. 73), razón por la cual, se encuentran prescritas las diferencias pensionales generadas con anterioridad al 14 de diciembre de 2014, respecto de la pensión de vejez anticipada de que disfruta el actor desde el 1 de octubre de 2010 y la pensión a la que se determinó en esta oportunidad, tiene derecho, habiendo lugar a **modificar** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, indicando que el valor de la mesada pensional, teniendo en cuenta el fenómeno prescriptivo y conforme liquidación a que se aludió en apartes anteriores, asciende a \$807.762.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

431

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar señalar que la mesada pensional a que tiene derecho el demandante, para el año 2010, asciende a \$722.789, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia apelada, para en su lugar señalar que la mesada pensional a que tiene derecho el demandante, para el año 2014, asciende a \$807.762, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: REVOCAR los numerales TERCERO a SEXTO de sentencia recurrida, para en su lugar ABSOLVER a la demandada de la condena impuesta por incrementos pensionales, por las razones señaladas en la parte pertinente de este pronunciamiento.

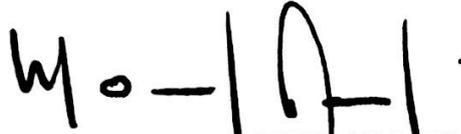
CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de pronunciamiento.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEJANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO