



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105029201800191-01

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

TEMA: Compatibilidad pensión de vejez Acuerdo 049 de 1990.

Procede la Sala a resolver recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2018 por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **PEDRO MARÍA LOZANO SOTO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, así mismo deberá conocerse la sentencia mencionado en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandada COLPENSIONES en lo no apelado.

ANTECEDENTES

PEDRO MARÍA LOZANO SOTO instauró demanda Ordinaria Laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, para que previa declaratoria que es beneficiario del régimen de transición, y que la pensión gracia que le había sido concedida es compatible con la de vejez que aquí reclama al ser financiada esta última con tiempos privados, sea condenada a reconocer pensión de vejez a partir del 13 de julio de 2006 cuando cumplió los requisitos, junto con los intereses moratorios, indexación, lo ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de su pedido, afirmó que nació el 13 de julio de 1946, prestó sus servicios al Estado por más de 20 años, siéndole reconocida pensión al amparo de lo dispuesto en la ley 33 de 1985; a su vez tuvo cotizaciones en el sector privado entre el 17 de julio de 1979 y el 20 de marzo de 2002, sumando

más de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad conforme el Decreto 758 de 1990; las dos pensiones son compatibles, no obstante le han sido negadas sus peticiones tanto de indemnización sustitutiva como de vejez. (Fls 454-58)

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma COLPENSIONES dio contestación con escrito de folios 79 a 82 donde se opuso a las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos negando los relacionados con la compatibilidad entre la prestación de jubilación reconocida a favor del actor y la pensión de vejez que pretende, en la medida en que ambas tienen la misma finalidad, en el sentido de amparar a las personas en su estado de vejez, por lo que no se encuentra inmersa en alguno de los casos en los que la ley permite el pago de las dos a cargo de COLPENSIONES, y la única excepción que propuso fue la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de noviembre de 2018, resolvió condenar a COLPENSIONES a pagar a PEDRO MARÍA LOZANO SOTO la pensión de vejez, a partir del 13 de julio de 2006, en cuantía inicial de \$566.880.48, debiendo cancelar el retroactivo de manera indexada, absolvió del pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, y condenó a la demandada al pago de las costas en las que incluyó como agencias en derecho la suma de \$3.000.000. (Folios 95-102)

RECURSOS DE APELACION

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las partes interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La parte demandante¹ para que se ordene el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, porque si bien COLPENSIONES hizo una interpretación exegética en su momento, no se puede desconocer la jurisprudencia existente frente al tema de reconocimiento de intereses moratorios, pues los mismos sí están causados.

La parte demandada², para que revoque la decisión y en su lugar se la

¹ “Y en cuanto a los intereses de mora pues se toma en cuenta que existe un acto pensional si es pertinente resaltar que si bien hizo una interpretación exegética en su momento la entidad, no se puede desconocer la jurisprudencia existente frente al tema de reconocimiento de intereses moratorios y es por esto su Señoría que sí debemos interponer el recurso de apelación en cuanto a este punto en específico, ya que pues los mismos si están causados y la ley 100 en su Artículo 141 ha sido bastante clara frente a este tema y lo ha regulado como tal Y por tanto si es procedente que los mismos sean reconocidos. Por tanto, presento un recurso de apelación en esta forma.”.

² “Muchas gracias Su señoría en esta oportunidad procesal interpongo recurso de apelación en contra del fallo proferido en la instancia y que sean los Magistrados del Tribunal Superior en su sala laboral quién revoca dicha decisión y en su lugar absuelve a mi representante de todas y cada una de las pretensiones presentadas en su contra en los siguientes términos: Tal y como lo manifesté dentro de mis alegatos de conclusión y apartándome del criterio de la instancia, que sea lo primero señalar que revisados los aplicativos de los bonos pensionales que se manejan en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y así con el expediente Administrativo de la Administradora se puede concluir las siguientes situaciones: Al pensionado al Señor Pedro María Lozano Soto se le reconoce mediante

absuelva de todas y cada una de las pretensiones, porque revisados los aplicativos de los bonos pensionales así como el expediente Administrativo, se tiene que al demandante en enero de 2002 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión de jubilación en cuantía de \$1.046.201, efectiva a partir del 14 de julio del 2001, y con resolución 25430 del 3 de noviembre del 2000 CAJANAL, le reconoció una pensión de vejez en cuantía \$243.159, efectiva a partir del 13 de julio del 96. Así, el señor Pedro cuenta con un total de 793 semanas cotizadas al 31 de marzo del 2002, siendo que a los docentes vinculados antes de la vigencia del decreto 1278 del 2002 inscritos en escalafón docentes de conformidad con el decreto 2277 del 79 se les aplica las excepciones contenidas en el artículo 19 de la ley cuarta del 92 consistente en que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritariamente el Estado, por lo que no existe compatibilidad de las pensiones reconocidas con el Magisterio y las prestaciones reconocidas por el Sistema General de Pensiones cuando se trata de docentes oficiales que hubieran adquirido el estatus de pensionado con anterioridad al 18 de mayo del 92, incompatibilidad que también contempla el artículo 128 de la Constitución Política, el Artículo 2º del decreto 2527 del 2000.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

resolución N° 127 del 11 de Enero de 2002 mediante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio una pensión de jubilación en cuantía de \$1.046.201 está la hacen efectiva a partir del 14 de julio del 2001 y la segunda mediante resolución 25430 del 3 de noviembre del 2000 la Caja de Previsión Social Cajanal, le reconoce una pensión de vejez en cuantía 243. 159 esta efectiva a partir del 13 de julio del 96 en lo que tiene que ver con la pensión reconocida el Magisterio es preciso hacer más reflexiones jurídicas para el fallo de segunda instancia. El demandante cuenta con un total de 793 semanas cotizadas al 31 de marzo del 2002. El demandante cuenta con una pensión de vejez otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la resolución anteriormente mencionada en relación con el caso que nos ocupa, es necesario tener en cuenta la compatibilidad pensional entre pensiones reconocidas por el Magisterio y las pensiones del Sistema General de Pensiones frente a lo cual hay que manifestar que los docentes vinculados antes de la vigencia del decreto 1278 del 2002 inscritos en escalafón docentes de conformidad con el decreto 2277 del 79 se les aplica las excepciones contenidas en el artículo 19 de la ley cuarta del 92 que expresamente indicará:

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria mente el Estado efectúese las siguientes asignaciones: Las que reciban los profesores universitarios que desempeñan como asesores de la rama legislativa, las percibidas por las personas, la asignación de retiro pensión al militar o parcial de las fuerzas públicas, las percibidas por concepto de sustitución pensional, los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra, los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales en salud, los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas en razón a su existencia de las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas y por último las que a la fecha entrada de la vigencia de la presente ley se benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

Se concluye que no existe la compatibilidad de las pensiones reconocidas con el Magisterio y las prestaciones reconocidas por el Sistema General de Pensiones cuando se trata de docentes oficiales que hubieran adquirido el estatus de pensionado con anterioridad al 18 de mayo del 92 conforme a esto se logra corregir que el demandante sí bien se vinculó al Magisterio con anterioridad a la vigencia del decreto 1278 del 2002, también es cierto que cumplió los requisitos para la pensión o sea el estatus pensional con posterioridad al 18 de mayo del 92 lo que quiere decir que conforme al artículo 19 de la ley cuarta del 92 se produce la incompatibilidad que es evidente a todas luces entre la presentación solicitada y la ya reconocida toda vez que las necesidades constitucionales ya del mínimo vital y la Seguridad Social propias estas contingencias derivadas por un riesgo de vejez se encuentran debidamente cubiertas y amparadas por la administración pública y en este sentido es improcedente que si fuera el reconocimiento de la pretensión principal del reconocimiento de la pensión de vejez. Con esto cabe también resaltar el artículo 128 de la Constitución Política, también el Artículo Segundo del decreto 2527 del 2000, el cual también debería ser analizado para efectos del fallo de segunda instancia. Y en ese orden de ideas dejó sustentado mi recurso de apelación Muchas gracias.”.

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicitó la confirmación del fallo, que reconoció la pensión con tiempos exclusivamente privados, así como la fecha de causación y disfrute, atendiendo que la entidad resolvió la petición del 8 de septiembre de 2009, apenas con la resolución VPB 6943 del 21 de febrero de 2017, insistiendo en la procedencia de los intereses moratorios. COLPENSIONES, por su parte, reiteró los argumentos de su recurso de apelación.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

La Sala estudiara sí (i) el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta lo establecido en el régimen de transición, aplicándose lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para lo cual deberá verificarse si hay lugar a la compatibilidad pensional de una pensión de jubilación oficial (MAGISTERIO) y una pensión de vejez, y (ii) de proceder el reconocimiento pensional, establecer si hay lugar también al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

DE LA COMPATIBILIDAD PENSIONAL

Al respecto, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante sentencia SL461-2013 con radicado No. 41001 del 17 de julio de 2013, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverri Bueno, en la que se dijo:

“En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resulta válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada.

...

En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos." (Negrilla fuera de texto)

Conforme a lo anterior, es evidente que procede el estudio del reconocimiento a la pensión de vejez solicitada, la cual es compatible con la pensión de jubilación oficial otorgada por el Magisterio al demandante.

DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Ahora bien, no existe duda, en el presente asunto, que el señor PEDRO MARÍA LOZANO SOTO nació el 13 de julio de 1946, de conformidad con lo referido en la cédula de ciudadanía en la que se indica fecha de nacimiento (Folio 3); es decir, que para el 01 de abril de 1994 el demandante contaba con más de 40 años de edad, siendo a todas luces evidente que gozaba del precitado régimen de transición pensional, sin embargo, este beneficio fue supeditado con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuyo parágrafo transitorio 4°, indicó que el régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizados al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría el régimen hasta el año 2014.

A folios 6 a 8, 64 a 67 y 85 a 88 del expediente, aparece reporte de las semanas cotizadas expedida por COLPENSIONES, el cual no ha sido tachado o desconocido dentro del trámite de este proceso. Ese documento, que tiene pleno valor probatorio, nos informa que la demandante cotizó entre el **17 de julio de 1979 y el 31 de marzo de 2002**, un total de **793.14 semanas** para los colegios privados EYMARD, COOPERATIVA DE MILITARES EN RETIRO, COLEGIO AGUSTINIANO SUBA y ORDEN AGUSTINOS RECOLETOS Y RECOLETOS; es decir, que para la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el **29 de julio de 2005** contaba con más de 750 semanas exigidas para mantener el régimen de transición.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ ACUERDO 049 DE 1990 APROBADO POR EL DECRETO 758 DEL MISMO AÑO:

El régimen anterior que tenía el demandante es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990 que aprobó el Decreto 758 del mismo año, el cual establece:

"Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo." (Negrilla fuera de texto)

Atendiendo los supuestos de hecho que se tienen superados en esta instancia -cobertura del régimen de transición, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y cumplimiento de la edad para adquirir el derecho pensional-, para establecer la procedencia de la pensión de vejez, conforme al Acuerdo 049 de 1990, resta únicamente determinar si el número de semanas cotizadas durante toda la vida laboral del demandante ascienden a 1.000 cotizadas en cualquier tiempo, o a 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Así las cosas, tenemos que el demandante dentro de los últimos 20 años cotizados anteriores al cumplimiento de la edad, es decir entre el 13 de julio de 1986 y el 13 de julio de 2006 cuenta con 754.16 semanas, cumpliendo y superando el mínimo de las 500 semanas exigidas por la ley aplicable.

Entonces, como el requisito de la edad lo cumplió el promotor de esta actuación el 13 de julio de 2006, cuando alcanzó los 60 años de edad y que cotizó 793.14 semanas a COLPENSIONES por cuenta del sector privado exclusivamente, ninguna de ellas proveniente del sector público consideradas para otorgarle la pensión gracia, es evidente que cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990. Así las cosas, el señor PEDRO MARÍA LOZANO SOTO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

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

"CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo." (Negrilla fuera de texto)

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

En el presente asunto, se tiene acreditado que el último período cotizado lo fue el ciclo de marzo de 2002, cuando se retiró del sistema, cumpliendo los 60 años de edad el 13 de julio de 2006, contando para ese entonces con 793.14 semanas; luego, de conformidad con lo establecido en líneas precedentes, es a partir del momento en que reunió el requisito de la edad que debe otorgarse la pensión.

DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA PENSIONES DE VEJEZ.

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, conforme lo explicado en las sentencias CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 40552³, reiterada en la del 17 jul. 2013, rad. 45712⁴, entre otras, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el 1º de abril de 1994, al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los casos en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

De igual manera, en la sentencia CC SU-230 de 2015 (29 abril), se indicó que:

"(...) El ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la

³ "Como quedó visto en sede de casación, para el caso de quienes les faltaba <menos> de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica a fin de establecer el IBL, las reglas contenidas en el inciso 3º del artículo 36 de la citada Ley 100. Empero, para quienes les faltare <más> de 10 años, el IBL será el previsto en el artículo 21 ibídem, norma que el censor también enunció en la proposición jurídica del cargo, esto es, el "promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión", o el promedio del ingreso base de cotización, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, si resulta superior al anterior, siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

⁴ "(...)" Así las cosas, para quienes les faltare más de 10 años, el IBL será el consagrado en el artículo 21 de la Ley de Seguridad Social, esto es, "el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión" o el promedio del ingreso base de cotización ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del asegurado, si resulta superior al anterior siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

"De tal modo, que al haber tomado el *ad quem* el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como norma aplicable en materia de IBL para este particular asunto, en el que el actor cotizó al sistema de seguridad social integral más de 1250 semanas, concretamente 1480, es dable optar por el IBL que le resultare más favorable al afiliado, y desde esta perspectiva la Colegiatura, no vulneró la ley en la forma en que le enrostra la censura."

"Y ello es así, por cuanto, se reitera, cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, al demandante le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, pues reunió requisitos al cumplir la edad de 60 años el 16 de octubre de 2007, razón por la cual tal como lo sostuvo el Tribunal, pese a que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social, el ingreso base de cotización de su prestación no se regía por esa disposición sino por el artículo 21 ibídem."

"Dicho criterio ha sido acogido por esta Corporación, entre otras, en la sentencia 37246 del 22 de enero de 2013, que reitera la proferida el 1º de marzo de 2011, Rad. 40552.)

Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación." "(...)" (Subrayado fuera de texto original)

En el caso concreto, como quiera que al actor le será reconocida pensión de vejez a partir de 13 de julio de 2006, le faltaba más de 10 años para adquirir para adquirir el derecho, por lo que su ingreso base de liquidación debe establecerse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los 10 años anteriores a la fecha de causación del derecho, que arrojó una mesada pensional inicial al 13 de julio de 2006 de **\$560.890.26**, resultado de aplicar una tasa de reemplazo del 60% al IBL de \$934.817.11. Debiéndose, por tanto, modificar en este punto la sentencia de primera instancia que la fijó en la suma inicial de \$566.880.48.

Lo anterior obedeció a que en abril de 1998 la A quo consideró una suma superior a la realmente cotizada, pues el IBC para abril 1998 fue de \$648.000 por 30 días efectivamente cotizados, sin embargo adoptó la suma de \$1.296.000, como si se hubiera realizado doble pago.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Se estudiará si la pensión reconocida al señor LOZANO SOTO a partir del 13 de julio de 2006 debe ser reconocida con los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en caso afirmativo, desde cuándo se comienzan a generar estos.

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

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

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

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

dar respuesta a la solicitud pensional.

Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral que han abordado el tema, entre otros, es pertinente citar la Sentencia con radicación 43564 del 5 de abril de 2011 con ponencia del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza donde se señaló claramente lo arriba expuesto, diciendo: *"Como lo ha explicado esta Sala de la Corte, la imposición de los intereses moratorios debe hacerse desde el momento en el que vence el plazo legal para que la entidad de seguridad social otorgue el derecho pensional, pero ello es así en condiciones normales, vale decir, cuando se está frente a una sola petición de reconocimiento de la prestación (...)"*

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en oposición a lo sostenido por la A quo, en la medida que el demandante estuvo privado de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento, dado que no se detuvo al estudio juicioso de la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Sala laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, vigente a la fecha de la solicitud pensional, que dilucida de manera clara la razón por la que sí se da la compatibilidad entre la pensión gracia y la de vejez, es decir, porque los recursos que financiaron las cotizaciones de ésta última no provinieron del Estado y por tanto no se presentaba en el caso del libelista la prohibición alegada por la entidad administradora.

Por lo tanto, como quiera que la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez la elevó por primera vez el demandante el 3 de noviembre de 2016, el retroactivo correspondiente a las mesadas causadas desde que surgió el derecho deben ser reconocidas con los correspondientes intereses moratorios generados desde el 3 de marzo de 2017, teniendo en cuenta que se ha establecido un plazo máximo de cuatro (4) meses a partir de la radicación de la solicitud para resolver la petición de la pensión de vejez y al haberse presentado solicitud el 3 de noviembre de 2016, la entidad contaba con cuatro meses, los cuales vencían 3 de marzo de 2017.

Así las cosas, los intereses moratorios a los que se hace referencia deberían pagarse desde el 4 de marzo de 2017 hasta que se realice el correspondiente pago, sobre el retroactivo causado desde el 13 de julio de 2006 y hasta que se produzca su correspondiente pago.

Conforme a las anteriores consideraciones, la Sala revocará el ordinal segundo de la sentencia del 19 de noviembre de 2018, proferida por el Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar disponer el pago de los intereses moratorios peticionados sobre el retroactivo debido hasta que se verifique su pago y la consecuente inclusión en nómina, confirmándola en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Las de primera se confirman dadas las resultas del proceso.

421

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

RESUELVE

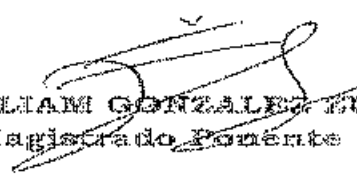
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2018 por la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por PEDRO MARÍA LOZANO SOTO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, exclusivamente en cuanto fijó como monto de la primera mesada pensional la suma de \$566.880.48, para en su lugar establecerlo en la suma de \$560.890.26, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR los ordinales segundo y sexto de la sentencia apelada, en cuanto, en su orden, allí se ordenó el pago indexado del retroactivo debido y se absolvió de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada a pagar tales intereses moratorios desde el 4 de marzo de 2017 y hasta que se produzca el pago de las mesadas pensionales adeudadas -retroactivo pensional por el período comprendido desde el 13 de julio de 2006 y hasta su pago-, intereses que se cancelarán a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de alzada en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en la segunda instancia a cargo de COLPENSIONES. Inclúyase en la liquidación como agencias en derecho la suma de \$877.803 a favor del demandante. Las de primera se **CONFIRMAN** dadas las resultados del proceso.

Notifíquese y cúmplase


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ TULUAGA
Magistrado Ponente


MILENA ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELASCO
Magistrado



122

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -
 MAGISTRADO: DR. JOSE WILLIAM GONZALEZ
 RADICADO: 110013105029201819101
 DEMANDANTE: PEDRO LOZANO
 DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACION
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2006, aplicando el 60% para obtener el valor de la primera mesada.

Promedio Salarial Anual							
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
04/02/91	28/02/91	25	99.630,00	3.321,00	\$ 83.025,00		
01/03/91	31/03/91	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/04/91	30/04/91	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/05/91	31/05/91	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/06/91	30/06/91	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/07/91	31/07/91	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/08/91	31/08/91	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/09/91	30/09/91	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/10/91	31/10/91	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/11/91	30/11/91	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/12/91	31/12/91	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
Total días		331			\$ 1.099.251,00	\$ 3.321,00	\$ 99.630,00
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/02/92	29/02/92	29	99.630,00	3.321,00	\$ 96.309,00		
01/03/92	31/03/92	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/04/92	30/04/92	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/05/92	31/05/92	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/06/92	30/06/92	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/07/92	31/07/92	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/08/92	31/08/92	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/09/92	30/09/92	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/10/92	31/10/92	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/11/92	30/11/92	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
Total días		335			\$ 1.112.536,00	\$ 3.321,00	\$ 99.630,00
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
04/02/93	28/02/93	25	136.290,00	4.543,00	\$ 113.575,00		
01/03/93	31/03/93	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/04/93	30/04/93	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/05/93	31/05/93	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/06/93	30/06/93	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/07/93	31/07/93	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/08/93	31/08/93	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/09/93	30/09/93	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/10/93	31/10/93	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/11/93	30/11/93	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
Total días		300			\$ 1.362.900,00	\$ 4.543,00	\$ 136.290,00
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
02/02/94	28/02/94	27	210.000,00	7.000,00	\$ 189.000,00		
01/03/94	31/03/94	31	210.000,00	7.000,00	\$ 217.000,00		
01/04/94	30/04/94	30	210.000,00	7.000,00	\$ 210.000,00		
01/05/94	31/05/94	31	210.000,00	7.000,00	\$ 217.000,00		
01/06/94	30/06/94	30	210.000,00	7.000,00	\$ 210.000,00		
01/07/94	31/07/94	31	210.000,00	7.000,00	\$ 217.000,00		
01/08/94	31/08/94	31	210.000,00	7.000,00	\$ 217.000,00		
01/09/94	30/09/94	30	210.000,00	7.000,00	\$ 210.000,00		
01/10/94	31/10/94	31	210.000,00	7.000,00	\$ 217.000,00		
01/11/94	30/11/94	30	210.000,00	7.000,00	\$ 210.000,00		
01/12/94	31/12/94	31	210.000,00	7.000,00	\$ 217.000,00		



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá - Cundinamarca

Total días		333	-		\$ 2.331.000,00	\$ 7.000,00	\$ 210.000,00
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Numero días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio	Salario promedio
01/03/95	31/03/95	30	280.000,00	9.333,33	\$ 280.000,00		
01/04/95	30/04/95	30	280.000,00	9.333,33	\$ 280.000,00		
01/05/95	31/05/95	30	280.000,00	9.333,33	\$ 280.000,00		
01/06/95	30/06/95	30	280.000,00	9.333,33	\$ 280.000,00		
01/07/95	31/07/95	30	280.000,00	9.333,33	\$ 280.000,00		
01/08/95	31/08/95	30	280.000,00	9.333,33	\$ 280.000,00		
01/09/95	30/09/95	30	280.000,00	9.333,33	\$ 280.000,00		
01/10/95	31/10/95	30	280.000,00	9.333,33	\$ 280.000,00		
01/11/95	30/11/95	30	294.000,00	9.800,00	\$ 294.000,00		
01/12/95	31/12/95	30	294.000,00	9.800,00	\$ 294.000,00		
Total días		300			\$ 2.828.000,00	\$ 9.426,67	\$ 282.800,00
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Numero días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio	Salario promedio
01/01/96	31/01/96	30	294.000,00	9.800,00	\$ 294.000,00		
01/02/96	29/02/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/03/96	31/03/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/04/96	30/04/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/05/96	31/05/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/06/96	30/06/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/07/96	31/07/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/08/96	31/08/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/09/96	30/09/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/10/96	31/10/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/11/96	30/11/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/12/96	31/12/96	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
Total días		360			\$ 4.227.633,00	\$ 11.743,43	\$ 352.302,75
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Numero días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio	Salario promedio
01/01/97	31/01/97	30	357.603,00	11.920,10	\$ 357.603,00		
01/02/97	28/02/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
01/03/97	31/03/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
01/04/97	30/04/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
01/05/97	31/05/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
01/06/97	30/06/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
01/07/97	31/07/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
01/08/97	31/08/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
01/09/97	30/09/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
01/10/97	31/10/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
01/11/97	30/11/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
01/12/97	31/12/97	30	434.438,00	14.481,27	\$ 434.438,00		
Total días		360			\$ 5.136.421,00	\$ 14.267,84	\$ 428.035,08
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Numero días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio	Salario promedio
01/01/98	31/01/98	12	259.200,00	8.640,00	\$ 103.680,00		
01/02/98	28/02/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
01/03/98	31/03/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
01/04/98	30/04/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
01/06/98	30/06/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
01/07/98	31/07/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
01/08/98	31/08/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
01/09/98	30/09/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
01/10/98	31/10/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
01/11/98	30/11/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	648.000,00	21.600,00	\$ 648.000,00		
Total días		342			\$ 7.231.680,00	\$ 21.145,26	\$ 634.357,89
Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Numero días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio	Salario promedio
01/01/99	31/01/99	30	300.762,00	10.025,40	\$ 300.762,00		
01/02/99	28/02/99	30	751.680,00	25.056,00	\$ 751.680,00		
01/03/99	31/03/99	30	751.680,00	25.056,00	\$ 751.680,00		
01/04/99	30/04/99	30	751.680,00	25.056,00	\$ 751.680,00		
01/05/99	31/05/99	30	751.680,00	25.056,00	\$ 751.680,00		
01/06/99	30/06/99	30	751.680,00	25.056,00	\$ 751.680,00		
01/07/99	31/07/99	30	751.680,00	25.056,00	\$ 751.680,00		
01/08/99	31/08/99	30	751.680,00	25.056,00	\$ 751.680,00		



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá - Cundinamarca

123

01/09/99	30/09/99	27	751.680,00	25.056,00	\$ 676.512,00		
01/10/99	31/10/99	30	751.680,00	25.056,00	\$ 751.680,00		
01/11/99	30/11/99	30	751.680,00	25.056,00	\$ 751.680,00		
01/12/99	31/12/99	30	751.680,00	25.056,00	\$ 751.680,00		
Total días		357			\$ 8.494.074,00	\$ 23.792,92	\$ 713.787,73
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Numero días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio	Salario promedio
01/03/00	31/03/00	30	756.000,00	25.200,00	\$ 756.000,00		
01/04/00	30/04/00	30	756.000,00	25.200,00	\$ 756.000,00		
01/05/00	31/05/00	30	756.000,00	25.200,00	\$ 756.000,00		
01/06/00	30/06/00	30	756.000,00	25.200,00	\$ 756.000,00		
01/07/00	31/07/00	30	756.000,00	25.200,00	\$ 756.000,00		
01/08/00	31/08/00	30	756.000,00	25.200,00	\$ 756.000,00		
01/09/00	30/09/00	30	756.000,00	25.200,00	\$ 756.000,00		
01/10/00	31/10/00	30	756.000,00	25.200,00	\$ 756.000,00		
01/11/00	30/11/00	30	756.000,00	25.200,00	\$ 756.000,00		
01/12/00	31/12/00	30	756.000,00	25.200,00	\$ 756.000,00		
Total días		300			\$ 7.560.000,00	\$ 25.200,00	\$ 756.000,00
Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Numero días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio	Salario promedio
01/01/01	31/01/01	9	220.000,00	7.333,33	\$ 66.000,00		
01/02/01	28/02/01	30	825.000,00	27.500,00	\$ 825.000,00		
01/03/01	31/03/01	30	825.000,00	27.500,00	\$ 825.000,00		
01/04/01	30/04/01	30	825.000,00	27.500,00	\$ 825.000,00		
01/05/01	31/05/01	30	825.000,00	27.500,00	\$ 825.000,00		
01/06/01	30/06/01	30	825.000,00	27.500,00	\$ 825.000,00		
01/07/01	31/07/01	30	825.000,00	27.500,00	\$ 825.000,00		
01/08/01	31/08/01	30	825.000,00	27.500,00	\$ 825.000,00		
01/09/01	30/09/01	30	825.000,00	27.500,00	\$ 825.000,00		
01/10/01	31/10/01	30	825.000,00	27.500,00	\$ 825.000,00		
01/11/01	30/11/01	30	1.037.000,00	34.566,67	\$ 1.037.000,00		
Total días		309			\$ 8.528.000,00	\$ 27.598,71	\$ 827.961,17
Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Numero días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio	Salario promedio
01/01/02	31/01/02	15	523.172,00	17.439,07	\$ 261.586,00		
01/02/02	28/02/02	30	1.046.344,00	34.878,13	\$ 1.046.344,00		
01/03/02	31/03/02	20	697.563,00	23.252,10	\$ 465.042,00		
Total días		65			\$ 1.772.972,00	\$ 27.276,49	\$ 818.294,77

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Salario promedio	Salario actualizado	Salario anual
1991	331	10,961	84,10	7,673	\$ 99.630,00	\$ 764.452,00	\$ 8.434.453,76
1992	335	13,901	84,10	6,050	\$ 99.630,00	\$ 602.767,16	\$ 6.730.899,91
1993	300	17,395	84,10	4,835	\$ 136.290,00	\$ 658.944,46	\$ 6.589.444,56
1994	333	21,328	84,10	3,943	\$ 210.000,00	\$ 828.105,18	\$ 9.191.967,48
1995	300	26,147	84,10	3,217	\$ 282.800,00	\$ 909.640,68	\$ 9.096.406,78
1996	360	31,237	84,10	2,692	\$ 352.302,75	\$ 948.541,77	\$ 11.382.501,22
1997	360	37,997	84,10	2,213	\$ 428.035,08	\$ 947.429,02	\$ 11.369.148,20
1998	342	44,716	84,10	1,881	\$ 634.357,89	\$ 1.193.118,26	\$ 13.601.548,18
1999	357	52,185	84,10	1,612	\$ 713.787,73	\$ 1.150.365,80	\$ 13.689.353,02
2000	300	57,002	84,10	1,475	\$ 756.000,00	\$ 1.115.424,03	\$ 11.154.240,31
2001	309	61,989	84,10	1,357	\$ 827.961,17	\$ 1.123.326,93	\$ 11.570.267,37
2002	65	66,729	84,10	1,260	\$ 818.294,77	\$ 1.031.351,37	\$ 2.234.594,64
Total días	3692					Total devengado actualizado a:	2006
Total semanas	527,43					Ingreso Base Liquidación	\$ 934.817,11
Total Años	10,26					Porcentaje aplicado	60%
						Primera mesada	\$ 560.890,26
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2006
							\$ 408.000,00

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	valor mesada actualizado	Nº. Mesadas	Subtotal
13/07/06	31/12/06	4,85%	\$ 560.890,00	14,00	\$ 7.852.460
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 586.018,00	14,00	\$ 8.204.252
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 619.362,00	14,00	\$ 8.671.068
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 666.867,00	14,00	\$ 9.336.138
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 680.204,00	14,00	\$ 9.522.856



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá - Cundinamarca

01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 701.766,00	14,00	\$ 9.824.724
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 727.942,00	14,00	\$ 10.191.188
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 745.704,00	14,00	\$ 10.439.856
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 760.171,00	14,00	\$ 10.642.394
01/01/15	31/12/15	3,68%	\$ 787.993,00	14,00	\$ 11.031.902
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 841.340,00	14,00	\$ 11.778.760
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 889.717,00	14,00	\$ 12.456.038
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 926.106,43	14,00	\$ 12.965.490
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 955.556,61	14,00	\$ 13.377.793
01/01/20	31/08/20	3,80%	\$ 991.867,76	9,00	\$ 8.928.810
Total retroactivo					\$ 155.221.728

Tabla Liquidación de Intereses					Fecha de Corte		31/08/2020
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de Interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
2006 a 28-2-2017	04/03/17	31/08/20	1277	25,29%	0,0618%	\$ 107.721.836	\$ 84.997.683,00
mar-17	01/04/17	31/08/20	1249	25,29%	0,0618%	\$ 889.717,00	\$ 686.636,00
abr-17	01/05/17	31/08/20	1219	25,29%	0,0618%	\$ 889.717,00	\$ 670.144,00
may-17	01/06/17	31/08/20	1188	25,29%	0,0618%	\$ 889.717,00	\$ 653.102,00
jun-17	01/07/17	31/08/20	1158	25,29%	0,0618%	\$ 1.779.434,00	\$ 1.273.218,00
jul-17	01/08/17	31/08/20	1127	25,29%	0,0618%	\$ 889.717,00	\$ 619.567,00
ago-17	01/09/17	31/08/20	1096	25,29%	0,0618%	\$ 889.717,00	\$ 602.525,00
sep-17	01/10/17	31/08/20	1066	25,29%	0,0618%	\$ 889.717,00	\$ 586.032,00
oct-17	01/11/17	31/08/20	1035	25,29%	0,0618%	\$ 889.717,00	\$ 568.990,00
nov-17	01/12/17	31/08/20	1005	25,29%	0,0618%	\$ 926.106,43	\$ 575.095,00
dic-17	01/01/18	31/08/20	974	25,29%	0,0618%	\$ 1.852.212,85	\$ 1.114.711,00
ene-18	01/02/18	31/08/20	943	25,29%	0,0618%	\$ 926.106,43	\$ 539.616,00
feb-18	01/03/18	31/08/20	915	25,29%	0,0618%	\$ 926.106,43	\$ 523.594,00
mar-18	01/04/18	31/08/20	884	25,29%	0,0618%	\$ 926.106,43	\$ 505.854,00
abr-18	01/05/18	31/08/20	854	25,29%	0,0618%	\$ 926.106,43	\$ 488.687,00
may-18	01/06/18	31/08/20	823	25,29%	0,0618%	\$ 926.106,43	\$ 470.948,00
jun-18	01/07/18	31/08/20	793	25,29%	0,0618%	\$ 1.852.212,85	\$ 907.562,00
jul-18	01/08/18	31/08/20	762	25,29%	0,0618%	\$ 926.106,43	\$ 436.042,00
ago-18	01/09/18	31/08/20	731	25,29%	0,0618%	\$ 926.106,43	\$ 418.303,00
sep-18	01/10/18	31/08/20	701	25,29%	0,0618%	\$ 926.106,43	\$ 401.136,00
oct-18	01/11/18	31/08/20	670	25,29%	0,0618%	\$ 926.106,43	\$ 383.396,00
nov-18	01/12/18	31/08/20	640	25,29%	0,0618%	\$ 955.556,61	\$ 377.876,00
dic-18	01/01/19	31/08/20	609	25,29%	0,0618%	\$ 1.911.113,22	\$ 719.144,00
ene-19	01/02/19	31/08/20	578	25,29%	0,0618%	\$ 955.556,61	\$ 341.269,00
feb-19	01/03/19	31/08/20	550	25,29%	0,0618%	\$ 955.556,61	\$ 324.737,00
mar-19	01/04/19	31/08/20	519	25,29%	0,0618%	\$ 955.556,61	\$ 306.433,00
abr-19	01/05/19	31/08/20	489	25,29%	0,0618%	\$ 955.556,61	\$ 288.721,00
may-19	01/06/19	31/08/20	458	25,29%	0,0618%	\$ 955.556,61	\$ 270.417,00
jun-19	01/07/19	31/08/20	428	25,29%	0,0618%	\$ 1.911.113,22	\$ 505.409,00
jul-19	01/08/19	31/08/20	397	25,29%	0,0618%	\$ 955.556,61	\$ 234.401,00
ago-19	01/09/19	31/08/20	366	25,29%	0,0618%	\$ 955.556,61	\$ 216.098,00
sep-19	01/10/19	31/08/20	336	25,29%	0,0618%	\$ 955.556,61	\$ 198.385,00
oct-19	01/11/19	31/08/20	305	25,29%	0,0618%	\$ 955.556,61	\$ 180.081,00
nov-19	01/12/19	31/08/20	275	25,29%	0,0618%	\$ 991.867,76	\$ 168.538,00
dic-19	01/01/20	31/08/20	244	25,29%	0,0618%	\$ 1.983.735,52	\$ 299.079,00
ene-20	01/02/20	31/08/20	213	25,29%	0,0618%	\$ 991.867,76	\$ 130.541,00
feb-20	01/03/20	31/08/20	184	25,29%	0,0618%	\$ 991.867,76	\$ 112.768,00
mar-20	01/04/20	31/08/20	153	25,29%	0,0618%	\$ 991.867,76	\$ 93.769,00
abr-20	01/05/20	31/08/20	123	25,29%	0,0618%	\$ 991.867,76	\$ 75.383,00
may-20	01/06/20	31/08/20	92	25,29%	0,0618%	\$ 991.867,76	\$ 56.384,00
jun-20	01/07/20	31/08/20	62	25,29%	0,0618%	\$ 991.867,76	\$ 37.998,00
jul-20	01/08/20	31/08/20	31	25,29%	0,0618%	\$ 991.867,76	\$ 18.999,00
Total Intereses moratorios							\$ 102.379.271,00

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	#####
Intereses moratorios	#####
Total	#####

Tabla del IPC - DANE - finline del mes



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

2020 AGO 28 AM 1:59

2020 AGO 28 AM 1:59

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105006201600349-01

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

TEMA: Cálculo actuarial.

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada PESACOL LTDA hoy SAS y JORGE GALÁN BECERRA, ZORAIDA MONTAÑA ALBA, CLARA MARCELA GALÁN, MAGDA YANETH GALÁN, GINA JIMENA GALÁN y MARÍA MARGARITA GALÁN en contra de la sentencia proferida el 24 de julio de 2017, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió CARLINA GONZALEZ VIVAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de una parte, y de otra, contra la sociedad TRANSPORTE PESADO DE COLOMBIA SAS -PESACOL S.A.S- y las personas naturales JORGE GALAN BECERRA, ZORAIDA MONTAÑA ALBA, CLARA MARCELA GALAN, MAGDA YANETH GALAN VARGAS, GINA JIMENA GALAN VARGAS y MARIA MARGARITA GALAN MONTAÑA, con integración del litis consorte necesario JORGE ENRIQUE GALAN VARGAS (fls 273-279). Previo a ello se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. Mariana Juliana Mejía Giraldo identificada con la C.C No. 1144041976 de Cali y TP No. 258258 del CSJ, conforme el poder visto a folios 333 a 337, y como apoderada sustituta a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC No. 31.486.436 de Yumbo- Valle y T.P No. 303924 del CSJ en los términos del poder obrante a folio 339 vto.

ANTECEDENTES

CARLINA GONZALEZ VIVAS, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de una parte, y de otra, contra la sociedad TRANSPORTE PESADO DE COLOMBIA SAS -PESACOL S.A.S- y las personas naturales JORGE GALAN BECERRA, ZORAIDA MONTAÑA ALBA, CLARA MARCELA

GALAN, MAGDA YANETH GALAN VARGAS, GINA JIMENA GALAN VARGAS y MARIA MARGARITA GALAN MONTAÑA, con integración del litis consorte necesario JORGE ENRIQUE GALAN VARGAS, para que previa declaratoria que adquirió el estatus de pensionada por vejez el 29 de agosto de 2008, y que COLPENSIONES debe realizar las acciones de cobro debida a los demandados por el lapso comprendido entre el 1° de abril de 1986 y el 31 de diciembre de 2003 conforme contrato de trabajo declarado en sentencia judicial; sean condenados los deudores al pago de las cotizaciones y la entidad administradora al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 30 de junio de 2014 junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como fundamento de su pedido informó, sucintamente, que el 23 de marzo de 2015 solicitó el reconocimiento de su pensión, la cual le fue negada al no tener el número mínimo de semanas e igualmente se negó a realizar el cobro de las cotizaciones al no acreditar tales tiempos ni aportar los elementos de juicio para un eventual cobro, a pesar de que sí aportó las sentencias del Juzgado Laboral del Circuito de Duitama del 1° de diciembre de 2011 que absolvió a los demandados y del Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Descongestión Laboral del 22 de marzo de 2013 que la revocó declarando la existencia del contrato de trabajo; precisando además que, nació el 29 de agosto de 1953, laboró para TRANSPORTES PESADOS DE COLOMBIA SA - PESACOL SA entre el 1° de abril de 1986 y el 27 de julio de 2007, quien pago parcialmente la seguridad social, por lo que demandó en proceso ordinario obteniendo la aludida sentencia en la que no solicitó el pago a la seguridad social.

Notificadas en debida forma las demandadas, dieron contestación en los siguientes términos:

COLPENSIONES con escrito de folios 104 a 117 se opuso a todas y cada una de las pretensiones, en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría salvo los relacionados con su obligación de cobro al empleador. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción falta de causa y título de los derechos reclamados, buena fe y la de inexistencia de intereses moratorios e indexación.

TRANSPORTE PESADO DE COLOMBIA SAS -PESACOL S.A.S- y las personas naturales **JORGE ENRIQUE GALAN BECERRA, ZORAIDA MONTAÑA ALBA, CLARA MARCELA GALAN, MAGDA YANETH GALAN VARGAS, GINA JIMENA GALAN VARGAS y MARIA MARGARITA GALAN MONTAÑA;** con escrito de folios 247 a 253 se opusieron a todas y cada una de las pretensiones, aceptaron la mayoría de los hechos negando los relacionados con sentencia judicial que les hubiese ordenado el pago de aportes a seguridad social, y el no pago de la seguridad social, pues indican que se canceló la totalidad mediante el convenio suscrito entre la empresa y la demandante consistente en que aquella le giraría a la actora

todo lo de seguridad social y ésta a su vez cancelaría su pensión, lo cual se hizo a través del intermediario Seguros Fenix. Y finalmente propusieron las excepciones denominadas: Pago mediante convenio, cobro indebido por pago de proceso laboral, mala fe, cosa juzgada, inexistencia de la obligación, carencia de acción y prescripción.

En cuanto al litis consorte necesario **JORGE ENRIQUE GALÁN VARGAS** con auto del 5 de septiembre de 2017 (Fl 314) se dio por no contestada la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 24 de julio de 2017, resolvió: **CONDENAR** a los accionados **TRANSPORTE PESADO DE COLOMBIA SAS -TRANSPORTE PESACOL S.A.S-** y solidariamente hasta el límite de los aportes que registró la sociedad con anterioridad a la transformación de la empresa LTDA a la sociedad por acciones simplificada **JORGE ENRIQUE GALAN BECERRA, ZORAIDA MONTAÑA ALBA, CLARA MARCELA GALAN, MAGDA YANETH GALAN, GINA JIMENA GALAN y MARIA MARGARITA GALAN**, a pagar el valor del cálculo actuarial por el tiempo en el cual la demandante no estuvo afiliada al sistema, esto es, entre el día 1° de abril de 1986 y el día 27 de julio de 2007, de conformidad con el salario que percibió la demandante en vigencia del contrato de trabajo, sin perjuicio del salario mínimo legal de conformidad con la liquidación que al efecto realice **COLPENSIONES**, con observancia del decreto 1887 de 1994; relevándose del análisis de la reclamación relacionada con la pensión de vejez, por cuanto la petición se elevó en forma anticipada al pago efectivo del cálculo que permita contabilizar el tiempo servido por la demandante, que por omisión no afilió el empleador, y condenó en costas a la parte demandada vencida en el proceso en la suma de \$2.800.000 (fls 327 -329)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandada¹ **TRANSPORTE PESADO DE COLOMBIA SAS -PESACOL**

¹ "Su Señoría apelamos. Su Señoría, asumimos y respetamos su decisión pero no la compartimos, ante el honorable, los honorables magistrados, interponemos el recurso de apelación del Código de Procedimiento Laboral Artículo 66.

Como bien es cierto, se sostuvo una relación laboral como bien se dice en la sentencia que hubo, que fue declarado por el mismo Tribunal, partimos de ahí, pero como es de verse su señoría, vía convenio se le estaba cancelando a ella la Seguridad Social en la cual se adjuntó los documentos en los cuales ella se enferma y, como era la administradora en ese momento de la empresa en Nobsa, ella tenía el manejo de los recursos, del dinero y de todo lo que podía manejar ahí por parte de esa empresa en cuanto a transporte pesado.

También podemos, como también es de verse que la empresa Pesacol Ltda. ha sido en varias ocasiones resuelto por el tribunal a favor de ella en cuanto a la parte laboral a las pretensiones laborales y sociales, tal es cuanto lo que se dijo de la pension-sanción que también era por ella exigida, el tribunal no acato esta petición totalmente negándola. Si hemos de ver que era tan pocas las semanas que le faltaban por que ella no recurrió a seguir aportando lo poco; lo que se ve acá es que de buena fe Jorge Enrique Galán Becerra de Pesacol Ltda., hacia las transacciones donde todas las pretensiones quedaron totalmente a paz y salvo en dos ocasiones (Una de veinte millones y una de treinta y tres millones), pero vemos que la señora Carlina no en este momento no queda satisfecha, que con eso había podido cancelar las pocas semanas que le faltaban para pensionarse. Sigue imponiendo a través de este Juzgado, Juzgado Sexto Laboral de Bogotá, inicia una demanda

S.A.S- y las personas naturales **JORGE ENRIQUE GALAN BECERRA, ZORAIDA MONTAÑA ALBA, CLARA MARCELA GALAN, MAGDA YANETH GALAN VARGAS, GINA JIMENA GALAN VARGAS y MARIA MARGARITA GALAN MONTAÑA**, interpuso recurso de apelación que, dada la ambigüedad del lenguaje utilizado en su exposición, en un amplio esfuerzo de la Sala por interpretar el verdadero querer, entiende que lo allí pretendido es que se revoque la sentencia condenatoria y en su lugar se absuelva a sus representados de toda responsabilidad, pues si bien no desconocen la existencia de la relación laboral declarada previamente en sentencia, insisten en que a la demandante se le canceló directamente la Seguridad Social, siéndole negada anteriormente por parte del Tribunal la pensión-sanción, reprochando por qué no continuó aportando lo poco, sobre todo cuando Jorge Enrique Galán Becerra de Pesacol Ltda., le hizo las transacciones donde todas las pretensiones quedaron totalmente a paz y salvo en dos ocasiones (una de veinte millones y otra de treinta y tres millones), dinero con el que había podido cancelar las pocas semanas que le faltaban para pensionarse. Además que no hay solidaridad porque siempre se trató de demandas contra PESACOL LTDA y aquí o fue contra PESACOL S.A.S, solicitando la posibilidad de llegar a un arreglo con COLPENSIONES para el pago del cálculo actuarial, debiéndose finalmente tener en cuenta las sentencias que declararon la existencia del contrato de trabajo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, COLPENSIONES insistió que está en cabeza del empleador la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, por lo que será una vez que se declare la existencia del vínculo laboral aquí solicitado, que esa entidad entrará a verificar si es viable realizar el correspondiente cálculo actuarial.

Sin pronunciamiento de las demás partes dentro del término concedido.

extraordinaria por la pensión, pensión como en sus tiempos ya había sido hilvanada y como ha sido contestado en ningún momento Pesacol Ltda., no estuvo atento a ser cancelado esos dineros o esa plata que ahora resulta por los juzgados. Pues es un poquito si de asombro la decisión su Señoría, pues vemos que así de esta manera quien hace empresa en Colombia, si las pocas personas que tratan de hacer empresa son perseguidos laboralmente y ahora socialmente. Este dinero no se ha donde ira a llevar de pronto a esta empresa, si podrá continuar.

Juez: Argumentación Jurídica Abogado.

Bueno era una cosa muy subjetiva, también podemos ver su señoría que dice que la solidaridad no se argumentó de pronto la relación del cambio patronal, bueno más adelante lo diré, sino que siempre se trató de las demandas contra Pesacol Ltda., pero no se argumentó por que se venía contra Pesacol S.A.S, que debió hacerse en cuanto a la demanda su Señoría. En cuanto a los socios su Señoría, solicitaría que el tribunal los exonerara de toda responsabilidad laboral y de aporte a Seguridad Social de Pensiones.

También solicito al honorable Tribunal que de acuerdo a la normatividad vigente en cuanto a la misma Seguridad se mirara por el pacto actuarial que se tiene con Colpensiones se mirara haber si se puede llegar a un arreglo.

Además, también solicito a los honorables magistrados la exoneración de toda responsabilidad laboral de mis clientes, de todos, de la empresa por las argumentaciones jurídicas que se tienen dentro del mismo proceso que es del Juzgado Primera Instancia en Duitama el Tribunal Segunda Instancia y Bogotá para que el honorable Tribunal tenga en cuenta estos puntos y pueda revocar la decisión que se tiene en este proceso acá en Primera Instancia. Con esto quedan fundamentados mis alegatos Señoría.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a decidir la alzada conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

La Sala estudiará si los pagos que se dicen realizados a la actora por valor de 20 y 33 millones de pesos, en virtud de un convenio entre ésta y la empresa demandada, tienen la virtualidad de eximir de responsabilidad a los demandados, que resultaron condenados en la sentencia objeto de apelación, de pagar el cálculo actuarial allí ordenado, y si existe alguna diferencia entre la sociedad demandada y la que fuera condenada; advirtiendo desde ya que no hay lugar a pronunciamiento sobre la posibilidad de acuerdo de pago alguno con COLPENSIONES, por la potísima razón de que se trata de un tema ajeno a la orden judicial que debe ser discutido exclusivamente entre esa entidad administradora de pensiones y quien funge como empleador y/o deudor de las cotizaciones; lo anterior de conformidad con la limitación prevista en el artículo 66 del CPT y de la SS.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue materia de controversia por ninguna de las partes que entre la demandante, señora CARLINA GONZALEZ VIVAS y la sociedad PESACOL LTDA existió un contrato de trabajo vigente entre el 1° de Abril de 1986 y el 27 de Julio de 2007, lapso durante el cual dicho empleador no la afilió ni hizo cotizaciones en su favor a pensiones en claro incumplimiento de lo dispuesto en la ley 90 de 1946; circunstancias de las que además dieron cuenta, entre otros medios probatorios, la forma asertiva como en parte fue contestada la demanda, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Descongestión Laboral de fecha 22 de Marzo de 2013 mediante la cual revocó la del 1° de diciembre de 2011 proferida por el Juzgado Laboral Adjunto del Circuito de Duitama el 1° de diciembre de 2011 (36 a 54 y 162-193) y el resumen de semanas cotizadas por el empleador que milita a folio 124.

DE LA EMPRESA EMPLEADORA RESPONSABLE DE LA AFILIACIÓN Y PAGO DE LAS COTIZACIONES DEBIDAS A LA DEMANDANTE

Con el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Duitama que obra a folios 244 a 246, allegado por la sociedad demandada con su escrito de contestación, se tiene plenamente acreditado que contrario a lo indicado por la censura en su recurso, no se presenta confusión o dislate alguno en cuanto a la responsabilidad que le asiste frente a las obligaciones aquí reclamadas por la demandante, esto es, al pago del cálculo actuarial que se pretende constituya en su favor, habida

consideración que, si bien es cierto la sentencia que declaró la existencia del vínculo laboral lo fue contra PESACOL LTDA, y que está demanda se dirige contra PESACOL SAS, se trata de la misma persona jurídica que simplemente cambió su nombre según inscripción efectuada el 10 de noviembre de 2014.

Luego entonces, pese al cambio de nombre de Ltda a SAS, la sociedad demandada no se halla relevada de las obligaciones ya adquiridas, sobre todo cuando también dicha responsabilidad le es extensible a los socios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del CST, y así ya había sido reconocido y ordenado en la providencia que declaró la existencia del vínculo laboral con la promotora de esta actuación, y que, como se puede fácilmente apreciar, fue anterior al cambio de la naturaleza de la sociedad de LTDA a SAS.

Al tema, oportuno se muestra traer a colación lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación laboral en sentencia SL2484 del 20 de junio de 2018, radicación No. 63306 M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que atinente a la posibilidad que tienen las sociedades de cambiar su tipo, cuyo cambio no afecta la responsabilidad laboral por deudas ya causadas, expuso en lo pertinente que:

“Ahora, en relación con la condena solidaria deprecada en el libelo, la Sala la estima procedente porque en el artículo 169 del Código de Comercio se establece que cuando se da una mutación en el tipo de sociedad que modifica la responsabilidad de los socios frente a terceros, la misma no afecta las obligaciones contraídas por la compañía con anterioridad a la inscripción del acuerdo de transformación en el registro mercantil.

Así las cosas, Alejandro (...) es solidariamente responsable de las condenas que se impongan a la sociedad demandada, conforme a lo establecido en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, porque durante el desarrollo del contrato laboral con la demandante fue socio de la compañía demandada (f.º 109 a 112), constituida bajo del tipo de la limitada, y su responsabilidad no sufrió alteración alguna con el cambio de Rada Cassab Estética Total Ltda. a una sociedad de la categoría de la anónima.”

Lo anterior es así porque de lo contrario se defraudaría al trabajador con el solo cambiar el tipo de sociedad. Y es que aun cuando las sociedades comerciales son autónomas para transformarse, y con ello cambiar su tipo de responsabilidad, como lo sería por ejemplo, pasar de una sociedad limitada a una sociedad anónima, o a una SAS como aquí aconteció, tal situación no puede producir la extinción de la responsabilidad solidaria por deudas laborales, en la medida que ésta permanecerá frente a las deudas y obligaciones adquiridas antes de la fecha de transformación.

En este orden de ideas, como la responsabilidad de los socios de la sociedad PESACOL LTDA hoy PESACOL SAS ya había sido declarada en la sentencia que declaró la existencia del contrato de trabajo, y que en esta oportunidad simplemente se ratificó la misma para efectos de ampliarla al pago del cálculo actuarial solicitado, no hay motivo alguno para variar la

decisión de la A-quo en tal sentido.

Últimamente, no encuentra soporte fáctico ni jurídico el reproche que se realiza a la sentencia por condenar al cálculo actuarial, si se tiene en cuenta que los pagos realizados a la demandante no cubrieron esta obligación puesto que obedecieron, por un lado, al cumplimiento de la sentencia que dispuso reconocer y cancelar las cesantías, los intereses a las cesantías la prima de servicios y vacaciones debidamente indexadas que junto a las costas ascendieron a \$33.349.8 (fls 268 y 269) y por otro, porque los pagos que se le efectuaron de manera directa a ella por concepto de seguros de vida, riesgos y pensión por los meses de octubre de 2006 y junio y julio de 2007 (fls 270-271) se tienen como no efectuados al tratarse de una obligación que debe cancelarse directamente ante los entes de seguridad social, esto es, que tanto la afiliación como la cotización se encuentran a cargo del empleador.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Luis Gabriel Miranda Buelvas, Radicación No. 54226 del 20 de octubre de 2015, hizo referencia a los aportes pensionales no cotizados por el empleador, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así:

"Para ello debe empezar la Corte por recordar que la afiliación de los trabajadores particulares al ente de seguridad social recurrente constituye una obligación laboral que precede a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que no fue a partir de ésta que se estableció tal obligación patronal como un imperativo en las relaciones del trabajo subordinadas particulares, sino que de tiempo atrás, específicamente desde la de la Ley 90 de 1946, cuando se concibió por el legislador la existencia de dicho ente de seguridad social, se proyectó la necesidad de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte por un mecanismo protector de carácter económico como lo Radicado n° 54226 vinieron a ser las pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes.

Tal propósito se desarrolló a través de los diversos Acuerdos expedidos por el ente de seguridad social de manera gradual y expansiva a todo el territorio nacional, y de forma obligatoria desde el 1º de enero de 1967, premisa que se volvió universal a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 por expedirse una nueva normativa que cobijó a toda clase de trabajadores.

El desarrollo de las políticas de aseguramiento social aparejó diversas situaciones. Sobre ellas la jurisprudencia ha trazado una línea de principio que recién se ha consolidado por la Corte en el sentido de indicar que no le está dado al empleador liberarse de responsabilidad cuando no afilia al trabajador o no cotiza a su nombre a la seguridad social, y como consecuencia se trunca el derecho pensional, de forma que en suma, cuando la afiliación no se produce, con independencia de su razón, será responsable de la prestación que hubiera podido otorgarle el sistema al trabajador; y cuando no paga o incurre en mora en la cotización será objeto de las acciones de cobro que la ley prevé para obtener el pago de las cotizaciones causadas y no cubiertas con sus intereses correspondientes. De manera análoga, se ha de concluir, cuando no habiendo afiliado al trabajador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o habiendo omitiendo cotizaciones antes de esa data éste, el trabajador no alcanza a contabilizar la densidad exigida para acceder a la pensión con las posteriores que

Radicado n° 54226 sufraque, caso en el cual deberá trasladar al Fondo de Pensiones escogido por el Trabajador el cálculo actuarial pertinente mediante un título o bono pensional. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De otro lado el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, indica:

"ARTICULO. 33.- Modificado por el art. 9, Ley 797 de 2003 Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.*

PARAGRAFO. 1º- Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1887 de 1994. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;*
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados;*
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley;*
- d) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, y*

*...
En los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie a satisfacción de la entidad administradora." (Negrilla fuera de texto)*

Conforme a lo anterior, la Sala concluye que la demandante tiene derecho al reconocimiento del cálculo actuarial y que no debe asumir las consecuencias por la omisión o mora en la que se encuentra inmerso su patrono.

Al haber sido desfavorable la alzada a la parte recurrente, se le impondrán costas. Se confirman las de primera instancia.

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

RESUELVE


PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 24 de julio de 2017 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso


instaurado por CARLINA GONZALEZ VIVAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de una parte, y de otra, contra la sociedad TRANSPORTE PESADO DE COLOMBIA SAS -PESACOL S.A.S- y las personas naturales JORGE GALAN BECERRA, ZORAIDA MONTAÑA ALBA, CLARA MARCELA GALAN, MAGDA YANETH GALAN VARGAS, GINA JIMENA GALAN VARGAS y MARIA MARGARITA GALAN MONTAÑA, con integración del litis consorte necesario JORGE ENRIQUE GALAN VARGAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

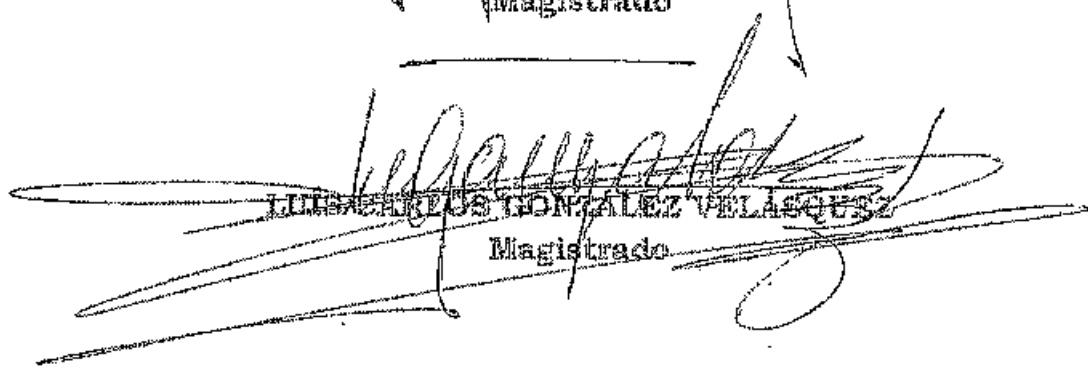
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del apelante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.803. Se confirman a las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CARRAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105029201400291-01

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HÉCTOR VENDE RIASCOS EN CONTRA DE LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. LIME S.A. E.S.P., POSEG S.A.S. PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES Y ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE HABITAT - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP

En Bogotá D.C. a los treinta y uno días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

Previo a proferir la correspondiente sentencia se procede a reconocer personería a la firma ASTURIAS ABOGADOS S.A.S., para que represente legalmente al demandante conforme al poder de sustitución allegado a folio 609 del plenario.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 19 de febrero de 2018, por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor HÉCTOR VENDE RIASCO por medio de apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral contra LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. LIME S.A. E.S.P., POSEG S.A.S. PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES Y ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE HABITAT - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP para que previos los trámites que le son

propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se declare que con Limpieza Metropolitana S.A. ESP se tenía un contrato de trabajo entre el 6 de julio de 2006 al 18 de diciembre de 2012, que Poseg Proveedores de Obras y Servicios Generales es un simple intermediario como solidario responsable, que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) debe responder solidariamente al ser beneficiaria de la actividad laboral, que se reconozcan 2 horas extras nocturnas por todo el tiempo laborado, en consecuencia, se condene al pago del trabajo suplementario, indemnización moratoria, indexación, costas, a lo extra y ultra petita. (Folios 77-78)

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que, la Unidad Especial de Servicios Públicos (UAESP) se encuentra adscrita a la Secretaría del Habitat de la Alcaldía Mayor de Bogotá, quien tiene el objeto de planear, coordinar, supervisar, y controlar la gestión integral de los residuos sólidos de la ciudad de Bogotá, por lo que, se suscribió contrato con la Empresa Lime S.A. ESP, así las cosas, estuvo al servicio de esta entidad desde el 6 de julio de 2006 hasta el 18 de diciembre de 2012, que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos fue beneficiaria de la labor desarrollada, que se desempeñaba en el cargo de conductor realizando recolección de basuras en la ciudad de Bogotá, que la empresa Poseg Proveedores de Obras y Servicios Generales suscribió contrato con la empresa LIME S.A., para lo cual contrato personal para la recolección de desperdicios en la ciudad de Bogotá, que el salario devengado fue de \$1.099.320.00 pesos, que nunca se pagó concepto de trabajo suplementario, que LIME S.A. ESP llevaba registro para regular el parque automotor, en donde quedaba el registro de entrada y salida del conductor. (Folios 74-77).

Contestación de la demanda:

Mediante Auto de fecha 13 de marzo de 2015 (Folios 247-248), se tuvo por contestada la demanda por las demandadas, la llamada a juicio UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP se opuso a la mayoría de las pretensiones, proponiendo como excepciones las que denomino; falta de legitimación material en la causa por pasiva, por inexistencia de relación contractual laboral con el demandante, inexistencia de la solidaridad laboral contemplada en el artículo 34 del Código Laboral, respecto de la UAESP. Además, formulo llamamiento de garantía de la compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza y Seguros del Estado. (Folios 100-111 y 127-132)

Por su parte, la demandada Proveedores de Obras y Servicios Generales S.A.S. POSEG S.A.S., frente a las pretensiones se opuso, solicito

denegación o rechazo, como excepciones de fondo propuso; cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada y prescripción. (Folios 140-149)

De otro lado, Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P. dijo que las pretensiones están llamadas al fracaso, para lo cual expuso, que el demandante está reclamando derechos que no le pertenecen, porque jamás se configuro una relación laboral y en el caso hipotético del reconocimiento de algún derecho, no se encuentra probado el tiempo suplementario pretendido, por lo que nada se adeuda. Como medio de defensa propuso las excepciones de fondo que denomino; cobro de lo no debido, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada y prescripción. (Folios 181-190)

Aunado a lo anterior, el apoderado de la parte demandante presento reforma a la demanda, la cual fue contestada por todas las demandadas tal y como se observa a folio 503 del plenario, así como también se tuvo por contestados los llamamientos en garantía por compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza y Seguros del Estado, quienes se opusieron a las pretensiones y como excepciones propusieron; el amparo de salarios únicamente cubre personal vinculado al contratista garantizando -- LIME S.A. E.S.P. -- mediante contratos laborales, inexigibilidad de los seguros por no cobertura de hechos y pretensiones de la demanda, tales como trabajo suplementarios, horas extras, dominicales, festivos, indemnizaciones moratorias (Art. 65 CST) indexaciones, costas, agencias en derecho, intereses, ausencia de acreditación de la ocurrencia del siniestro imputable al garantizado, ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas antes del inicio de la vigencia de cada póliza, prescripción de las acreencias laborales, existencia de coaseguro consecuente inexigibilidad de eventual afectación del seguro en un 100%, genérica, inexistencia de la obligación de la obligación de la UAESP por no encontrarse probado el incumplimiento de la empresa LIME S.A., buena fe de la UAESP e imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales, vencimiento del término legal y judicial para la vinculación del llamado en garantía, requisitos para hacer exigible de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal, inexistencia de la obligación a cargo de Seguros del Estado S.A. si se declara relación laboral directa entre el señor Héctor Vente Riascos y el asegurado la UAESP, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal, imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, compensación, límite de la responsabilidad y genérica. (Folios 394-407 y 413-425)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de febrero de 2018, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió; declarar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y a demandada LIME- LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P. entre el 6 de julio de 2006 al 18 de diciembre de 2012 devengando un salario del \$1.099.320.00 pesos y absolvió de las demás pretensiones a las demandadas.

Para llegar a la presente decisión la A quo manifestó; que en virtud a las normas referidas y los interrogatorios de parte practicados y al no existir contrato del acuerdo suscrito entre las demandada POSEG y LIME, concluye que la LIME prestaba un servicio relacionado con el objeto contratado por UAESP, y que las herramientas, camiones e instalaciones eran de propiedad de LIME, por lo que en virtud al principio de la realidad, se tiene que el demandante laboró y desempeño su actividad para LIME, siendo POSEG una simple intermediaria. Aunado a ello, se admitió prueba trasladada, sin embargo, para el Despacho no se probó que el demandante laboro las horas extras pretendidas, además de haber aplicado las consecuencias ante su inasistencia a la audiencia de conciliación, por último, de la solidaridad de la UAESP no se pronunció dadas las resultas del proceso.

Recursos de apelación

El apoderado de la parte demandante inconforme con las resultas del proceso, interpuso recurso de apelación, para lo cual expreso; que la exhibición de documentos no fue objetada, ni tachada, que la prueba fue decretada dándose por cierta, los cuales fueron anexos por LIME el 7 de marzo de 2017, en donde se evidencian las planillas de horarios de trabajo y horas extras, además de la confesión hecha por LIME de los hechos 21 al 30 en donde reconoce el registro del parque automotor, los registros de ingreso, los datos del conductor, la hora de entra y de salida, los recorridos las horas extras, el hecho de que el demandante siempre laboro 2 horas nocturnas, por lo que debe primar el aspecto sustancial antes que el procedimental, por lo que, se hace merecedor de la indemnización por mala fe de las demandadas, pues lo que tiene que primar es la realidad.

De otro lado, la apoderada de la parte demandada LIME S.A. ESP, solicita revocar el ordinal 1 de la sentencia proferida en primera instancia, argumentando; que no está probado que entre el demandante y LIME existe una vinculación de índole laboral, contrario a ello se probó que fue

otra empresa la que contrato al demandante, quien le impartió ordenes, le pago salarios y prestaciones sociales, no se logran configurar los elementos de una relación laboral con LIME, por lo que no puede considerarse a la empresa POSEG como un simple intermediario, dado que es una empresa independiente que presta sus servicios bajo su propia cuenta y riesgo, ello quedo así establecido en los interrogatorios de parte, pues POSEG se comprometió con LIME a prestar los servicios contratados con el personal a su cargo, bajo su propia responsabilidad, sin que existiera ningún tipo de solidaridad entre POSEG y LIME, además también se dijo en dicha prueba que los supervisores que impartían ordenes eran contratados por POSEG, al igual que los vehículos no todos era de LIME solo unos eran de su propiedad, otros de propiedad de POSEG y otros en concesión, por lo que no es posible predicarse el elemento de la subordinación. Adicionalmente, resalta que el demandante no asistió a la audiencia de conciliación y que se aplicaron los efectos establecidos en la norma respecto de la confesión, en consecuencia, se deberá declarar la inexistencia de la relación laboral respecto de LIME S.A. E.S.P.

Por último, la demandada POSEG S.A.S. coadyuva los argumentos expuestos por la demandad LIME S.A. E.S.P., interponiendo recurso de apelación para que el superior declare que POSEG S.A.S. es el único y verdadero empleador del demandante, manifestando; que fue quien reconoció salarios y también la liquidación final del demandante, además no quedo probado en el expediente que POSEG actuara como un simple intermediario, ya que dio cumplimiento por su cuenta y riesgo de los postulados contractuales suscritos con LIME S.A. E.S.P., que las demandadas LIME como POSEG cuenta con objetos sociales diferentes, por lo que no todos los camiones eran de propiedad de LIME, ya que algunos vehículos eran de POSEG y otros de terceros.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente, la llamada en garantía Seguros del Estado, solicito se confirme la decisión de absolver a mi prohijada y a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP, por su parte la llamada en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza también peticona la confirmación de la sentencia, situación que la demandada Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP también formulo. Los demás intervinientes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico

En atención al alcance de la apelación presentado por las partes, le corresponde a esta Sala determinar; (i) si existió una relación laboral entre el demandante señor Héctor Vente Riasco y la demandada POSEG S.A.S., para lo cual, además deberá determinar la figura de intervención de la empresa LIME S.A. E.S.P. y (ii) si hay lugar al reconocimiento y pago de horas extras nocturnas reclamadas.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados por la parte recurrente.

De la figura del simple intermediario

Frente a ésta figura, establece el art. 35 del CST que;

“1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.”

(Negrilla fuera de texto)

Al respecto, de viaja data la SL CSJ¹ ha sostenido sobre la norma transcrita que se prevén dos clases de intermediarios:

“a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios

¹ Sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, rememorada en las Sentencias Rad. No 30.653 del 17 de febrero de 2009 y SL 868 de 2013

de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1° del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario "representante" del empleador.

*La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del CST y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). Empero, si a pesar de la apariencia formal de un "contratista", **quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.***

Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas." (Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, respecto al motivo de inconformidad planteado por el apoderado de LIME S.A., es necesario resaltar que en el presente asunto quedo plenamente acreditado que el demandante presto sus servicios a la empresa LIME S.A. ello en razón a lo confesado por la representante legal de la empresa cuando manifiesta que los camiones que condujo el demandante para desempeñar su labor los colocaba a su disposición LIME S.A., los cuales además tenían el correspondiente logotipo de la empresa que los identifica, así como la base de operaciones de su propiedad, por lo que, se puede deducir que el demandante presto sus servicios de forma

610

personal en las instalaciones de LIME S.A. y con las herramientas de trabajo camiones y suministros de LIME S.A.

En conclusión, y sin lugar a dudas las labores desempeñadas por el demandante son del giro ordinario de la empresa LIME S.A., pues no puede olvidarse que el objeto social de la empresa corresponde a la operación, prestación y comercialización de servicios públicos domiciliarios, específicamente el servicio de aseo y saneamiento básico, bajo la recolección y transporte, barrido y limpieza, corte de césped, poda de árboles, transferencia, aprovechamiento, reciclaje y disposición final, entre otras actividades para la prestación de tal servicio, lo anterior se encuentra definido en el certificado de Cámara de Comercio.

De otro lado, se encuentra plenamente demostrado y acreditado que el contrato comercial suscrito entre Proveedores de Obras y Servicios Generales POSEG LTDA. y Limpieza Metropolitana LIME S.A., ello en virtud a lo confesado por el representante legal de POSEG al manifestar que la empresa que representa era proveedora de servicios de mano de obra de la empresa contratante LIME S.A., nótese como LIME S.A. era la beneficiaria de la prestación de los servicios prestados por el demandante y por ende quien le proporcionaba los elementos para desarrollar su actividad, pues si bien es cierto, el representante legal también indico que algunos vehículos con los que se prestaban los servicios eran de su propiedad, lo cierto es que la mayor parte de parque automotor era de propiedad de la demandada LIME S.A., quien además no solo tenía vehículos de su propiedad, sino que a través de leasing contrato otros a fin de que se prestaran los servicios inherentes a su objeto social, es así como resulta acertada lo indicado por la Juez primigenia al declarar que POSEG LTDA. tiene la calidad de intermediaria y no verdadera empleadora. Máxime, cuando era LIME S.A. quien ejercía control sobre la entrada y salida de los vehículos.

Con todo, es importante mencionar que de las pruebas allegadas al plenario y practicadas en primera instancia es LIME S.A. quien actúa como verdadero empleador y POSEG un simple intermediario, tal y como indico en primera instancia la A quo.

Del pago de las horas extras

Se han desarrollado jurisprudencialmente los siguientes presupuestos o condiciones que se asumen como necesarios; i) debe encontrarse plenamente acreditada la permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada pactada o la legal; ii) la cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas; iii) las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador y, en ese sentido; iv)

las horas extras de permanencia en el trabajo, deben estar dedicados valga la redundancia al trabajo, y no cualquier otro tipo de actividades.

Debe indicarse que, en cuanto a la prueba de las horas extras, las mismas deben encontrarse reflejadas dentro del plenario de manera clara y fehaciente, determinando el número, fecha, sin que sobre ellas recaía duda alguna sobre la labor de ellas, que se demuestre claramente que el empleador las autorizó o consintió tácitamente.

El empleador está obligado a llevar diariamente un registro de trabajo suplementario de cada trabajador, en el que se especifique: nombre de éste, edad, sexo, actividad desarrollada, número de horas laboradas, indicando si son diurnas o nocturnas, y la liquidación de la sobre remuneración correspondiente.

A su turno, el artículo 167 del Código General del Proceso establece lo relacionado con la carga de la prueba al indicar:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”.

Frente a esta tema, se considera que la decisión adoptada por la A quo se encuentra ajustada a derecho por cuanto, la carga de la prueba recaía en cabeza del demandante a quien le incumbía demostrar la prestación del servicio por fuera de su jornada legal ordinaria de trabajo, no debió limitarse simplemente a solicitar en su pedimento el reconocimiento y pago de estas, sino debió acreditar mediante una prueba fehaciente que llevara claridad y precisión al Juzgador sobre la labor del demandante por fuera de su jornada laboral, pues no debe olvidarse que no son válidas las conjeturas para determinar las horas extras laboradas, además de que no existe constancia de que el empleador las hubiese aprobado o acreditado, ni siquiera reposa al expediente prueba de los supuestos recorridos realizados por el demandante, los cuales niega la demandada tener en su poder.

Los motivos expuestos, con llevan a concluir que efectivamente la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, se encuentran ajustados a derecho y por ende debe ser confirmada en su integridad. sin costas en esta instancia por no haberse causado, se confirman las de primera instancia, dadas las results del proceso.

DECISIÓN

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

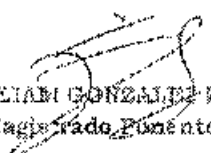
642

RESUELVE

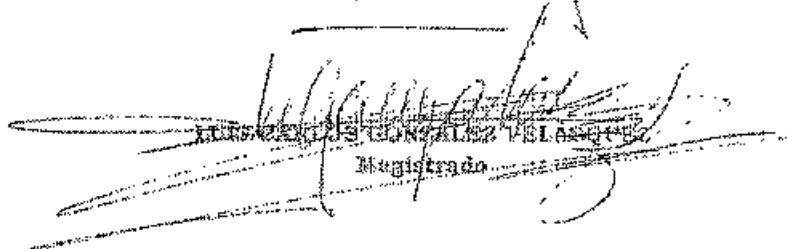
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 19 de febrero de 2018 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **HECTOR VENTE RIASCO** en contra de **LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P. LIME, POSEG PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP**; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia. Se confirman las de primera instancia, dadas las resultados del proceso.

Notifíquese y cúmplase


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ GULUAGA
Magistrado Ponente


MILENA ESQUIVEL CASTRO
Magistrado


~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ MELACOTTE~~
~~Magistrado~~



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

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105016201700618-01

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

TEMA: Pensión de Sobrevivientes - indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, y en lo no apelado el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida el 18 de febrero de 2019 por el Juzgado dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSE RUSBEL GARCIA BAUTISTA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

JOSE RUSBEL GARCIA BAUTISTA promueve demanda ordinaria laboral contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que previa declaratoria de qué le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el fallecimiento de su cónyuge, señora Dora Estella Castro de García, a partir del 21 de enero de 2017, se ordene su pago junto con los intereses moratorios sobre el retroactivo, la indexación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, indicó que era el cónyuge de la señora Dora Estella Castro de García desde el 29 de enero de 1972 sin separación alguna, que la misma estuvo afiliada a Colpensiones cotizando desde el 20 de enero de 2014 hasta el 20 de enero de 2017 un total de 124.29 semanas, falleció el 20 de enero de 2017, y elevó solicitud el 23 de marzo de 2017 para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la cual le fue negada con Resolución SUB 76492 del 25 de mayo de 2017 (fls 23-28 y subsanación fls 33-36).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma COLPENSIONES dio contestación en escrito que obra a folios 73-77, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, aceptó los hechos relacionados con la afiliación de la causante, su estado civil y la negativa a la reclamación elevada por el demandante. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 18 de febrero de 2019, resolvió condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de sobrevivientes cuyo monto corresponde al que se establece conforme al artículo 48 de la ley 100 de 1993 y que en todo caso no puede ser inferior al Salario Mínimo legal Mensual Vigente, a partir del 21 de enero de 2017, por la muerte de su cónyuge, señora Dora Estella Castro de García, junto con los reajustes anuales de ley y las mesadas adicionales correspondientes, declaró no probadas las excepciones propuestas; los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 causados a partir del 24 de marzo de 2017 y hasta cuando se haga efectivo el pago de las mesadas pensionales y las costas en cuantía de dos (2) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación al considerar que esa entidad no puede hacer entrega de dineros que no están en su poder, teniendo en cuenta que en el caso concreto al demandante ya se le había reconocido y cancelado una indemnización sustitutiva en agosto de 2016, por lo que se estaría desangrando al sistema como lo expresa la Sentencia C674 del 28 de junio de 2011 que indica que ninguna persona debe gozar de prestaciones que cumplan idéntica función, con lo que la condena violando el artículo 128 de la C.Pol.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

CONSIDERACIONES

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Con la forma asertiva como fue contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, así como con el registro civil de defunción, el expediente administrativo de la causante y el reporte de semanas cotizadas que reposan a folios 20, 90 y 15-17 , se tiene plenamente establecido que la señora DORA ESTELLA CASTRO GARCÍA, falleció el 20 de enero de 2017, lo que de suyo implica que el derecho de la pensión de sobrevivientes debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003 que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante. Requisitos que estimó el A quo cumple el señor demandante JOSE RUSBEL GARCÍA BAUTISTA al acreditar, además del vínculo matrimonial con la causante y el tiempo de convivencia requerido, el hecho de que la misma cotizó más de las mínimas semanas previstas en la norma para dejar causado el derecho.

Así, tenemos que los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales establecen, en lo que acá interesa, que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

“ARTÍCULO 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.”

“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado que fallece cumpliendo con la densidad de semanas cotizadas requerida en la ley, reconociendo las relaciones en las que se demuestre los lazos afectivos de apoyo y compromiso de vida real con vocación de permanencia en casos como el aquí visto, durante lapso superior a 5 años en cualquier tiempo si es con la cónyuge y existe separación de hecho.

De tal suerte, analizado el material probatorio en todo su conjunto, no cabe duda para la Sala que la parte actora acreditó en debida forma que su esposa, en lo que interesa el número mínimo de semanas cotizadas antes del fallecimiento, en efecto, dejó causado el derecho por cuanto durante los tres últimos años anteriores a su deceso (entre el 20 de enero de 2014 y el 20 de enero de 2017), cotizó 74.29 semanas, superando así las 50 requeridas en la norma.

En este punto conviene precisar que si bien es cierto en vida le fue reconocida a la afiliada, DORA ESTELLA CASTRO DE GARCIA, una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por parte de COLPENSIONES con resolución No. 221298 del 28 de julio de 2016 por valor de \$1.313.290 (fls 11-14), de ninguna manera tal pago se muestra incompatible con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a los derechohabientes cuando éstos acreditan reunir todos los requisitos, por la potísima razón que cada uno de tales pagos cubre una contingencia distinta, quedando así sin sustento la afirmación de la censura al indicar que de reconocer la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de un afiliado que en vida ha reclamado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez desangraría el sistema; máxime cuando tal estudió ya ha sido objeto de reiterada y pacífica jurisprudencia por parte de la H.Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, pudiéndose citar, entre otras providencias, la sentencia SL16169 del 24 de noviembre de 2015, Radicación n.º 44791, MP Dr. Gustavo Hernando López Algarra, en la que refirió en lo pertinente:

“Para la Corte, el razonamiento que le sirvió de respaldo al Tribunal en su decisión de negarle a la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, prevalido de que el causante había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se torna a todas luces equivocado, en cuanto ésta última circunstancia para nada impide que los derechohabientes de una pensión distinta al riesgo de vejez, como lo es la pensión de sobrevivientes que se causa por la muerte del asegurado, la reclamen con el lleno de los requisitos legales exigidos para esa contingencia.

Esta Corporación en sentencia CSJ SL. 25. Mar. 2009, radicación 34014, reiterada recientemente, en la sentencia CSJ SL 9769 – 2014, fijó su criterio en ese sentido, al considerar que no existía incompatibilidad alguna entre la indemnización sustitutiva de la pensión de

vejez que recibió el causante y la pensión de sobrevivientes que corresponde a los beneficiarios de éste, siempre que cumplan con las exigencias legales para acceder a ese derecho, al efecto precisó:

"Para la Corte, ninguna razón válida existe para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del causante, pretextando el hecho de que a éste, le fue reconocida en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la medida en que no se trata de la misma contingencia respecto de la cual se canceló la suma indemnizatoria."

Criterio reiterado recientemente, en la sentencia SL4064 del 4 de septiembre de -2019, Radicación n.º 61384, con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverri Bueno.

Aclarado lo anterior, resta por examinar si acreditó la convivencia real y efectiva durante los 5 años inmediatamente anteriores al deceso de su esposa, pudiéndose verificar que sí, ya que no sólo se halla demostrado su vínculo matrimonial con la señora CASTRO DE GARCÍA, con el registro civil de matrimonio y la partida de matrimonio (fls 19 y 22), que fue celebrado el 29 de enero de 1972, cuya sociedad conyugal no fue liquidada en vida de ésta, sino también que desde su unión convivieron de manera pacífica e ininterrumpida hasta el fallecimiento de aquella.

Tiempo de convivencia efectiva de la pareja que fue corroborado por los testigos CARMEN GLORIA MACIAS CONDE, JOSÉ ERNESTO GARCIA y ANDRES CALDAS GARCÍA, quienes dada su condición de cuñada, hermano y nieto del demandante, respectivamente, informaron que por esas calidades saben y les consta que desde que se casaron convivieron de manera ininterrumpida hasta el fallecimiento de la señora Dora quien era ama de casa y trabajaba para ayuda del hogar, vivieron en Chinauta como 25 o 30 años y en la finca de los padres del señor JOSE RUSBEL, saben que ella murió en el hospital San Ignacio de Bogotá producto de un accidente en el que se golpeó el cerebro, que procrearon dos hijas de nombres MARTH JANETH Y MERCEDES, que el demandante se dedica a cortar pasto, jardinería, arreglar piscinas, y fue quien cubrió los gastos de las honras fúnebres y no es pensionado.

Bajo tal entendido, al encontrarse plenamente demostrados los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al promotor de esta actuación con ocasión del deceso de su cónyuge DORA ESTELLA CASTRO DE GARCIA, ocurrido el 20 de enero de 2017, sería del caso proceder a liquidar el monto de la primera mesada pensional en esta instancia dado que el A quo no la fijó, sin embargo, como quiera que revisado el resumen de semanas cotizadas que milita a folios 15 a 17 se observa que las cotizaciones realizadas por aquella siempre lo fueron sobre el salario mínimo legal mensual vigente para cada periodo, y que ninguna pensión puede ser inferior a dicho valor, es por lo que se ha de cuantificar el monto de la primera mesada pensional en la suma de \$737.717, debiéndose modificar la condena que en tal sentido se efectuó en el ordinal primero de la sentencia objeto de apelación, manteniéndola incólume en cuanto a la fecha de causación que estableció el fallador de primera instancia a

partir del 21 de enero de 2017¹ y los reajustes legales que en lo sucesivo deben aplicarse a las mesadas causadas desde entonces.

DE LA PROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago. Así mismo, el artículo 1 de la Ley 717 de 2001 establece, que el plazo máximo para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es de dos (2) meses a partir de la radicación de la solicitud con la correspondiente documentación que acredite el derecho.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el o la beneficiaria realizan la solicitud de la pensión de sobrevivencia con la documentación que avale el derecho, y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses respectivos, salvo que el fondo de pensiones pruebe que el no pago a tiempo de las mesadas pensionales se debió a su actuar dentro de un marco normativo vigente, pero dándole un alcance o efectos disímiles. Sobre el punto se refirió la sentencia CSJ SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012², reiterada, entre otras, en la sentencia *CSJ SL, 15 oct. 2014, Rad. 44384*.

En el presente asunto, el accionante radicó la solicitud de estudio de la pensión de sobrevivientes el 23 de marzo de 2017 (Fls 5-14), siéndole negada la prestación conforme se lee en la Resolución SUB 76492 del 25 de mayo de 2017, con el argumento de la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida en vida a la afiliada y la pensión de sobrevivientes aquí peticionada, en claro desconocimiento de la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala laboral de la H.Corte Suprema de Justicia, que se constituye como precedente obligatorio en las actuaciones de las entidades del Estado y, de suyo imposibilita tener por justificada la negativa aducida COLPENSIONES, al no tratarse de un hecho aislado o nuevo que le permitiera libremente y a su acomodo hacer una interpretación de la norma.

¹ Aunque ha debido otorgarse a partir de la fecha del fallecimiento de la afiliada (20 de enero de 2017), no se varía por tratarse COLPENSIONES de apelante único y conocerse el grado de consulta en su favor.

² La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

En tal orden de ideas, toda vez que la petición se elevó el 23 de marzo de 2017, es claro que los dos meses con los que contaba la administradora para conceder la pensión vencieron el 23 de mayo de 2017, por lo que los intereses sobre las sumas debidas (retroactivo) corren a partir del 24 de mayo de 2017 y hasta que se verifique el pago de las mesadas causadas, y no como lo indicara el A quo, de ahí que este numeral tercero también deba modificarse en cuanto a la fecha desde la cual han de reconocerse los intereses de mora.

Por lo mencionado, se modificarán los ordinales primero y tercero de la sentencia de primera instancia para precisar que se condenara a Colpensiones al reconocimiento de la pensión en cuantía inicial de un (1) SMLMV, esto es, \$737.717 a partir del 20 de enero de 2017, y que los intereses moratorios a que se refiere el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales causadas desde el 20 de enero de 2017 y hasta que se verifique su pago, se causan desde el 24 de mayo de 2017, y no del 24 de marzo de esa anualidad, a la tasa máxima de interés moratorio, confirmándola en lo demás, sobre todo cuando no se evidencia la prosperidad de ninguna de las excepciones planteadas.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haber resultado vencida. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales **PRIMERO** y **TERCERO** de la sentencia proferida el 18 de febrero de 2019 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSE RUSBEL GARCIA BAUTISTA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en cuanto a que el monto de la primera mesada pensional corresponde a la suma de \$737.717, a partir del 21 de marzo de 2017 y que la fecha a partir de la cual corren los intereses de mora sobre el retroactivo debido es el 24 de mayo de 2017, manteniéndola incólume en lo demás conforme a los razonamientos expresados por la Sala.

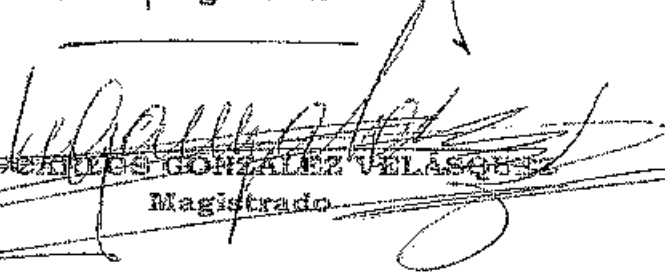
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLPENSIONES. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$500.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILNER ESQUIVEL CÁRDENAS
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente
Expediente 11001310502720170404-01

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

TEMA: Pensión de vejez – falta de afiliación oportuna por empleador (con cálculo actuarial y actualización de historia laboral)

Procede la Sala resolver los recursos de apelación parcial interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019 por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por **AGUSTIN RAMIREZ GONZALEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y en lo no apelado conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última. Pero antes de ello se reconocerá personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la Dra. MONICA ESPERANZA TASCO MUÑOZ con CC No. 1.018.451.024 de Bogotá y T.P No. 302509 del CSJ en los términos y para los efectos del poder obrante a folios 248 a 284.

ANTECEDENTES

AGUSTIN RAMIREZ GONZALEZ, llamó a juicio a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, para que previa declaratoria que dicha entidad incumplió su obligación de realizar las acciones de cobro de conformidad con el Artículo 24 de la ley 100 de 1993 respecto de los periodos de julio a diciembre de 2002, enero y febrero de 2003, julio a diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero a diciembre de 2005, y enero a marzo de 2006, respecto del empleador Administradora MJR, por lo que está obligada a asumir tales periodos, los cuales ya se encuentran reflejados en la historia laboral; sea condenada al reconocimiento y pago de la vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de 1990, a partir del cumplimiento

de los 60 años de edad y las 1000 semanas de cotización, esto es, desde el 18 de julio de 2012, al ser beneficiario del régimen de transición, junto con el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 o subsidiariamente al pago de los perjuicios por su no pago oportuno a partir del 18 de julio de 2012; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso costas a la demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, nació el 18 de julio de 1952, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 40 años edad, cuenta a la fecha con 1435 semanas cotizadas, el 30 de septiembre de 2011 el Juzgado 8° Laboral profirió sentencia en contra de su empleadora Administradora MJR Ltda., en la cual declaró la existencia de relación laboral vigente del 1 de noviembre de 2001 al 15 de octubre de 2007 y la condenó al pago de los aportes a la seguridad social – pensiones, para los períodos de julio a diciembre de 2002, enero y febrero de 2003, julio a diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero a diciembre de 2005, enero a marzo de 2006, mayo y junio de 2006; y aunque en varias oportunidades solicitó la elaboración del cálculo actuarial, ello no ha ocurrido, no obstante, el 31 de marzo de 2017 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento pensional, teniendo en cuenta las referidas semanas que suman en total 184.2 semanas, pero le fue negado cuando con las mismas completaba las 750 del acto legislativo 01 de 2005 y se le hacía extensivo el régimen de transición a 31 de diciembre de 2014, lo anterior por no allegar la copia del cálculo actuarial con el respectivo pago, sin que hasta la fecha COLPENSIONES haya efectuado el cobro a la empresa Administradora MJR; decisión contra la que interpuso los recursos de ley, en tanto contabilizadas la totalidad de semanas contaba con 1000 semanas de cotización y 60 años de edad, el día 18 de julio de 2012. (fls 2-16 y reforma fls 120-130)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SU REFORMA

Notificada en debida forma la demandada, COLPENSIONES con escritos de folios 87 a 97 y 142, se opuso a las pretensiones, negó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con el proceso ordinario ante el Juzgado 8°, la edad, la existencia del cálculo actuarial y las reclamaciones elevadas. Propuso las excepciones de falta de integración del contradictorio, respecto Administradora MJR LTDA; inexistencia del derecho y de la obligación; inexistencia de derecho a intereses moratorios; prescripción y buena fe, genérica (fl. 87-97). En su defensa indicó que el reconocimiento pensional carece de sustento factico y legal, dado que es al empleador vencido en juicio ante el Juzgado Octavo a quien le correspondía pagar los aportes y efectuar los trámites necesarios para obtener el cálculo actuarial, más no a ella, y en todo caso el demandante debe ejercer la acción encaminada a ese pago de los aportes, cuyo título ejecutivo tiene una vigencia de 5 años, de ahí que aunque el demandante cumplió con el requisito de edad para mantener el régimen de transición, no cumplió con la densidad de semanas cotizadas necesarias para ello, pues no pueden tenerse en cuenta las semanas no pagadas por el empleador demandado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia de 3 de diciembre de 2019, resolvió: condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del momento en que se retire del sistema, debiendo calcular el IBL con las cotizaciones que le resulten más favorables (10 últimos años o toda la vida), con una tasa de reemplazo del 90% y 13 mesadas anuales; negó las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada incluyendo como agencias la suma de \$1.000.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación que sustentaron así:

LA PARTE DEMANDANTE, para que se modifique la sentencia en cuanto: 1) la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, al estimar que debió otorgarse desde el 31 de marzo de 2017, por ser cuando elevó la solicitud pensional ante COLPENSIONES, ya que para esa fecha contaba con los requisitos para acceder al derecho pensional por ser beneficiario del régimen de transición, y si continuó cotizando fue porque le fue mal negada su petición; y, 2) para que se acceda al reconocimiento de los intereses moratorios por las mismas razones.

COLPENSIONES, porque al no haber novedad de retiro no se podía reconocer la pensión al demandante y conforme a ello, no habría mora y en consecuencia tampoco tendría lugar la condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora insistió en la procedencia del reconocimiento pensional de manera retroactiva a partir de la solicitud que elevó (31 de marzo de 2017) porque era evidente su intención de retirarse del sistema y ya tenía causado el derecho, habiendo lugar al pago de los intereses de mora porque no existe justificación en la negativa de COLPENSIONES. Entre tanto, COLPENSIONES reitera la improcedencia del reconocimiento pensional enfatizando que la obligación de pago del cálculo actuarial radicaba en cabeza del empleador condenado y sobre esa base podía el demandante exigir el cumplimiento de tal obligación, lo que no hizo y, por tanto, no se le pueden computar las semanas lo que le impide ser beneficiario del régimen de transición y de la pensión conforme el Acuerdo 049 de 1990, siendo improcedentes los intereses moratorios.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada y el grado jurisdiccional de consulta previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se circunscribe en primer lugar, a establecer si la no inclusión de semanas no registradas en el historial del demandante obedeció a una falta de afiliación o si se trató de un periodo de mora patronal, para seguidamente determinar la responsabilidad de COLPENSIONES frente al cobro y contabilización de tales periodos. Aclarado ello, se verificará si el actor es beneficiario del régimen de transición y, en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, la fecha a partir de la cual se causó y comienza su disfrute, y sobre esa base, monto y si hay lugar al pago de retroactivo e intereses moratorios. Lo anterior, dando cumplimiento a lo establecido por el Legislador en los artículos 66A y 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

DIFERENCIA ENTRE MORA PATRONAL Y FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Dado que tienen causas y consecuencias distintas, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL14388-2015 Radicación n.º 43182 del 20 de octubre de 2015, M.P Dr Rigoberto Echeverri Bueno, grosso modo, precisó en cuanto a la mora del empleador en el pago del aporte, que se tiene establecido que la validez de las semanas cotizadas no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro, ello por cuanto las administradoras de pensiones, y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, razón por la que no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores. Debiendo en consecuencia las administradoras demostrar que han adelantado el proceso de gestión de cobro, porque si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

De otra parte, la falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora; solución que es común para las tres hipótesis de omisión que pueden presentarse, a saber: **1)** Falta de afiliación del trabajador por falta de cobertura del sistema de seguridad social: A partir del 2014, la Corte definió, entre otras cosas, la responsabilidad de los empleadores frente a sus trabajadores por dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, imponiendo que los lapsos sin cobertura debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional. **2)** Declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones. Por virtud del principio de primacía de

la realidad sobre las formalidades, el máximo tribunal laboral optó por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social. Y **3)** No afiliación por omisión pura y simple del empleador. Finalmente, ante estas situaciones, la Sala ha dado cabida al reconocimiento de las prestaciones por las respectivas entidades de seguridad social con el consecuente recobro e integración de las cotizaciones y recursos, a través de cálculos actuariales.

Diferenciación que así vista resulta necesaria al momento decidir sobre el reconocimiento pensional, pues en el evento de que se trate de mora patronal, como aquí aconteció, a decir de las consideraciones plasmadas en el fallo proferido por el Juzgado octavo laboral del Circuito Adjunto de Bogotá del 30 de septiembre de 2011 (fls 26-37), en donde encontró demostrado que fue el empleador el que pese a tener afiliado a su trabajador al ISS omitió realizar el pago de algunos periodos de aportes a pensión, por supuesto que será la entidad administradora de pensiones la que deba asumir la responsabilidad, sin que la falta de pago del cálculo actuarial sea óbice para ello, por la potísima razón de que contaba con la posibilidad de adelantar cobro coactivo, siendo la referida sentencia una simple confirmación de la obligación que le asistía al empleador.

DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y DE LAS SEMANAS DE SERVICIO Y/O COTIZACIÓN EFECTIVA

No es objeto de controversia en la alzada que el señor AGUSTÍN RAMÍREZ GONZÁLEZ nació el 18 de julio de 1952, conforme se lee en su cédula de ciudadanía (fl 23); por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, siendo a todas luces evidente que gozaba del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la ley, beneficio que fue supeditado con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuyo párrafo transitorio 4º, indicó que el régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizados al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría el régimen hasta el año 2014.

Ahora bien, en lo que interesa a la densidad de cotizaciones requeridas para mantener el beneficio, a folios 100-106, 114 - 119 y expediente administrativo de folio 143, obra resumen de semanas cotizadas, en el que se verifica que el demandante cotizó entre el 5 de marzo de 1987 y el 25 de julio de 2005, un total de **652.41 semanas**, que sumadas a las **136.42** correspondientes al tiempo de servicio por el que se dispuso el cálculo con corte al 25 de julio de 2005 arrojan un total de semanas para dicha calenda de **794.83** semanas, cumpliendo así con suficiencia los requisitos para poder gozar del beneficio transicional, pues para la entrada en

vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, al **25 de julio de 2005** contaba con más de 750 semanas exigidas para mantener el régimen de transición, en orden a lo cual para pensionarse al amparo de lo dispuesto en el régimen anterior debía cumplir los requisitos allí previstos con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, de ahí que se entre a verificar si los satisfizo.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ ACUERDO 049 DE 1990 APROBADO POR EL DECRETO 758 DEL MISMO AÑO

El régimen anterior que tenía la demandante es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990 que aprobó el Decreto 758 del mismo año, el cual establece:

"Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo." (Negrilla fuera de texto)

Atendiendo los supuestos de hecho que se tienen superados en esta instancia -cobertura del régimen de transición, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y cumplimiento de la edad para adquirir el derecho pensional-, dado que cumplió 60 años de edad el 18 de julio de 2012, para establecer la procedencia de la pensión de vejez, conforme al Acuerdo 049 de 1990, resta únicamente determinar si el número de semanas cotizadas durante toda la vida laboral del demandante ascienden a 1.000 cotizadas en cualquier tiempo, o a 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Así las cosas, toda vez que el demandante, según reporte de semanas cotizadas aportado por COLPENSIONES, cuenta con **1.245** semanas cotizadas a esa entidad administradora, que sumadas a las **184.28** por el tiempo de servicio reflejado en el cálculo actuarial cancelado por su empleador moroso, totaliza durante toda su vida **1.429.28** semanas, de las cuales **1.163.27** lo fueron para el 18 de julio de 2012, cuando cumplió los 60 años de edad, es evidente que tendría derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir de ese momento.

De tal modo, el señor AGUSTIN RAMIREZ GONZALEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Sobre el tema en particular, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que: *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo*

anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

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

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

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

“La desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte puede disponerla el Instituto de Seguros Sociales por iniciativa del empresario o por petición del interesado en obtener la referida pensión, siempre que haya acreditado los requisitos pertinentes.

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

En este orden de ideas, como quiera que el señor AGUSTIN RAMIREZ GONZALEZ satisfizo los requisitos necesarios para acceder a la prestación pensional desde que cumplió los 60 años de edad (18 de julio de 2012), ya que para esa calenda registraba 1.163.27 semanas (incluidos los periodos en mora), sin que pudiera entrar a disfrutarlo desde entonces porque las distintas solicitudes pensionales que presentó fueron rechazadas por la accionada, con el argumento de no reunir los requisitos previstos en la ley, lo cual se constata con las resoluciones GNR 363712 del 13 de octubre de 2014, SUB 49600 del 29 de abril de 2017, SUB 89174 del 6 de junio de 2017, DIR 9535 del 29 de junio de 2017, expedidas por COLPENSIONES, entre otros tantos documentos; es por lo que para la Sala resulta de recibo el pedimento del recurrente encaminado a que su derecho pensional se reconozca, por lo menos, desde la última solicitud que radicó ante la demandada para tal fin, el 31 de marzo de 2017, ante la incuestionable y palmaria intención del demandante por comenzar a disfrutar la pensión que ya tenía causada.

Y es que si bien es cierto continuó realizando aportes al sistema con posterioridad a la fecha de causación de su derecho, a no dudarlo ello obedeció al error en el que lo hizo incurrir COLPENSIONES, sin que el hecho de permanecer como cotizante, tal como se verifica con la consulta realizada al RUAFF (fl 236), comporte desconocimiento de su derecho,

máxime cuando es claro que no puede quedar desamparado en salud y en los riesgos de IVM mientras se le incluye en nómina y comienza a recibir su mesada pensional, debiendo analizarse en cada caso las circunstancias que rodean la no desafiliación del sistema de los que reclaman el derecho para no aplicar dicho presupuesto sin consideración al contexto en el que se presenta, lo cual ha sido validado incluso jurisprudencialmente, ya que la desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte bien puede disponerla COLPENSIONES por petición del interesado, petición del 31 de marzo de 2017 que para el caso del actor, representaba para la entidad administradora abstenerse de considerar que éste quería continuar cotizando luego de su solicitud pensional, ya que en nada le beneficiaría pues no aumentaba ni el IBL ni la tasa de reemplazo, circunstancias todas ellas inequívocas de aquel requisito.

Al respecto conveniente resulta recordar la sentencia SL5603-2016, Radicación n. 47236 del 6 de abril de 2016, M.P Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que expresó:

"No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, Radicación n.º 47236 11 en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia"

Por lo expresado es dable concluir que, en contraposición de lo indicado por la juez primigenia, debe reconocerse la pensión al actor a partir del 31 de marzo de 2017, con lo que se modificará en este sentido la sentencia, precisando eso sí que la efectiva inclusión en nómina queda condicionada hasta tanto el señor RAMIREZ GONZALEZ acredite el retiro del sistema.

DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA PENSIONES DE VEJEZ

Acercas del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, en vista de que al señor RAMIREZ GONZALEZ a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, le faltaban más de 10 años para adquirir el

derecho, y que cotizó más de 1250 semanas lo que le permite optar por el ingreso base de liquidación que le resulta más favorable corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o durante toda la vida, efectuada la liquidación correspondiente se tiene por acreditado que la más favorable fue la de los últimos diez años, que arrojó una mesada pensional inicial al 31 de marzo de 2017 de **\$781.955.23**, resultado de aplicar una tasa de reemplazo del 90% al IBL de \$868.839.15

Derecho al retroactivo que no se ve afectado por el fenómeno prescriptivo como quiera que entre la fecha en que fue decidida y notificada finalmente la petición del 31 de marzo de 2017 (6 de junio de 2017 fls 73-77) y la presentación de esta demanda (19 de julio de 2017 fl 80) no transcurrió el termino trienal para que operara este fenómeno.

No se autoriza el descuento de las cotizaciones a salud respecto del retroactivo, como quiera que el libelista ha cubierto el pago de este concepto durante dicho lapso, procediendo el mismo tan sólo una vez sea incluido en nómina o se demuestre su afiliación del sistema de salud, lo primero que ocurra.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Se duele la parte actora de la falta de imposición de los mismos ante la ausencia de reconocimiento oportuno del derecho y el consecuente pago tardío del retroactivo ordenado.

En tal sentido ha de recordarse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspectos que ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.¹

¹ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que el demandante estuvo privado de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento con el argumento de que no completaba las semanas requeridas aun cuando era ella quien tenía la obligación de solicitar el pago de los periodos en mora y actualizar la historia laboral del actor. Aspecto que así visto lejos de mostrarse confuso y justificativo de su omisión impone la confirmación de su imposición.

Por lo tanto, las mesadas causadas a partir del 31 de marzo de 2017 en adelante y hasta que se efectuó su correspondiente pago deben ser reconocidas con los intereses moratorios a que haya lugar, teniendo en cuenta que se ha establecido un plazo máximo de cuatro (4) meses a partir de la radicación de la solicitud para resolver la petición de la pensión de vejez y al haberse presentado solicitud el 31 de marzo de 2017, la entidad contaba con cuatro meses, los cuales vencían 31 de julio de 2017, por lo que se revocara la decisión absolutoria en este sentido para en su lugar ordenar a COLPENSIONES cancelar los intereses moratorios a los que se hace referencia, los cuales corren del 1º de julio de 2017 hasta que se realice la respectiva inclusión en nómina y no tenga la necesidad el demandante de continuar cotizando al sistema para el cubrimiento de los riesgos de I.V.M o hasta la efectiva desafiliación de éste si es anterior a la dicha inclusión en nómina.

DE LAS COSTAS

Alega la demandada no tener el deber de asumir la condena en costas de primera instancia, pues según su dicho, no había lugar a reconocer la pensión al demandante, en tanto éste no se había retirado del sistema, sin embargo, omite indicar que el aquél cumplía con los requisitos de pensión, conforme lo ya analizado, desde la fecha de la primera petición no obstante fue necesario que acudiera a la justicia para que dicha declaración se hiciera judicialmente, aunado a que hubo oposición a en la contestación de demanda, luego, no se explica la Sala cuál es el argumento que haría variar la decisión de primera instancia en este sentido, por lo cual se mantendrá la condena en costas atacada.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

Las de esta instancia corresponden a COLPENSIONES al haberle resultado adverso el recurso de apelación.

Bastan las anteriores reflexiones para revocar parcialmente la sentencia primigenia en cuanto se abstuvo de reconocer la pensión desde la fecha de la solicitud, y de condenar al pago de los intereses moratorios, confirmándola en lo demás.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el ordinal primero de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por AGUSTIN RAMIREZ GONZALEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en cuanto condenó al reconocimiento y pago de la pensión a partir del momento en que se retire del sistema, para en su lugar condenar a dicho reconocimiento a partir del 31 de marzo de 2017 en cuantía inicial de \$781.955.23, la que en lo sucesivo debe ser objeto de los reajustes anuales de ley, confirmándola en lo demás (tasa de reemplazo del 90% y número de mesadas anuales a razón de 13). No se autoriza el descuento de las cotizaciones a salud respecto del retroactivo como quiera que el libelista ha cubierto el pago de este concepto durante dicho lapso, procediendo el mismo tan sólo una vez sea incluido en nómina, o se desafile del sistema de salud, lo que ocurra primero. Ello conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente los ordinales segundo y tercero de la sentencia apelada, en cuanto allí, en su orden, absolvió del pago de los intereses moratorios y declaró probada la excepción de inexistencia del derecho al cobro de intereses moratorios, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES cancelar al demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas causadas a partir del 31 de marzo de 2017 y hasta la efectiva inclusión en nómina, los cuales corren desde el 1º de julio de 2017 y hasta que se realice la respectiva inclusión en nómina y no tenga la necesidad el demandante de continuar cotizando al sistema para el cubrimiento de los riesgos de I.V.M, o hasta la efectiva desafiliación de éste si es anterior a la dicha inclusión en nómina; y, **DECLARAR** no probada la excepción de inexistencia del derecho al cobro de intereses moratorios.

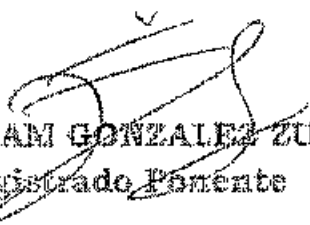
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

30548

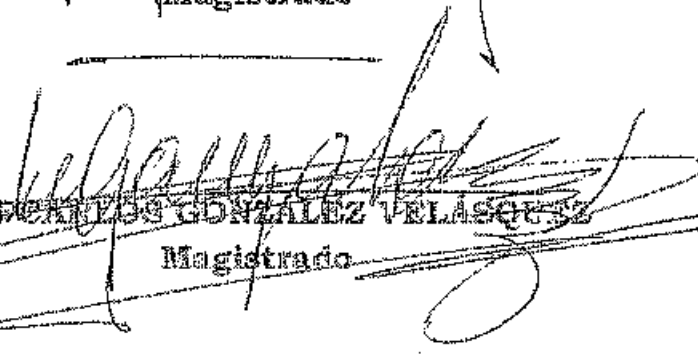
CUARTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a COLPENSIONES conforme las resultas del proceso. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.803. Las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESCOBAL CARMON
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASCO
Magistrado



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

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105036201600245-01

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

TEMA: Existencia de Contrato de Trabajo, Prestaciones Sociales e indemnizaciones.

Procede la Sala a escuchar las alegaciones de las partes, y a continuación a resolver el recurso de apelación interpuesto por los intervinientes contra la sentencia proferida el 6 de febrero de 2017 por el Juzgado Treinta y seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JONATAN TORRES SANCHEZ CALDERON** en contra de **JOSE PASCUAL SACRAMENTO CASTILLO MONROY**.

ANTECEDENTES

JONATAN TORRES SANCHEZ CALDERON por medio de apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral contra JOSE PASCUAL SACRAMENTO CASTILLO MONROY para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos y una vez reformada la demanda y aceptada en legal forma mediante auto del 15 de febrero de 2017, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de enero de 2007, desempeñando el cargo de mesero en los establecimientos de comercio denominados DON PASCUAL GALLINA DORADA 1 y 2 y PIQUETEADERO DOÑA OTILIA, estos de propiedad del demandado, que se declare que la relación laboral fue terminada con justa causa por parte del trabajador, por El no pago de las acreencias laborales debidas por el año 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, por concepto de auxilio de cesantías, sanción por no consignación oportuna del auxilio a las cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías, de servicios, vacaciones, intereses legales establecidos en el 1617 del ordenamiento Civil; que el demandado no realizo pagos a los

aportes a salud, ni a riesgos laborales, ni aportes pensionales e indemnización por terminación unilateral con justa causa imputable al empleador y a la indemnización por falta de pago establecida en el artículo 65 del CST, todo ello debidamente indexado y bajo las facultades ultra y extra petita. (Folios 85 a 100)

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que el señor JOSE PASCUAL SACRAMENTO CASTILLO MONROY, es propietario del establecimiento de comercio DON PASCUAL GALLINA DORADA A LA BRASA, DON PASCUAL 2 GALLINA DORADA A LA BRASA y PIQUETEADERO DOSA OTILIA; que el actor entro a laborar el 21 de enero de 2007, bajo la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de mesero con una remuneración diaria de \$32.000 pesos, con un horario de 12 del mediodía a 6 de la tarde los viernes de los años 2012 y 2013 y de igual modo los días sábados, durante los años 2008 a 2014 y los días domingos durante los años 2007 a 2015, de cada semana y los días festivos durante los años 2007 a 2015. Que la relación fue concluida el 20 de diciembre de 2015, debido al incumplimiento en el reconocimiento de las acreencias laborales por parte del empleador, comprendiendo estas: auxilio a las cesantías, sanción por no consignación oportuna del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, indemnización por no pago oportuno de los intereses sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones, intereses legales por concepto de vacaciones de acuerdo al 1617 del código Civil. aportes salud, pensión, riesgos laborales, indemnización por terminación unilateral con causa atribuible al empleador e indemnización por falta de pago bajo el artículo 65 del CST.

Vale hacer la aclaración, de que el libelo demandatorio fue admitido por el A quo, en auto del 20 de septiembre de 2016, sin embargo y dentro del término procesalmente dado para reformar la demanda, el actor, allego reforma a la misma, la cual fue aceptada en auto del 15 de febrero de 2017.

Contestación de la demanda:

Notificados en legal forma los demandados, se tuvo que mediante auto de fecha 15 de febrero de 2017 (Folio 113) se reconoció a RAFAEL HUMBERTO RAMIREZ GOMEZ como apoderado de JOSE PASCUAL SACRAMENTO CASTILLO MONROY, como propietario de los establecimientos de comercio don pascual GALLINA DORADA A LA BRASA Y PIQUETEADERO DOÑA OTILIA, en los términos y para los efectos indicados en el poder conferido, y se le dio termino para la subsanación la cual es visible a folios 115 a 123 y la cual fue aceptada mediante auto del 19 de abril de 2017 pero por no contestada la reforma a la demanda. Así en consideración a la inexistencia de la relación laboral. Se refirió a todos y cada uno de los hechos, refiriendo, en síntesis, que el actor, fue esporádicamente durante el periodo de tiempo

referido y que nunca se consolidó una relación laboral por cuanto, según el mismo, "mal podría surgir" una relación laboral en los términos y condiciones que se pactaron, según la cual, el demandado solo asistía al establecimiento de comercio a prestar sus servicios de manera independiente, por unas pocas horas, es decir, durante unas horas de almuerzo de la clientela, es decir de 12 pm a 4 pm. Respecto de las excepciones, propuso las de inexistencia de la relación contractual laboral, prescripción, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe de la demandante y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de febrero de 2017, el Juzgado Treinta y seis Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JONATAN TORRES HERNANDEZ y el señor JOSÉ PASCUAL SACRAMENTO CASTILLO MONROY, existió contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 25 de enero y el 20 de diciembre de 2015.

SEGUNDO: CONDENAR al demandado a pagar los siguientes conceptos:

- A- 168.000 por cesantías
- B- 36.400 por prima de servicios
- C- 168.000 por PRIMAS DE SERVICIO
- D- 84.000 por compensación de vacaciones suma que deberá ser indexada al momento del pago.
- E- 4.466.215 por indemnización moratoria causada hasta el 21 de diciembre de 2017. A partir de tal fecha se deberá cancelar al demandante, los intereses moratorios sobre las sumas debidas por prestaciones sociales, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Súper Intendencia Bancaria, hasta cuando se verifique el pago.

TERCERO: ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS al encartado. Inclúyase en su liquidación la suma de \$600.000 como "agencias en derecho".

Los apoderados de las partes interponen recurso de apelación, los que se conceden en el efecto suspensivo.

Para llegar a la presente decisión el A quo manifestó que de acuerdo al material probatorio recaudado en instancia, se podía colegir que el demandante y demandado, sí tenían un contrato de trabajo, al analizar las pruebas de manera conjunta y coherente, extrayendo de la inmediación de prueba de parte del mismo demandado, que el

172

demandante laboro hasta el 28 de febrero de 2016, pero que el demandante fue ambivalente con los extremos de la relación laboral y que bajo la sana crítica se puede considerar que no era un comensal constante. Respecto de pagos y prestaciones sociales, estos no fueron reconocidos desde el comienzo de las actuaciones, razón por la cual el juez primigenio considero que había mala fe pero que cualquier condena de este tipo, dado que el sistema de salud es retributivo y esto beneficiaría a las EPS, es razón suficiente por la cual no hubo condena a pagos a régimen de seguridad social. Se valió de los testimonios rendidos por Cecilia Segura y Fenever Carrillo Aldana, porque ambos coincidieron con el actor que, si laboro como mesero, sin embargo, se sabe que estos testimonios corresponden a los años 2015 y 2016, momento en el que trabajaron, sin constatarse tiempos precedentes.

Recursos de apelación:

El apoderado de la demandante, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, basándose específicamente en la cuantificación de los extremos laborales de la relación laboral. Por su parte la parte demandada, centro el recurso de alzada, con fundamento en que hubo un error en la cuantificación de la indemnización, por cuanto para la referida, el monto es de \$1066 pesos por cada día y no \$35.000 pesos como concluyo el A quo.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente la parte demandante indico; *"Conforme a lo anteriormente expuesto y aportado, ruego a su despacho se sirva revocar parcialmente la sentencia proferida en primera instancia y se acceda a las pretensiones, conforme a lo señalado en el libelo introductorio y la sustentación del recurso de apelación."* De otro lado, la contra parte guardo silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

El problema jurídico a resolver es determinar si entre las partes existió o no un contrato realidad, para lo cual deberá verificarse los elementos esenciales de un contrato de trabajo, por el periodo comprendido entre el 22 de junio de 2003 y el 28 de febrero de 2016.

De la existencia del contrato de trabajo

Como quiera que el punto central de la alzada se contrae a controvertir el elemento de la subordinación, toda vez que la prestación personal del servicio como la retribución si se hallaron demostradas en el expediente, habida cuenta que la sociedad demandada negó el nexo laboral alegado por el promotor de la actuación, aduciendo que lo que existió entre ellos fue un contrato de sociedad comercial que fue terminado porque el mismo demandante vendió la parte cuota que le asistía; lo anterior será estudiado por la sala en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66ª del CPL y SS).

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

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

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

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

De otro lado, de forma reiterativa la jurisprudencia ha destacado que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, entendiéndose que los demás elementos normal o

regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil o comercial.

Al punto, se pronunció la Corte en sentencia CSJ SL, 5 ago. 2009, rad. 36540:

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

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

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

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

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

De acuerdo a la documental obrante en el expediente, se evidencian unas declaraciones extra procesales de personas que el demandante pretende

sean tenidas en cuenta para efectos de constatar su labor en los establecimientos de comercio del demandante; sin embargo, ninguna de estas pruebas, obrantes a folios 24, 25, 110 y 111, dan certeza acerca del extremo temporal aducido por la parte actora, pues si bien se infiere que los declarantes extraprocesales y el actor, tienen previo conocimiento entre sí, no por esto se evidencia la prestación personal y subordinación en la prestación de un servicio.

Además, obra en el expediente fotos del demandante, con la dotación que le fue entregada para prestar el servicio como mesero en el establecimiento de comercio Piqueteadero Don Pascual, como también unas valeras o recibos de caja (folios 26 a 32). Sin embargo, esto no es prueba suficiente para esta sala, respecto de los extremos alegados por la parte actora o de una eventual relación laboral, pues, aunque no se descarta la existencia de la misma, a primera vista, estas no cumplen con la información suficiente que determine con precisión la temporalidad de la relación aducida y perse la relación alegada. Aunado a lo anterior, encuentra la Sala relevante transcribir el siguiente aparte, de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL6621 de 2017 del 3 de mayo de 2017, en donde se expresó; "...es oportuno resaltar que esta Corporación, respecto a los hechos expresados en los certificados laborales, ha sostenido que deben reputarse como ciertos, **a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad.**". (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, de los testimonios absueltos se extrae del señor LUIS HUMBERTO BEJARANO VERGARA, haber trabajado con el demandante, durante enero de 2009 hasta diciembre de 2014, cumpliendo los días domingos y festivos, y el cual señalo haber visto siempre al señor Jonatan, los días domingos y festivos. Adicional a esto, se estableció en testimonio del señor JUAN DAVID PACHECO DÍAS, que conoció al demandante a partir de enero de 2007, en el establecimiento de comercio del demandante en el cargo de mesero.

por su parte del interrogatorio de parte absuelto por el señor JUAN CARLOS CASTILLO, representante legal del demandado, sostuvo haber conocido al demandante solo hasta el año 2015 y negó (cualquier relación de tipo laboral, aduciendo que el actor iba de vez en cuando y no cumplía órdenes directas).

Así las cosas, debe indicarse que para el caso en concreto y conforme a lo manifestado en el material probatorio, el demandante JONATAN TORRES HERNANDEZ, tenía subordinación y dependencia frente a su contraparte. Pero, se evidencia que el demandante no laboro el pleno del libelo demandatorio que en principio manifestó, puesto que no hay prueba en el expediente que evidencie su iniciación en la prestación del servicio de mesero desde el año 2007, siendo así, que el extremo laboral que se extracta del análisis de las pruebas en conjunto es desde el año 2015, toda vez que los testigos aducen haber coincidido con el actor solo hasta dicha calenda.

Conforme a lo anterior, se determinó a través de las pruebas decretadas y practicadas en primera instancia, que el demandado tuvo elemento de subordinación, importante para definir la controversia enmarcada; sin embargo, brilla por su ausencia prueba que acredite el extremo laboral inicial demandado y como quiera que se observa coincidencia en el pago diario para el año 2015 en el cargo de mesero, de parte de los testigos y del mismo demandado, se tomara este extremo como el inicial de la relación laboral.

En consecuencia, se confirma la decisión de primera instancia, conforme a todo lo expuesto en esta sala. Sin costas, se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN


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

RESUELVE

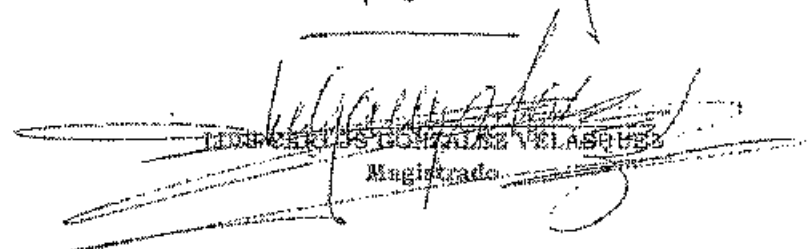
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de febrero de 2017, por el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por JONATAN TORRES SANCHEZ CALDERON en contra de JOSE PASCUAL SACRAMENTO CASTILLO MONROY, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

Notifíquese y cámplase,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ EULUNGA
Magistrado Ponente


MILENA ESCOBAR
Magistrado


TIBERIO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105036201400700-01**

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

TEMA: Existencia de Contrato de Trabajo.

Procede la Sala a escuchar las alegaciones de las partes, y a continuación resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018 por el Juzgado veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RAUL ALBERTO TORRES CASTRO contra PROMOTORA DE VIVIENDA SOCIAL LOZANO BOBADILLA S.A.S Y HENRY ALBERTO LOZANO MELO.

ANTECEDENTES

RAUL ALBERTO TORRES CASTRO promovió demanda ordinaria laboral en contra de PROMOTORA DE VIVIENDA SOCIAL LOZANO BOBADILLA S.A.S Y HENRY ALBERTO LOZANO MELO, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre el día 4 de febrero de 2011 hasta el 1 de abril de 2013, se condenara a los demandados, solidariamente responsables de las obligaciones de conformidad al artículo 69 C.S.T, pago de los salarios dejados de pagar, auxilio de cesantías, interés de cesantías, prima, vacaciones, a la indemnización por la terminación unilateral sin justa causa, a la indemnización por el pago de las prestaciones sociales, sanción por no consignación de las cesantías, indexación de las sumas referidas, liquidación y pago de aportes a la seguridad social, liquidación y pago de

la dotación, indexación, lo extra y ultra petita, y costas del proceso (fl. 4 a 6).

Como fundamento de sus pretensiones afirmo, en síntesis, que suscribió contrato con el señor HENRY ALBERTO LOZANO MELO desde el 4 de febrero de 2011 hasta el 1 de abril del 2013, en el cargo de operador de retroexcavadora, y que el mismo contrato era de un término de 5 meses, en el cual siguió laborando de manera continua y sin interrupción en un lapso de 25 meses y 28 días, cumplía un horario de 8 horas diarias de lunes a sábado y una vez cada 15 días el descanso dominical, que recibía órdenes directas de la persona con quien suscribió el contrato y del señor JOSE ABELLANEDA quien era el supervisor de la obra, sus salarios le eran pagados a través de la compañía Promotora de Vivienda Henry Lozano Melo, establecimiento de comercio, pagos que fueron realizados por dicha empresa hasta el 30 de diciembre del 2011; que posteriormente los pagos realizados por la representante legal CLAUDIA MERCELA BOBADILLA AGUILLAR, desde el 31 de enero del 2012; que no se le cancelo el salario correspondiente a los días 27, 28, 29, 30 de marzo y 1 de abril del 2013, que el último salario devengado fue por un valor de \$ 1.800.000 pesos mensuales; que el señor Henry Alberto Lozano Melo, terminó la relación laboral de forma unilateral y sin justa, verbalmente a partir del 1 de abril del 2013; que durante la duración del contrato laboral no le pagaron: el auxilio de cesantías, interés de cesantías, vacaciones, prima, aportes a seguridad social, dotación, liquidación de prestaciones sociales y demás acreencias laborales (fl. 2 y 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROMOTORA VIVIENDA SOCIAL LOZANO BOBADILLA S.A.S Notificada en legal forma la demandada, a través de apoderado judicial contesto en el término, escrito de folios 97 a 105, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos acepto los relacionados a que se suscribió un contrato de prestación de servicios, que cumplía el cargo de operador de retroexcavadora, la vigencia del contrato era de 5 meses, se opuso al pago de salarios, pues no se trataba de contrato de trabajo; afirmo no haber lugar a pago alguno por concepto de auxilio de cesantías, interés de cesantías, vacaciones, prima, aportes a la seguridad social, dotación y la liquidación final de prestaciones sociales y demás acreencias laborales, y no la consta el relacionado a los requerimientos presentados por el demandante, negó

las restantes. Propuso la excepción previa de falta de competencia y las excepciones con carácter de perentorias, de fondo de no congruencia con la realidad, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de obligación de afiliación, inexistencia del despido sin justa causa, buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de mayo del 2018, el juzgado Veinticinco (25) laboral del circuito de Bogotá, absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante y conforme a ello, por no ser apelada la sentencia, se dispuso su envío para surtir el grado jurisdiccional de consulta, ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral. (fl. 138).

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado las artes guardaron silencio.

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

CONSIDERACIONES

Así entonces, tenemos que el punto álgido de la alzada se contrae a establecer el elemento subordinación, toda vez que, tanto la prestación personal del servicio, como la retribución se hallaron demostrados y no fueron desvirtuados por las demandadas, quienes a su vez negaron el nexo laboral, argumentando que se trató de contrato de prestación de servicios; Sin que se hubiera interpuesto recurso de apelación, por el demandante, a quien resuelto adversa la sentencia, la Sala surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

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

Presunción respecto de la cual ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: "...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.» (CSJ SL3622018, Radicación No. 53801 del 21 de febrero de 2018 VLP Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

De tal suerte, dado que se encuentran debidamente probados los servicios personales que prestó el señor RAUL ALBERTO TORRES CASTRO en la actividad de operario de la retroexcavadora y todas aquellas funciones que tuvieran relación con la operación de dicha máquina, aspecto que se aceptó por la parte demandante en la contestación de la demanda en folios 97 a 105 y tal aspecto fue confirmado en la práctica de los interrogatorios de parte y testimonios así que el para el cumplimiento del contrato de prestación de servicios que firmo con los aquí demandantes debía realizar tales actividades en el lugar en donde se desarrollaba la obra en San Simón ubicado en el municipio de Carmen de Apicala, Cundinamarca, y solo él señor RAUL ALBERTO TORRES CASTRO era el encargado de manejar dicha maquinaria, sin tener un suplente, si este no se encontrare en el lugar de la obra, probado así que debía asistir

personalmente para cumplir su actividad, en cuanto a la remuneración que recibía por la misma se acordó al firmar el contrato de prestación de servicios que la totalidad del mismo sería por un valor aproximado de \$21.000.000 millones de pesos y que el aquí demandante prefería recibir quincenal o mensualmente los abonos del mismo de tal forma que la encargada de realizarle esos pagos era la encargada de la obra la señora Martha Consuelo Aguilar a la cual le dejaban la plata en caja menor para los gastos ocasionales y los también para los acordados con los contratistas, esta misma también se encargaba de entregar los materiales necesarios a los contratistas, si lo necesitaran.

En cuanto al horario, se demostró en la práctica de los interrogatorios de parte y testimoniales, que la obra por no contar iluminación o luz artificial, toda actividad se debía realizar durante día y eso también fue aceptado por el señor RAUL ALBERTO TORRES CASTRO, al firmar su contrato, que éste llegaba y se iba cuando quería, sin que alguien le controlara su horario o que le exigiera el cumplimiento del mismo, y tenía una total autonomía de sus actividades, no estaba bajo las órdenes de nadie, solo estaba bajo la guía del señor José Avellaneda, quien era el topógrafo de la obra y tenía conocimiento técnico de planos y medida para la realización de la misma y este solo le indicaba por donde se debían abrir las zanjas para alcantarillado, la maquinaria era de propiedad de los contratantes, quienes al momento de firmar el contrato consultaron con el aquí demandante, si tenía su propia máquina, para realizar su actividad contratada y por ser su respuesta negativa, le suministraron la herramienta y máquina necesaria para la ejecución del contrato.

Respecto a la terminación unilateral y sin justa causa el contrato, como no se encontró probado el elemento de la subordinación y por ende la existencia de una relación laboral, sobre este punto no se realizará análisis alguno, pues la prosperidad de esta pretensión dependía de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, de igual modo las pretensiones subsidiarias tendrán con la misma suerte.

En suma, al no encontrarse probado el elemento subordinación en el presente asunto, el cual es necesario, para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, aunado a la prestación personal del servicio y la remuneración, lo cual, por encontrarse en discusión debe ser probado en juicio, sin que ello ocurrierc en esta cuestión, se confirma la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia por no haberse causado, las de primera instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

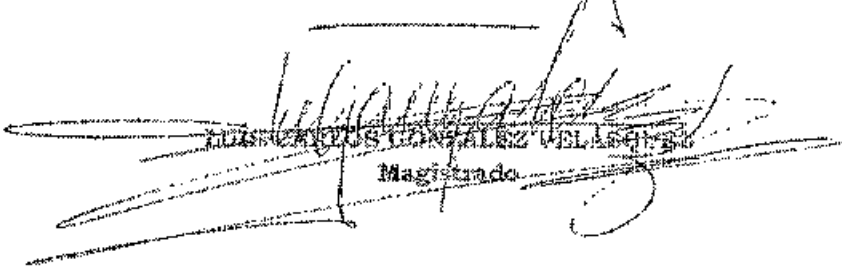
PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 17 de mayo de 2018 por el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por RAUL ALBERTO TORRES CASTRO contra PROMOTORA DE VIVIENDA SOCIAL LOZANO y HENRY ALBERTO LOZANO MELO, así surtiendo el grado jurisdiccional de consulta conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILENA ESCOBEDO CÁRDENAS
Magistrado


LUIS FERNANDO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105029201400291-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HÉCTOR VENDE RIASCOS EN
CONTRA DE LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. LIME S.A. E.S.P.,
POSEG S.A.S. PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES Y
ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE HABITAT – UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP**

En Bogotá D.C. a los treinta y uno días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

Previo a proferir la correspondiente sentencia se procede a reconocer personería a la firma ASTURIAS ABOGADOS S.A.S., para que represente legalmente al demandante conforme al poder de sustitución allegado a folio 609 del plenario.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 19 de febrero de 2018, por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor HÉCTOR VENDE RIASCO por medio de apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral contra LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. LIME S.A. E.S.P., POSEG S.A.S. PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES Y ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE HABITAT – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP para que previos los trámites que le son

propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se declare que con Limpieza Metropolitana S.A. ESP se tenía un contrato de trabajo entre el 6 de julio de 2006 al 18 de diciembre de 2012, que Poseg Proveedores de Obras y Servicios Generales es un simple intermediario como solidario responsable, que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) debe responder solidariamente al ser beneficiaria de la actividad laboral, que se reconozcan 2 horas extras nocturnas por todo el tiempo laborado, en consecuencia, se condene al pago del trabajo suplementario, indemnización moratoria, indexación, costas, a lo extra y ultra petita. (Folios 77-78)

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que, la Unidad Especial de Servicios Públicos (UAESP) se encuentra adscrita a la Secretaría del Habitat de la Alcaldía Mayor de Bogotá, quien tiene el objeto de planear, coordinar, supervisar, y controlar la gestión integral de los residuos sólidos de la ciudad de Bogotá, por lo que, se suscribió contrato con la Empresa Lime S.A. ESP, así las cosas, estuvo al servicio de esta entidad desde el 6 de julio de 2006 hasta el 18 de diciembre de 2012, que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos fue beneficiaria de la labor desarrollada, que se desempeñaba en el cargo de conductor realizando recolección de basuras en la ciudad de Bogotá, que la empresa Poseg Proveedores de Obras y Servicios Generales suscribió contrato con la empresa LIME S.A., para lo cual contrato personal para la recolección de desperdicios en la ciudad de Bogotá, que el salario devengado fue de \$1.099.320.00 pesos, que nunca se pagó concepto de trabajo suplementario, que LIME S.A. ESP llevaba registro para regular el parque automotor, en donde quedaba el registro de entrada y salida del conductor. (Folios 74-77).

Contestación de la demanda:

Mediante Auto de fecha 13 de marzo de 2015 (Folios 247-248), se tuvo por contestada la demanda por las demandadas, la llamada a juicio UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP se opuso a la mayoría de las pretensiones, proponiendo como excepciones las que denomino; falta de legitimación material en la causa por pasiva, por inexistencia de relación contractual laboral con el demandante, inexistencia de la solidaridad laboral contemplada en el artículo 34 del Código Laboral, respecto de la UAESP. Además, formulo llamamiento de garantía de la compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza y Seguros del Estado. (Folios 100-111 y 127-132)

Por su parte, la demandada Proveedores de Obras y Servicios Generales S.A.S. POSEG S.A.S., frente a las pretensiones se opuso, solicito

denegación o rechazo, como excepciones de fondo propuso; cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada y prescripción. (Folios 140-149)

De otro lado, Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P. dijo que las pretensiones están llamadas al fracaso, para lo cual expuso, que el demandante está reclamando derechos que no le pertenecen, porque jamás se configuro una relación laboral y en el caso hipotético del reconocimiento de algún derecho, no se encuentra probado el tiempo suplementario pretendido, por lo que nada se adeuda. Como medio de defensa propuso las excepciones de fondo que denomino; cobro de lo no debido, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada y prescripción. (Folios 181-190)

Aunado a lo anterior, el apoderado de la parte demandante presento reforma a la demanda, la cual fue contestada por todas las demandadas tal y como se observa a folio 503 del plenario, así como también se tuvo por contestados los llamamientos en garantía por compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza y Seguros del Estado, quienes se opusieron a las pretensiones y como excepciones propusieron; el amparo de salarios únicamente cubre personal vinculado al contratista garantizando – LIME S.A. E.S.P. – mediante contratos laborales, inexigibilidad de los seguros por no cobertura de hechos y pretensiones de la demanda, tales como trabajo suplementarios, horas extras, dominicales, festivos, indemnizaciones moratorias (Art. 65 CST) indexaciones, costas, agencias en derecho, intereses, ausencia de acreditación de la ocurrencia del siniestro imputable al garantizado, ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas antes del inicio de la vigencia de cada póliza, prescripción de las acreencias laborales, existencia de coaseguro consecuente inexigibilidad de eventual afectación del seguro en un 100%, genérica, inexistencia de la obligación de la obligación de la UAESP por no encontrarse probado el incumplimiento de la empresa LIME S.A., buena fe de la UAESP e imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales, vencimiento del término legal y judicial para la vinculación del llamado en garantía, requisitos para hacer exigible de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal, inexistencia de la obligación a cargo de Seguros del Estado S.A. si se declara relación laboral directa entre el señor Héctor Vente Riascos y el asegurado la UAESP, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal, imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, compensación, límite de la responsabilidad y genérica. (Folios 394-407 y 413-425)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de febrero de 2018, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió; declarar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y a demandada LIME- LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P. entre el 6 de julio de 2006 al 18 de diciembre de 2012 devengando un salario del \$1.099.320.00 pesos y absolvió de las demás pretensiones a las demandadas.

Para llegar a la presente decisión la A quo manifestó; que en virtud a las normas referidas y los interrogatorios de parte practicados y al no existir contrato del acuerdo suscrito entre las demandada POSEG y LIME, concluye que la LIME prestaba un servicio relacionado con el objeto contratado por UAESP, y que las herramientas, camiones e instalaciones eran de propiedad de LIME, por lo que en virtud al principio de la realidad, se tiene que el demandante laboró y desempeño su actividad para LIME, siendo POSEG una simple intermediaria. Aunado a ello, se admitió prueba trasladada, sin embargo, para el Despacho no se probó que el demandante laboro las horas extras pretendidas, además de haber aplicado las consecuencias ante su inasistencia a la audiencia de conciliación, por último, de la solidaridad de la UAESP no se pronunció dadas las resultados del proceso.

Recursos de apelación

El apoderado de la parte demandante inconforme con los resultados del proceso, interpuso recurso de apelación, para lo cual expuso; que la exhibición de documentos no fue objetada, ni tachada, que la prueba fue decretada dándose por cierta, los cuales fueron anexos por LIME el 7 de marzo de 2017, en donde se evidencian las planillas de horarios de trabajo y horas extras, además de la confesión hecha por LIME de los hechos 21 al 30 en donde reconoce el registro del parque automotor, los registros de ingreso, los datos del conductor, la hora de entrada y de salida, los recorridos las horas extras, el hecho de que el demandante siempre laboro 2 horas nocturnas, por lo que debe primar el aspecto sustancial antes que el procedimental, por lo que, se hace merecedor de la indemnización por mala fe de las demandadas, pues lo que tiene que primar es la realidad.

De otro lado, la apoderada de la parte demandada LIME S.A. ESP, solicita revocar el ordinal 1 de la sentencia proferida en primera instancia, argumentando; que no está probado que entre el demandante y LIME existe una vinculación de índole laboral, contrario a ello se probó que fue

otra empresa la que contrato al demandante, quien le impartió ordenes, le pago salarios y prestaciones sociales, no se logran configurar los elementos de una relación laboral con LIME, por lo que no puede considerarse a la empresa POSEG como un simple intermediario, dado que es una empresa independiente que presta sus servicios bajo su propia cuenta y riesgo, ello quedo así establecido en los interrogatorios de parte, pues POSEG se comprometió con LIME a prestar los servicios contratados con el personal a su cargo, bajo su propia responsabilidad, sin que existiera ningún tipo de solidaridad entre POSEG y LIME, además también se dijo en dicha prueba que los supervisores que impartían ordenes eran contratados por POSEG, al igual que los vehículos no todos era de LIME solo unos eran de su propiedad, otros de propiedad de POSEG y otros en concesión, por lo que no es posible predicarse el elemento de la subordinación. Adicionalmente, resalta que el demandante no asistió a la audiencia de conciliación y que se aplicaron los efectos establecidos en la norma respecto de la confesión, en consecuencia, se deberá declarar la inexistencia de la relación laboral respecto de LIME S.A. E.S.P.

Por último, la demandada POSEG S.A.S. coadyuva los argumentos expuestos por la demandad LIME S.A. E.S.P., interponiendo recurso de apelación para que el superior declare que POSEG S.A.S. es el único y verdadero empleador del demandante, manifestando; que fue quien reconoció salarios y también la liquidación final del demandante, además no quedo probado en el expediente que POSEG actuara como un simple intermediario, ya que dio cumplimiento por su cuenta y riesgo de los postulados contractuales suscritos con LIME S.A. E.S.P., que las demandadas LIME como POSEG cuenta con objetos sociales diferentes, por lo que no todos los camiones eran de propiedad de LIME, ya que algunos vehículos eran de POSEG y otros de terceros.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente, la llamada en garantía Seguros del Estado, solicito se confirme la decisión de absolver a mi prohijada y a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP, por su parte la llamada en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza también peticiona la confirmación de la sentencia, situación que la demandada Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP también formulo. Los demás intervinientes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico

En atención al alcance de la apelación presentado por las partes, le corresponde a esta Sala determinar; (i) si existió una relación laboral entre el demandante señor Héctor Vente Riasco y la demandada POSEG S.A.S., para lo cual, además deberá determinar la figura de intervención de la empresa LIME S.A. E.S.P. y (ii) si hay lugar al reconocimiento y pago de horas extras nocturnas reclamadas.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados por la parte recurrente.

De la figura del simple intermediario

Frente a ésta figura, establece el art. 35 del CST que;

“1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.”
(Negrilla fuera de texto)

Al respecto, de viaja data la SL CSJ¹ ha sostenido sobre la norma transcrita que se prevén dos clases de intermediarios:

*“a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores **para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador.** En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.*

*b) Quienes agrupan o coordinan **trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación,** pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios*

¹ Sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, rememorada en las Sentencias Rad. No 30.653 del 17 de febrero de 2009 y SL 868 de 2013

de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1° del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario “representante” del empleador.

*La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del CST y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). Empero, si a pesar de la apariencia formal de un “contratista”, **quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono**, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.*

*Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, **sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él.** Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas.” (Negrilla fuera del texto original)*

Ahora bien, respecto al motivo de inconformidad planteado por el apoderado de LIME S.A., es necesario resaltar que en el presente asunto quedo plenamente acreditado que el demandante presto sus servicios a la empresa LIME S.A. ello en razón a lo confesado por la representante legal de la empresa cuando manifiesta que los camiones que condujo el demandante para desempeñar su labor los colocaba a su disposición LIME S.A., los cuales además tenían el correspondiente logotipo de la empresa que los identifica, así como la base de operaciones de su propiedad, por lo que, se puede deducir que el demandante presto sus servicios de forma

personal en las instalaciones de LIME S.A. y con las herramientas de trabajo camiones y suministros de LIME S.A.

En conclusión, y sin lugar a dudas las labores desempeñadas por el demandante son del giro ordinario de la empresa LIME S.A., pues no puede olvidarse que el objeto social de la empresa corresponde a la operación, prestación y comercialización de servicios públicos domiciliarios, específicamente el servicio de aseo y saneamiento básico, bajo la recolección y transporte, barrido y limpieza, corte de césped, poda de árboles, transferencia, aprovechamiento, reciclaje y disposición final, entre otras actividades para la prestación de tal servicio, lo anterior se encuentra definido en el certificado de Cámara de Comercio.

De otro lado, se encuentra plenamente demostrado y acreditado que el contrato comercial suscrito entre Proveedores de Obras y Servicios Generales POSEG LTDA. y Limpieza Metropolitana LIME S.A., ello en virtud a lo confesado por el representante legal de POSEG al manifestar que la empresa que representa era proveedora de servicios de mano de obra de la empresa contratante LIME S.A., nótese como LIME S.A. era la beneficiaria de la prestación de los servicios prestados por el demandante y por ende quien le proporcionaba los elementos para desarrollar su actividad, pues si bien es cierto, el representante legal también indico que algunos vehículos con los que se prestaban los servicios eran de su propiedad, lo cierto es que la mayor parte de parque automotor era de propiedad de la demandada LIME S.A., quien además no solo tenía vehículos de su propiedad, sino que a través de leasing contrato otros a fin de que se prestaran los servicios inherentes a su objeto social, es así como resulta acertada lo indicado por la Juez primigenia al declarar que POSEG LTDA. tiene la calidad de intermediaria y no verdadera empleadora. Máxime, cuando era LIME S.A. quien ejercía control sobre la entrada y salida de los vehículos.

Con todo, es importante mencionar que de las pruebas allegadas al plenario y practicadas en primera instancia es LIME S.A. quien actúa como verdadero empleador y POSEG un simple intermediario, tal y como indico en primera instancia la A quo.

Del pago de las horas extras

Se han desarrollado jurisprudencialmente los siguientes presupuestos o condiciones que se asumen como necesarios; i) debe encontrarse plenamente acreditada la permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada pactada o la legal; ii) la cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas; iii) las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador y, en ese sentido; iv)

las horas extras de permanencia en el trabajo, deben estar dedicados valga la redundancia al trabajo, y no cualquier otro tipo de actividades.

Debe indicarse que, en cuanto a la prueba de las horas extras, las mismas deben encontrarse reflejadas dentro del plenario de manera clara y fehaciente, determinando el número, fecha, sin que sobre ellas recaía duda alguna sobre la labor de ellas, que se demuestre claramente que el empleador las autorizó o consintió tácitamente.

El empleador está obligado a llevar diariamente un registro de trabajo suplementario de cada trabajador, en el que se especifique: nombre de éste, edad, sexo, actividad desarrollada, número de horas laboradas, indicando si son diurnas o nocturnas, y la liquidación de la sobre remuneración correspondiente.

A su turno, el artículo 167 del Código General del Proceso establece lo relacionado con la carga de la prueba al indicar:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”.

Frente a esta tema, se considera que la decisión adoptada por la A quo se encuentra ajustada a derecho por cuanto, la carga de la prueba recaía en cabeza del demandante a quien le incumbía demostrar la prestación del servicio por fuera de su jornada legal ordinaria de trabajo, no debió limitarse simplemente a solicitar en su pedimento el reconocimiento y pago de estas, sino debió acreditar mediante una prueba fehaciente que llevara claridad y precisión al Juzgador sobre la labor del demandante por fuera de su jornada laboral, pues no debe olvidarse que no son válidas las conjeturas para determinar las horas extras laboradas, además de que no existe constancia de que el empleador las hubiese aprobado o acreditado, ni siquiera reposa al expediente prueba de los supuestos recorridos realizados por el demandante, los cuales niega la demandada tener en su poder.

Los motivos expuestos, con llevan a concluir que efectivamente la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, se encuentran ajustados a derecho y por ende debe ser confirmada en su integridad. sin costas en esta instancia por no haberse causado, se confirman las de primera instancia, dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

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

RESUELVE


PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 19 de febrero de 2018 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **HECTOR VENDE RIASCO** en contra de **LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P. LIME, POSEG PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES** y **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP**; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Se confirman las de primera instancia, dadas las resultas del proceso.

Notifíquese y cúmplase


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado