

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA PATRICIA HURTADO CORTES CONTRA INDUSTRIAS NOVAQUIM S.A.S. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Rad. 2015– 00702 01. Juz. 08.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

SANDRA PATRICIA HURTADO CORTES demandó a INDUSTRIAS NOVAQUIM S.A.S. y PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 9 a 14.

- Pretensiones principales; Declaración de existencia de contrato de trabajo a término indefinido.
- Reconocimiento y pago de pensión de invalidez.
- Reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde la fecha de estructuración de la invalidez.
- Reconocimiento y pago de las mesadas pensionales adicionales desde la fecha de estructuración de la invalidez.
- Pretensiones secundarias; Indemnización por despido sin justa causa.
- Pago de salarios del periodo comprendido entre el 1º al 31 de diciembre del 2013 en la suma mensual de \$659.500.
- Reconocimiento y pago de vacaciones causadas en el año 2013 por valor de \$329.750.
- Reconocimiento y pago de la prima de servicios correspondiente al mes de diciembre de 2013 por valor de \$329.750.

- Pago de salarios del periodo comprendido entre el 1° al 31 de diciembre de 2014 en la suma mensual de \$688.500.
- Reconocimiento y pago de vacaciones causadas en el año 2014.
- Reconocimiento y pago de cesantías causadas entre el 1° al 31 de diciembre de 2014 por valor de \$688.500.
- Pago de intereses a las cesantías.
- Pago de salarios del periodo comprendido entre el 1° al 31 de agosto de 2015 por valor de \$718.000.
- Reconocimiento y pago de cesantías correspondientes al año 2015.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 9. Laboró en la empresa Industrias Novaquim S.A.S. desde el mes de febrero de 2008 hasta el 31 de agosto de 2013, en donde desempeñó el cargo de ejecutiva de cuenta. Se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido que se pactó de forma verbal. Percibía un salario mensual de \$535.600 más comisiones. El 7 de enero de 2011 recibió los diagnósticos médicos de HIPERTENSIÓN PULMONAR ARTERIAL y TROMBOEMBOLISMO PULMONAR CRÓNICO (TEP). Las afecciones físicas padecidas por la actora son consideradas por la ciencia médica, como enfermedades progresivas, degenerativas, degenerativas, catastróficas, irreversibles y mortales, diagnóstico médico que le generó a la demandante incapacidades médicas que superaron los 180 días. El fondo de pensiones Porvenir S.A. calificó la pérdida de capacidad laboral mediante Seguros de Vida Alfa S.A. que emitió el dictamen No. 20112327 de fecha 8 de septiembre de 2011, que determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 57.40% por enfermedad de origen común y fecha de estructuración de invalidez el 25 de junio de 2011. La demandante procedió a manifestar su desacuerdo con respecto a la fecha de estructuración que se debe ajustar a la fecha del 7 de enero de 2011 que corresponde al diagnóstico médico de las patologías consignadas en la historia clínica. Seguros de vida Alfa S.A. el 24 de octubre de 2011 remitió a Porvenir S.A. el escrito de inconformidad a la Junta Regional de calificación de Invalidez de Bogotá. Posteriormente la Junta emitió dictamen de calificación de invalidez de fecha 2 de febrero de 2012, en la cual procedió a modificar la fecha de estructuración de la invalidez, en la que estimo que correspondía al 7 de enero de 2011. La actora procedió a elevar reclamación administrativa ante Porvenir para solicitar la pensión de invalidez. La AFP Porvenir mediante comunicación de fecha 9 de agosto de 2012 negó el reconocimiento de la pensión de invalidez debido a que no acreditaba los requisitos legales previstos en

la ley 860 de 2003 y las 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado correspondiente, se vinculó a la Junta Regional de invalidez en calidad de litisconsorcio necesario y al señor Milton Giovanni Espitia Cubillos, representante legal de Industrias Novaquim S.A.S. Las demandadas contestaron en los siguientes términos:

AFP PORVENIR S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 177 a 193.

- Se opuso a las pretensiones en su contra.
- En cuanto a los hechos aceptó; los diagnósticos médicos, la novedad de ingreso reportada en el periodo de 2010-09, la comunicación de Seguros de Vida Alfa S.A. de la pérdida de capacidad laboral, la manifestación de desacuerdo de la fecha de estructuración, el escrito remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, solicitud de reconocimiento y pago de pensión de invalidez, las sucesivas incapacidades de la actora, las falta de cotizaciones en los meses de junio, agosto y septiembre de 2010 y durante el año 2008, la omisión en las cotizaciones en los años 2008 y 2010, la comunicación de Porvenir remitida al empleador, el despido de la demandante, el fallo de tutela en el que se basó la compañía para despedir a la demandante, la solicitud de reintegro y la no interposición de demanda ordinaria laboral dentro de los 4 meses estipulados en el fallo de tutela.
- Propuso como excepciones previas; falta de integración de litis consorcio necesario.
- Formuló como excepciones de fondo; falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia del perjuicio alegado, compensación, buena fe de la AFP Porvenir, prescripción y genérica.

INDUSTRIAS NOVAQUIM S.A.S., contestó en los términos del escrito visible a fls. 229 a 239.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el vínculo laboral, la modificación en la razón social, los diagnósticos médicos, la naturaleza de las enfermedades de la demandante, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la inconformidad respecto a la fecha de estructuración de la invalidez remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la comunicación de Porvenir S.A. en la cual informo que no era posible tramitar los aportes cotizados y la mora en el pago de los aportes, el despido de la demandante que sustento en el fallo de tutela y la solicitud de reintegro laboral.
- Propuso como excepciones previas; falta de litisconsorcio necesario y prescripción.
- Formuló como excepciones de fondo; cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, pago, mala fe de la demandada Porvenir S.A., prescripción y genérica.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., dio contestación en los términos del escrito visibles a fls. 291 a 300.

- Se opuso a las pretensiones que imponen responsabilidad alguna a Seguros de Vida Alfa S.A. en cuanto al reconocimiento pensional solicitado. A los demás hechos ni se opone ni se allana.
- En cuanto a los hechos; aceptó la comunicación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el desacuerdo de la actora frente a la fecha de estructuración y la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, compensación y genérica.

LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ, contestó en los términos del escrito visibles a fls. 343 a 347.

- Se opuso a las pretensiones relacionadas a la modificación de la calificación de pérdida de capacidad laboral efectuada por la Junta. No se opuso a las demás pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó; el escrito de inconformidad de la fecha de estructuración remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.
- Propuso como excepciones de fondo; buena fe de la parte demandada y genérica.

MILTON GIOVANNI ESPITIA CUBILLOS, se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto de fecha 2 de octubre de 2020.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO- DECLARAR que entre la demandante SANDRA PATRICIA HURTADO CORTÉS y el señor MILTON GIOVANNI ESPITIA en condición de propietario del establecimiento de comercio INDUSTRIAS NOVAQUIM, hoy INDUSTRIAS NOVAQUIM S.A.S., existió un contrato de trabajo entre el 01 de junio de 2010 al 31 de mayo de 2013.

SEGUNDO- CONDENAR al señor MILTON GIOVANNI ESPITIA CUBILLOS en condición de propietario del establecimiento de comercio INDUSTRIAS NOVAQUIM, hoy INDUSTRIAS NOVAQUIM S.A.S., al pago en favor de la demandante de los aportes en pensión entre el 01 de julio de 2012 al 31 de mayo de 2013, junto con los respectivos intereses de mora, conforme al salario mínimo mensual legal vigente y con destino al FONDO DE PENSIONES PORVENIR.

TERCERO- ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A. corregir la historia laboral de la señora SANDRA PATRICIA HURTADO incluyendo los periodos que fueron debidamente cotizados por su empleador correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2010 y marzo, abril, mayo y junio de 2012, así como también los que se cancelen con posterioridad a esta sentencia conforme al numeral referido en precedencia.

CUARTO-CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago a favor de la seora SANDRA PATRICIA HURTADO CORTÉS de una pensión de invalidez a partir del 24 de agosto de 2013 en cuantía equivalente a 1 SMLMV, mesada pensionales debidamente indexadas desde la fecha de causación de cada una de ellas hasta la fecha del pago, autorizando a PORVENIR a realizar los respectivos descuentos por concepto de aportes al Sistema General en Salud. Se aclara que el retroactivo de mesadas pensionales causado del 24 de agosto del 2013 a marzo del año 2021 asciende a la suma de \$78.236.540 COP, el cual se continuará causando, con los respectivos reajustes legales y en 14 mesadas anuales.

QUINTO- CONDENAR a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., a efectuar el pago de la suma adicional requerida para financiar el monto de la pensión de invalidez reconocida, si a ello hubiere lugar conforme a la póliza.

SEXTO- ABSOLVER a las demandadas y a las vinculadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO- DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción y NO PROBADA la de inexistencia del derecho y la obligación, relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos

Llegó a la anterior decisión, al considerar que no se encuentra en discusión la existencia de la relación laboral inicialmente con el señor Milton Geovanny Espitia Cubillos y luego con Industrias Novaquim, respectos de los cuales que determinado que se trataba de la misma sociedad, el mismo objeto social y las mismas funciones, solo que a partir del año 2011 se formalizo Industrias Novaquim. Estableció como extremos del 01 de junio de 2010 al 31 de mayo de 2013. Definido lo anterior, al revisar los aportes a pensiones encontró que se adeudan los meses de julio de 2012 a mayo de 2013 a cargo de Industrias Novaquim. En consecuencia la AFP Porvenir debe actualizar la historia laboral de la actora. En punto de la pensión de invalidez tuvo por cierto que la PCL dada a la demandante asciende a 57,4% con origen común y fecha de estructuración 7 de enero de 2011. Ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 7 de enero de 2011, sin que se puedan tener en cuenta las cotizaciones posteriores. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y ordeno a la llamada en garantía asumir la suma adicional que le corresponde.

Recurso de apelación

La demandada AFP PORVENIR, inconforme con la decisión alega que el dictamen proferido la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que estableció como fecha de estructuración el 7 de enero de 2011 se encuentra en firme. Aduce que por el incumplimiento de los requisitos de las 50 semanas de cotización no es posible reconocer la prestación por invalidez a la demandante. Los aportes extemporáneos realizados por Industrias Novaquim no pueden ser tenidos en cuenta para efectos prestacionales, pues en principio esta entidad no podría realizar actuaciones de cobre antes de la falta afiliación, más aún al tener en cuenta que la demandante ingresó a trabajar en septiembre de 2010, situación que se corrobora con los testigos y que coincide con el formulario de afiliación. Para el 7 de enero de 2011, la AFP no tenía el conocimiento del inicio de la relación laboral con Industrias Novaquim ante la falta de reporte de la novedad por parte de este empleador y la eventual mora del mismo. Los aportes realizados con posterioridad no es posible tenerlos en cuenta.

Cita la sentencia constitucional T043-2015 como sustento de su afirmación de la falta de diligencia del empleador. No existe aplicación de la doctrina constitucional del allanamiento a la mora como quiera que la AFP no tenía conocimiento de la relación laboral con antelación a septiembre de 2010 y por ello no es viable incluir estos tiempo para completar las semanas que requiere la demandante para la consolidación de su derecho.

La **llamada en garantía SEGUROS DE VIDA ALFA**, alega que esta aseguradora en cumplimiento a cabalidad con sus condiciones legales de que trata el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 el cual se modifica por el artículo 41 de la ley 100 de 1993, expidió en primera oportunidad el dictamen de PCL y remitió a la Junta Regional De Invalidez, de igual manera señaló que no ha recibido solicitud de pago o suma adicional para una eventual pensión de invalidez y al no cumplir la actora con los requisitos solicita sean revocadas las condenas impuestas.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicitó se confirme la decisión por cuanto está plenamente demostrada la condición de salud que tenía durante la vigencia de la relación laboral, además del pago tardío en los aportes a pensiones por parte de Industrias Novaquim, que no estaban siendo tenidos en cuenta por PORVENIR, por lo que procede la actualización de la historia laboral y el reconocimiento pensional y en caso de que sea revocada la sentencia de primera instancia, pidió se estudien las pretensiones subsidiarias, ya que se demostró que el despido fue ilegal por estar la trabajadora en situación de discapacidad, por lo que procede el reintegro.

Parte demandada.

INDUSTRIAS NOVAQUIM Y MILTON GIOVANNI ESPITIA CUBILLOS:

Pidieron que se confirme la decisión de primera instancia, por cuanto aceptan que los pagos a seguridad social se hicieron de manera posterior al momento que se debían hacer, pero que, en todo caso, cumplieron con sus obligaciones contractuales, además, se demostró que se le prestó toda la ayuda a la actora por los padecimientos sufridos y se dio cumplimiento al reintegro ordenado vía tutela, a pesar que HURTADO CORTES nunca se presentó de nuevo a laborar e indicó que

PORVENIR no informó que se encontraban en mora con aportes a pensiones, lo cual, habría permitido ponerse al día rápidamente y evitar perjuicios a la actora.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.: Solicitó se revoque la decisión por cuanto la actora no acreditó que haya cotizado las 50 semanas requeridas por la Ley 860 de 2003 durante los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez para ser acreedora de la pensión de invalidez, además, no se podía realizar el cobro coactivo de los aportes porque la afiliada no lo solicitó, por lo que la falta a los deberes de la afiliada no pueden ser imputables al fondo de pensiones y por ende, a la aseguradora.

AFP PORVENIR: Pidió la revocatoria de la decisión porque la actora no cumplió con la densidad de semanas requeridas para acceder al beneficio pensional de invalidez, además, indicó que no le era posible cobrar los aportes en mora porque niquiera conocía de la existencia de una relación laboral entre HURTADO CORTES e INDUSTRIAS NOVAQUIM.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si la demandante tiene derecho a la pensiones de invalidez en los términos establecidos por la A quo, o si por el contrario no se deben tener en cuenta los aportes extemporáneos realizados por el empleador a fin de consolidar este derecho.

Pensión de Invalidez

Es sabido que la fecha de estructuración de la invalidez determina las normas que la gobiernan y que para el caso debatido, son las contenidas en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003¹, pues así se desprende del dictamen de pérdida de la capacidad laboral expedido

¹ ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca el 2 de febrero de 2012, donde se determinó como fecha de estructuración de la invalidez de la demandante, el 7 de enero de 2011 (fls. 36 a 42).

Quiere decir lo anterior que para ser beneficiaria de la pensión de invalidez, debe ser calificada con una pérdida de la capacidad para laborar superior al 50% y haber cotizado cuando menos 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración del estado de invalidez, esto es, entre el 7 de enero de 2008 al mismo día y mes del año 2011. Conforme dictamen médico laboral del 2 de febrero de 2012 expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, se tiene que a Sandra Patricia Hurtado Cortes se le valoró con una pérdida de la capacidad para laborar en un 57,40%.

Respecto al requisito de semanas cotizadas, se encuentra en el reporte de semanas cotizadas por el demandante (fl. 55 a 60), que cuenta tan sólo con 42,6 semanas cotizadas entre el febrero de 2008 y el mes de enero de 2011. La A quo luego de analizar en conjunto las pruebas arrimadas al proceso determino que era viable acumular al este cómputo de semanas los meses de junio, julio y agosto de 2010, tiempo corresponde a 90 días equivalente a 12,9 semanas, para un total de 55,5 semanas de cotización; lo anterior al considerar que en este lapso existió una relación y fruto de ello se realizaron los respectivos aportes al sistema de seguridad social.

No es de recibo para La Sala el argumento de las apelantes bajo el cual no es posible tener en cuenta los aportes de estas mensualidades (junio a agosto de 2010) en la sumatoria de semanas a fin de consolidar el derecho a la pensión de invalidez. Pues quedó acreditado en el plenario la existencia de la relación laboral entre SANDRA PATRICIA HURTADO CORTÉS y MILTON GIOVANNI ESPITIA en condición de propietario del establecimiento de comercio INDUSTRIAS NOVAQUIM, hoy INDUSTRIAS NOVAQUIM S.A.S., entre el 01 de junio de 2010 y el 31 de mayo de 2013.

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

2. (...)

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

En lo que tiene que ver con el recurso fue aportado al plenario las siguientes documentales:

- Certificados de paga de aportes al SGSS por parte de Industrias Novaquim número 79701482 para los meses de mayo a noviembre de 2010 y enero a marzo de 2011 (fls. 43 a 49, 70 a 82, 198 a 200, y 241 a 246).
- Certificación de aportes al SGSS por parte de Industrias Novaquim para los periodos comprendidos entre mayo de 2011 y junio de 2012 (fls. 50 a 54)
- Certificación expedida por Industrias Novaquim que indica que Patricia Hurtado laboró desde el 17 de febrero de 2008 (fl. 61).
- Carta de terminación de contrato a partir del 9 de agosto de 2012 (fl. 62).
- Comunicación emanada de Industrias Novaquim, mediante la cual informan que por orden judicial debe integrarse la demandante a sus labores (fl. 63).
- Misiva dirigida a la demandante de fecha 23 de agosto de 2013, en la que se le informa que cuenta con 4 meses para notificar la respectiva acción judicial, de conformidad con el fallo de tutela (fl. 64 a 65).
- Liquidación de contrato de trabajo, por el periodo comprendido del 1 de abril de 2011 al 31 de mayo de 2013 (fl. 66).
- Comunicación de solicitud de reintegro laboral de fecha 6 de septiembre de 2013 (fl. 67 a 69).
- Copia del acta de conciliación extra procesal de carácter laboral y seguridad social celebrada entre Industrias Novaquim y Sandra Patricia Hurtado, en esta la demandada reconoce que Sandra Patricia laboro en el periodo de junio a septiembre de 2010, por ello se obliga a cancelar los aportes a seguridad social en pensiones de este lapso (fl. 72 a 74).
- Copia de las sentencias de tutela de primera y segunda instancia, mediante los cuales se ordenó de manera transitoria reintegrar a la accionante (fl. 89 a 113).
- Certificado de existencia y representación legal de Industrias Novaquim (fl. 165 a 169).
- Relación de aportes a la AFP Porvenir (fl. 195 a 196).
- Certificado de aportes por concepto de cesantías del año 2012 correspondiente a Industrias Novaquim (fl. 147).
- Formulario de afiliación a Saludcoop EPS bajo el empleador Milton Giovanni Espitia cubillos, con fecha de radicado el 12 de octubre de 2010 (fl. 248 a 389).

- Copia de la liquidación del contrato de trabajo por el periodo del 16 de septiembre de 2010 al 31 de marzo de 2012 (fl. 249).
- Carta de autorización de retiro de cesantías a Porvenir (fl. 250) y al Fondo Nacional (fl. 251).
- Contrato individual de trabajo a término inferior a 1 año, suscrito entre la demandante e Industrias Novaquim de fecha 1 de abril de 2011 (fl. 261 a 263).
- Certificación emanada de Teleperformance Colombia SAS, esta indica que la demandante laboró del 1 de julio de 2008 al 21 de julio de 2008 (fl. 362).
- Certificado de matrícula mercantil de Milton Giovanni Espitia Cubillos (fl. 390 a 392).
- Solicitud de pago de incapacidades y licencia de maternidad radicados en SaludCoop, en los meses de marzo y septiembre de 2011, (fl. 395 a 396).
- Nóminas de la Industrias Novaquim de los meses de agosto a diciembre de 2012 y enero a marzo de 2011 (fl. 397 a 412).
- Comunicación de Hogares De Paz SAS en la que se afirma que la demandante no ha prestado sus servicios para esa empresa (fl. 417).

De igual manera, se escuchó en calidad de testigo a RAFAEL ESNEIDER ESPITIA CUBILLOS, quien dijo ser gerente comercial de Industrias Novaquim Service e Industrias Novaquim desde abril del año 2011. Afirma que entro a ejercer el cargo que ostenta en la actualidad en abril del año 2011 y el cargo donde él era el superior jerárquico lo empezó a ejercer en el año 2009. Dice que Sandra Hurtado trabajo para la compañía en el 2010, el 1 de septiembre fue su ingreso. La conoció a través de una ex alumna. Se realizó un proceso de entrevista y acompañamiento y capacitación en el proceso de ingreso, jamás se percataron de una enfermedad se presentó común corriente. Su labor principal era una actividad comercial y se le asignó una zona cercana al lugar donde ella residía. Empezó a presentar quebrantos de salud en el año 2011 que se presentaron las primeras incapacidades y citas médicas. Si conoció de una acción de tutela en contra de la empresa. Trataron de conciliar en esa instancia para cuando fue despedida. Señala que era el jefe inmediato de la demandante. La actora no se volvió a presentar en la compañía debido a su estado de salud. Hicieron un acuerdo que fue firmado en presencia de un abogado que la representaba. Quienes suscribieron el acuerdo fueron Milton Espitia que era el representante en su momento y Sandra hurtado. Fue un acuerdo de aportes a seguridad social. Desde la vinculación laboral siempre se le pagaron

prestaciones y salarios. Posterior a la terminación de la relación laboral y después de la acción de tutela no se le pago ningún tipo de concepto laboral. Todo trabajador que estuviera vinculado recibía el pago cumplido de salarios, prestaciones, aportes a seguridad social. No adelantaron el trámite ante el ministerio de trabajo para que se autorizara el despido de la de la actora.

Por su parte la testigo **JINETH RIAÑO CUBILLOS** dijo desempeñar el cargo de auxiliar administrativo para el momento de la relación laboral de la demandante y la empresa. Sandra hurtado era Ejecutiva de ventas y recibía un salario mínimo. Cuando empezó a trabajar no tenía ningún tipo de problemas de salud. Sabía que había tenido una cirugía de corazón abierto. Entró a trabajar el 1 de septiembre de 2010. La señora Sandra presentó incapacidades desde enero de 2011. No Recuerda que enfermedad le generaba las incapacidades. El contrato finalizó porque la empresa se terminó y empezaron a constituir Industrias Novaquim S.A.S. La razón social anterior era MILTON ESPITIA. Todo el personal que estaba vinculado con Milton Espitia le terminó el contrato y luego ese personal se reintegró para que siguieran trabajando para la nueva empresa INDUSTRIAS NOVAQUIM S.A.S. Sandra hurtado continuó sus labores con Industrias Novaquim S.A.S. a pesar de que en ese momento estuviera incapacitada. Posteriormente terminaron el contrato con la demandante pero que no recuerda la razón. No sabe si le pidieron autorización al ministerio de trabajo para despedirla. Se hizo un acuerdo con Sandra Hurtado debido a la incapacidad ella tenía para pensionarse, le hacían falta unas semanas y ella fue a la oficina y habló con Milton para que se le cancelaran esas semanas. Le consta porque ella era la encargada de las incapacidades y todo lo que tuviera que ver con el personal. Afirma que Industrias Novaquim pagó esa totalidad y cumplió el acuerdo. La señora Sandra buscaba completar las semanas cotizadas para que le reconocieran la pensión. Tuvo conocimiento de ese acuerdo porque manejaba las carpetas de todo el personal. Dice que se le envió un correo certificado al domicilio de la demandante para que se reintegrara a la empresa debido al cumplimiento del fallo de tutela. Le consta que la señora Sandra Hurtado tenía 4 meses para iniciar acción ordinaria en contra de Industrias Novaquim pero que en ese lapso de tiempo no interpuso acción alguna. Conoce a la actora desde el año 2010 cuando ingreso a la empresa. No le consta que trabajara con Milton Giovanni Espitia desde el año 2008, pero que si supo de una certificación laboral de ese año que se le expidió a Sandra hurtado. Afirma que a Sandra hurtado se le pago seguridad social completa incluyendo la ARL. Se le pago seguridad social en pensiones desde septiembre de

2010. Afirma la testigo que empezó a trabajar con la empresa Novaquim el 1 de enero de 2010.

El demandado MILTON GEOVANNY ESPITIA CUBILLOS, conoce a Sandra Hurtado desde el año 2010. Pacto un contrato de trabajo con la demandante desde el 1 de septiembre de 2010, fecha para la cual comenzó a trabajar. El contrato lo hizo el hermano el solo firmo el documento. En ese momento la empresa estaba a su nombre y la cancelaron el 31 de marzo de 2011, no precisa el año, y comenzó Industrias Novaquim S.A.S., en la nueva sociedad fue vinculada la señora Sandra Hurtado. El vínculo finalizó porque la empresa se iba a cerrar porque tenía planes de viajar y radicarse en Canadá y por eso no podía seguir la empresa a su nombre estando por fuera del país. Dice que como la demandante estaba incapacitada no la podían despedir. La relación laboral se termina a raíz del fallo de la tutela porque la actora no se reintegró a trabajar y no interpuso demanda laboral en los 4 meses que tenía para hacerlo. No recuerda la razón para terminar el contrato antes de la acción de tutela que presentó la actora. Dice que el mismo hizo la diligencia para pedir la autorización al ministerio del trabajo para despedir a la demandante y la respuesta fue que no podían efectuarlo y rechazaron la solicitud. Afirma que ya no trabaja para Novaquim pero que sigue siendo socio.

En el curso del proceso, quedó establecido que en principio el empleador fue el señor Milton Giovanni Espitia Cubillos, luego en el año 2011 constituyó la empresa Industrias Novaquim S.A.S.; que en el transcurso de una a otra continuó desarrollando el mismo objeto social, y contrató a los mismos empleados. Claro lo anterior, en punto de las pruebas, si bien los testigos Jineth Riaño Cubillos y Rafael Esneider Espitia Cubillos, afirmaron que Sandra Patricia ingreso a laborar en septiembre de 2010 con Milton Giovanni, lo cierto es que la conciliación suscrita por las partes pone en evidencia lo realmente sucedido, pues el empleador reconoció de manera libre y voluntaria que la actora laboró para esa empresa en los meses de junio, julio y agosto de 2010 y en consecuencia se obligó a pagar los respectivos aportes a favor de la demandante en la AFP Porvenir, lo que guarda coherencia con lo afirmado por los testigos en relación con el objeto de la conciliación, aunado al hecho que desde la contestación de la demanda fue aceptado el vínculo y los extremos señalados por la demandante. Así las cosas, es dable concluir que el extremo inicial de la relación laboral fue el 1 de junio de 2010, tal como fue establecido por la A quo, y en consecuencia los meses de junio, julio y agosto de

2010, deben ser contabilizados en la historia laboral de la actora. En este sentido se pronunció la SL CSJ en sentencia SL4508-2020, así:

"Al respecto, debe tenerse presente que si bien la Corte ha adoctrinado que cuando existe mora en el pago de los aportes y las entidades de seguridad social no ejercen las acciones de cobro correspondientes, esos aportes se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL, 24 sep. 2008, rad. 34202, CSJ SL13128-2014 y CSJ SL15167-2015), también ha explicado que para poder contabilizar dichas semanas es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral (CSJ SL3112-2019 y CSJ SL514-2020), pues de existir dudas en tal aspecto, las cotizaciones en mora no pueden sumarse."

En relación con el pago de los aportes de los periodos junio, julio y agosto de 2010 en favor de la demandante a la AFP Porvenir, efectivamente se verifica en el proceso con la certificación de pago aportada en los folios 76 a 86. Así las cosas es evidente que la demandada AFP Porvenir desconoció dentro del conteo general de semanas cotizadas por la actora 12,9 semanas efectuadas entre junio y septiembre de 2010 sin justificación alguna, las cuales se realizaron dentro de los tres años anteriores al 7 de enero de 2011, la que corresponde a la fecha de estructuración de la invalidez (fl. 36 a 42), y que al agregarse a las 42,6 semanas ya señaladas arrojan un total de **55.5** semanas cotizadas en dicho lapso, con las cuales se cumple satisfactoriamente con el requisito legal señalado y la convierte en beneficiaria de la pensión de invalidez a partir del 8 de enero de 2011, día siguiente a la fecha en que se estructuró la invalidez y hasta que permanezca en este estado, de conformidad con el artículo 44 de Ley 100 de 1993².

No obstante, el disfrute de la misma al haber operado el fenómeno extintivo de la prescripción lo será desde el 24 de agosto de 2013, como quiera que bajo los preceptos de los Art. 488 del CST y 151 del C.P.L.S.S. transcurrió el termino trienal entre la reclamación administrativa y la presentación de esta acción ordinaria, pues la notificación del dictamen acaeció el 2 de febrero de 2012 (fl. 66), la reclamación ante porvenir se radicó el 21 de febrero de 2012 y la demanda se presentó el 24 de agosto de 2015 (141).

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

² ARTÍCULO 44. REVISIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ. El estado de invalidez podrá revisarse:
a. Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3) años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfrutaba su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiera lugar.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cada una de ellas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de marzo de 2021, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cada una de ellas.

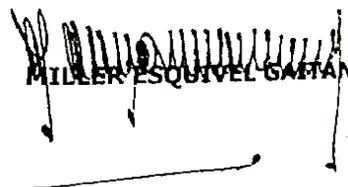
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SERGIO ALBERTO LOBO DELGADO
CONTRA ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. Rad. 2016 00426 01 Juz 17.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

SERGIO ALBERTO LOBO DELGADO demandó a la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios 7 a 10 y 165 a 166.

- Existencia de contrato de trabajo a término indefinido.
- Indemnización del art. 26 de la Ley 361 de 1997.
- Reintegro.
- Reajuste salarial y de prestaciones sociales.
- Salarios.
- Reajuste de aportes a seguridad social.
- Indemnización moratoria.
- Indexación.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 4 a 7 y 166. Se vinculó con la demandada el 13 de marzo de 1996 mediante contrato verbal, en esa misma anualidad sufrió un accidente de tránsito, razón por la que la empresa certificó el

inicio de sus labores en fecha posterior. El 28 de septiembre de 1998 firmó contrato a término indefinido, inicialmente se vinculó como auxiliar de laboratorio, luego se desempeñó como analista de control de calidad, pero su asignación salarial correspondía a la de un técnico de control de calidad (la que asciende a \$2.067.100). El 09 de abril de 2016 fue adulterada la base de datos de la empresa a la que muchos empleados tienen acceso, no obstante, él fue el único que presentó descargos y en ellos no se respetaron las garantías del debido proceso como quiera que el trámite surtido fue irregular. Fue víctima de acoso laboral por parte de Luz Ángela Acosta (jefe directo) en virtud de reclamos salariales, lo que conllevó su despido el 09 de junio del 2016. Para su desvinculación no fue tenido en cuenta su estado de salud, las patologías tanto de origen común como profesional y tampoco se pidió permiso al Ministerio del Trabajo. Fue valorado por ARL en septiembre de 2015 y sugirió el inicio de un tratamiento médico para su salud auditiva. Mediante fallo de tutela del 28 de junio de 2016, el Juez Décimo Penal de Control de Garantías dispuso el reintegro transitorio.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 168) y corrido el traslado la accionada ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. contestó en los términos del escrito visible en folios 206 a 228:

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y cobro de no lo debido, prescripción, y compensación.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C. puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 01 de junio de 2021, en la cual indicó:

"PRIMERO: DECLARAR la existencia de una relación laboral entre el demandante, señor ***SERGIO ALBERTO LOBO DELGADO*** y la demandada ***ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.***, desde el 28 de septiembre de 1998 al 9 de junio de 2016, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito denominada *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuesta por la parte demandada, y relevarse del estudio de las demás excepciones.*

TERCERO: ABSOLVER a la demandada ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda impetrada por el señor SERGIO ALBERTO LOBO DELGADO, de conformidad con consideraciones.

CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante como se dijo en la parte considerativa.

QUINTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante de conformidad con el inciso tercero, artículo 69 del C.P.L, en caso de no ser apelada.”

Llegó a esa determinación al advertir que las documentales acreditan que el actor ostentaba la calidad de trabajador en misión para el cargo de auxiliar de laboratorio, en favor de la demandada y estaba vinculado mediante contrato de obra o labor suscrito en el año 1996 con Servicios y Asesorías Limitada (Fls. 238 y 239). De los extremos de la relación laboral manifestó que empezó a trabajar con la demandada el 28 de septiembre de 1998 y se extendió hasta el 09 de junio del 2016, conforme el contrato aportado y las certificaciones expedidas por la empresa, el cargo desempeñado fue de técnico de control de calidad. En cuanto al desprendible de nómina del 16 de diciembre del 2007, en el que se indica que el demandante desempeñó el cargo de analista de control de calidad para el Centro de Costo Fábrica de Lubricantes, la juez dijo que tal documento solo da cuenta de haber realizado esas funciones durante un periodo de 15 días y en vigencia de una relación laboral distinta, resaltó que el actor no aportó más desprendibles de nómina o documentos que probaran el desarrollo de ese cargo durante toda la relación laboral con TERPEL, por tanto, no se encontraba acreditada la identidad del cargo y la diferencia de salarios, a efectos de hacer las reliquidaciones pretendidas. En cuanto al extremo final del contrato, el que se generó por decisión de la empresa mediante la carta de terminación del mismo, se corroboró con la diligencia de descargos rendidos el 09 de junio del 2016, que el actor omitió sus obligaciones al ejercer su labor, y que esa conducta podía generar graves daños económicos a los clientes y a la empresa, circunstancia que se encontró el juzgado válido para finalizar el vínculo laboral. Respecto a la estabilidad laboral reforzada y el reintegro señaló que esta protección solo es aplicable a personas con limitación moderada, es decir, que tengan una pérdida de la capacidad laboral superior al 15%, y en el proceso el demandante no probó que para el momento del despido tuviera una calificación de su disminución de capacidad laboral, que estuviera incapacitado, o que tuviera recomendaciones medico laborales vigentes, aunado a esto, el dictamen expedido por la Junta

Regional de Calificación de Invalidez el 10 de junio del 2019 determinó que el demandante posee una pérdida de capacidad laboral el 12,45% por origen de enfermedad común, en consecuencia no es beneficiario de la estabilidad laboral solicitada.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicitó la revocatoria de la decisión y reiteró cada uno de los argumentos esgrimidos en primera instancia.

Parte demandada: Pidió la confirmación de la decisión por cuanto las solicitudes hechas por el actor carecen de sustentos jurídicos, además de que se demostró en el curso del proceso que la culminación del contrato se originó por una justa causa y no se acreditó la existencia de la protección por estabilidad laboral al tener una buena condición de salud al momento de la culminación del contrato.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del presente asunto en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, al no existir recursos de apelación contra la sentencia y por haberse emitido fallo totalmente adverso a los intereses del demandante.

De la vinculación laboral y la forma de terminación contractual

Manifestó el demandante que la vinculación con la demandada inició desde el año 1996 mediante un contrato verbal, no obstante, la demandada en su contestación, allegó contratos de prestación de servicios suscritos con la empresa de servicios temporales Organización Servicios y Asesorías LTDA, para los años 1995 y 1997 (Fls. 229 a 234 y 235 a 237), así como el contrato de trabajo por obra o labor determinada suscrito entre Organización Servicios y Asesorías LTDA., y el demandante el 13 de marzo de 1996 (fls. 238 y 239), para que fuera trabajador en misión y desempeñara el cargo de auxiliar de laboratorio en la empresa usuaria Terpel Lubricantes, el que está firmado por el actor y en el trámite del proceso no se desconoció o tachó de falso, por ende, goza de plena validez. Además, en la diligencia de descargos a la que fue citado el actor el 9 de junio de 2016, al ser requerido en la pregunta #2

"*Sírvase informar ¿desde cuándo labora usted en la Organización Terpel y desde cuando se desempeña usted en su cargo actual?*" contestó: "directamente con la empresa desde 1998 y dos años con la empresa servicios y asesorías, desde 1996" (Subrayado y negrilla fuera del texto.) (fl. 276), por lo que se colige que la vinculación directa con la compañía demandada inició el 28 de septiembre de 1998, tal como lo concluyó la Juez y consta en el contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes en esa data (fls 69 a 71), razón por la cual se confirma la decisión de la A quo, en cuanto a la existencia del vínculo laboral y su extremo inicial.

Respecto a su terminación, el demandante adujo que se dio sin justa causa y bajo el amparo de la estabilidad laboral reforzada, ya que presentaba dificultades de salud para ese momento en virtud de un accidente de tránsito acaecido en 1996, situación que se agravó al manejar químicos y combustibles en el ejercicio de sus labores. Para acreditar su versión, allegó diversas historias clínicas, notas de enfermería, certificados de incapacidades y documentos de hospitalizaciones, en su mayoría suscritos en el año 1999 por diferentes profesionales del ISS seccional Santander (Fls. 85 a 139), en los que se puede avizorar que existieron varios tratamientos para manejar una fractura facial, sin embargo, esas lesiones como lo expuso el actor derivan de un accidente de tránsito que ocurrió en el año 1999, fecha que difiere a la indicada en la demanda (1996), y además tal como se corrobora en el dictamen de PCL realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander (Fls. 518 a 520), se tiene que las patologías del demandante eran de origen común y su PCL del 12.46%, por tanto, no existe evidencia de que para el momento de la terminación del contrato el actor se encontrara incapacitado, con tratamiento médico o con alguna situación médica apremiante que lo haga beneficiario de la garantía implorada.

Además, en el asunto TERPEL acreditó que la terminación del vínculo laboral acaeció por faltas graves a sus deberes como trabajador, como se desprende del informe de trazabilidad de información realizada al interior del laboratorio de aceites de la demandada (Fls. 244 a 274) en el que se concluyó que hubo una manipulación de datos por parte de LOBO DELGADO, con distintas muestras y un registró indebido de la información, conforme ese análisis se concluyó que el trabajador incumplió con la tarea de protección y confidencialidad de la información, el principio de independencia establecido en la política de calidad del laboratorio, tabla de roles de responsabilidades y autoridades definidas en el manual de calidad numeral 4.1.4, y

falta al valor institucional denominado integridad. En cuanto a los descargos (fls. 275 a 282), se resalta que el actor aceptó haber cometido errores, tales como registrar la información errónea a través de su usuario, no registrar en tiempo los datos primarios de las muestras, omitir los pasos en los registros de muestras de aceites, recalculer pruebas y muestras omitiendo pasos establecidos por la empresa reportando resultados diferentes, elaboración de pruebas sin actualizar los pdf, saltarse los pasos de los diversos procedimientos establecidos por la demandada para las tomas de muestras y recolección de datos, entre otros, tal como se corrobora de las respuestas números 6, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 21, 23, 24, 25, 28, 32, 33, 34, 36 y 38. Y del hecho número 4 de esa misma diligencia, se advierte que son funciones y responsabilidades del actor, manejar lo relacionado con aceites usados y hacer pruebas de calidad de esos aceites que llegan de clientes de la organización. Ahora, de la carta de terminación del contrato, se advierte que TERPEL el 09 de junio de 2016, le informa al demandante de la finalización del vínculo laboral y en ella expone las siguientes razones:

“le manifestamos que los hechos que fundamentan nuestra decisión corresponden a que usted realizó unas mediciones de muestras de aceites usados de los clientes de forma errada en los equipos de análisis infrarrojos, situación que evidencia un incumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias.

Al respecto, como quedó evidenciado en la diligencia de descargos, se revisaron los resultados emitidos en los equipos de TBN y TAN, en los cuales se presentaron manejos indebidos en la gestión de los datos, toda vez que se tomaban muestras en las cuales posteriormente se recalculaban sin registrar de manera adecuada los nuevos resultados de las muestras, hecho que también permite constatar un incumplimiento de las políticas internas de la organización.

En este sentido, después de la investigación llevada a cabo por la organización, se constató que a partir de la realización de muestras cruzadas fue posible identificar que los resultados auditados no coincidían con los de la base de datos del equipo titular, lo que ocasionaba a su vez que los resultados obtenidos no coincidieran con la fórmula del producto. Por otro lado, tal como se acepta en el acta de descargos, a través de su conducta respecto del manejo de su equipo de cómputo puso en riesgo información de especial trascendencia para la organización toda vez que no cerraba la respectiva sesión una vez culminadas sus actividades, lo cual dejaba expuesto su usuario para realizar cualquier tipo de operación.

Al respecto como acepto usted en la diligencia de descargos luego de ponerle de presente la evidencia con la que cuenta la compañía, usted ingresaba a los diferentes sistemas de análisis de muestras de aceites usados, datos que no correspondían a la realidad, modificando los resultados de los estudios solicitados por los clientes de la organización.

Los hechos narrados constituyeron una violación grave a sus obligaciones contractuales y reglamentarias, especialmente porque ha generado problemas con los informes de análisis de aceites usados que se envían a los clientes. En virtud de lo anterior, ha sido necesario estos análisis que podrían generar una afectación grave a nivel reputacional para la organización, situación que tiene como agravante el

hecho de que usted manipuló de forma indebida las bases de datos de las muestras de aceite usado.

Esta decisión se toma con fundamento en lo establecido en el art. 62 literal a numeral 6 del CST en concordancia con el art. 58 numeral 1"

De lo anterior se concluye que la finalización de la relación laboral lo fue por una justa causa, pues quedó debidamente establecido que el actor faltó a sus responsabilidades en los términos que previamente la empresa ya le había asignado, y esto se colige de la respuesta dada a la pregunta número 4 del acta de descargos, donde el demandante acepta cuáles son sus responsabilidades y las faltas que admite haber realizado en el ejercicio del cargo, como por ejemplo el incumplimiento del instructivo control de datos de ensayo EQI 42 COL, tabla de roles, responsabilidades y autoridades definidas en el numeral #4.1.4. así como el manual de calidad de la organización.

Del reintegro y la protección por estabilidad laboral reforzada

Frente a la estabilidad laboral reforzada y aplicación de la Ley 361 de 1997, se debe indicar que la jurisprudencia laboral ha considerado que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato se traduce en una garantía especial que procede exclusivamente para las personas que presenten una "minusvalía" o "limitación", superior a la moderada inclusive, con sujeción al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, más no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud (sentencias de 27 ene. 2010 rad. 37514, de 30 ene. 2013 rad. 41867, SL14134, SL12110 y SL13657 de 2015 rads. 53083, 48484 y 56316, entre muchas otras más). Sin embargo, no se puede perder de vista, por una parte, que el mencionado artículo 7º del Decreto 2463 actualmente no se encuentra vigente, en virtud de la expedición del Decreto 1352 de 2013 y por lo mismo no podría hablarse de limitaciones en los grados allí previstos, por lo que en aquellos eventos en los que se encontraba vigente tal precepto, la Sala ha optado por aplicar el criterio de la jurisprudencia constitucional, según el cual esta protección especial procede para todos aquellos sujetos que presenten alguna afectación en su estado de salud, pero siempre y cuando aquel les impida, de alguna manera, ejercer una actividad laboral en condiciones normales, es decir, sobre todos aquellos que presentan un grado de discapacidad, aunque no los coloque en situación de invalidez, o con una pérdida de capacidad laboral en los grados anteriormente referidos, sino en un estado de

debilidad manifiesta dada la afección física, sensorial o psíquica (CC, sentencias T-307 de 2010, T-516 de 2011, T-302 de 2013, y T-420 de 2015), interpretación que también ha sido asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se puede consultar la sentencia SL11411-2017, Radicación 67595 del 2 de agosto de 2017 con ponencia Dr. Rigoberto Echeverri Bueno¹.

Conforme lo anterior, luego de verificar el material probatorio obrante en el plenario, y tomando como punto de partida lo enseñado por la SL CSJ, La Sala precisa que en el asunto no se cumplen con los presupuestos para declarar que el actor es beneficiario de la garantía de la estabilidad laboral reforzada que pregona, la cual para su prosperidad no solo basta con que exista un quebranto en la salud del trabajador, éste cuente con alguna incapacidad médica próxima a la fecha del finiquito contractual o que se encuentre inmerso en algún tratamiento médico, como quiera que la aplicación de tal garantía lo que pregona es la protección del trabajador que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo conocido por su empleador y que la limitación sea de tal magnitud que su labor o el ejercicio de las actividades se vea comprometido por su situación médica. En este punto, es de recordar e insistir en que la estabilidad laboral reforzada, no es una figura que se utiliza indistintamente cuando el estado de salud de un trabajador se altera y que por ello su aplicación resulte automática, pues se itera la patología debe ser grave y además influir en el ejercicio de las labores contratadas, ya que no es dable aseverar que todas las personas que padecen una enfermedad o limitación están imposibilitadas para trabajar, aceptar tal criterio sería tanto como cercenar a este grupo poblacional de la posibilidad de que ejerzan plenamente sus derechos, los que a la par con las deficiencias (*físicas, mentales, intelectuales o sensoriales*) pueden progresar y evolucionar positivamente.

En el asunto no se discute que el demandante durante la vinculación laboral tuvo un accidente de tránsito que le ocasionó lesiones principalmente faciales, sin embargo

¹ “La Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad. (Sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845) (...)

Así las cosas, no le asiste razón a la censura al sostener que para que el demandante pudiera ser objeto de especial protección a la estabilidad laboral, debía contar con un carné o certificación que lo identificara como minusválido o disminuido, pues tales documentos no tenían un carácter constitutivo de esa condición.

Igual situación se predica del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, pues, de acuerdo con lo adocinado por esta sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria. (Sentencia CSJ SL10538-2016)”

ésta lesión sufrida no es de tal trascendencia que le haya impedido ejercer las funciones asignadas como técnico control de calidad, por eso no se puede colegir que la decisión del finiquito laboral obedeció a un acto discriminatorio por parte de la pasiva, por el contrario, quedó ampliamente acreditado que ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., en ningún momento lo aisló o desmejoró sus condiciones laborales luego del incidente ocurrido, pues el actor continuó con el desarrollo de sus labores con normalidad, hasta el año 2016, ejerciendo durante 17 años después de acontecido el accidente de tránsito su labor, además se debe tener en cuenta que una de las labores principales del actor es tomar muestras de diversos combustibles y efectuar análisis científicos al respecto, sin que se observe un nexo causal entre las lesiones sufridas en el año 1999 y el ejercicio de las labores, por esto no se puede concluir que el finiquito laboral obedece a una razón discriminatoria en virtud de su estado de salud.

Del reajuste salarial por el cargo desempeñado y la reliquidación de las acreencias laborales

Argumenta el actor que el cargo desempeñado desde el año 1998 hasta 2016 fue el de analista de control de calidad, situación que niega la demandada pues ella afirma que el actor se desempeñó como técnico de control de calidad. Al respecto, conviene precisar que no basta con la simple afirmación del trabajador sobre el cargo que ejerció, pues sus afirmaciones deben estar respaldadas probatoriamente, y en el caso en estudio, la única prueba que desvirtúa lo dicho por TERPEL es un comprobante de nómina del año 2007 (Fl. 161) en el que se indica que ostentó el cargo de analista, pero no se allega ninguna otra prueba que demuestre la permanencia en el cargo, y este desprendible por sí solo no comprueba que fuera de ese término (de 15 días) allá ejercido tal empleo, por lo que se colige que su cargo, salvo esos quince días fue el de técnico de control de calidad, tal como se demuestra con todas las certificaciones allegadas. Además, en el acta de diligencia de descargos que reposa a folios 276 a 282 en la pregunta #1 al preguntársele: "**Preguntado:** Confírmenos por favor su nombre, cedula y cargo. **Contestado:** Sergio Alberto Lobo Delgado C.C. 91487420, Técnico De Control De Calidad" (Subrayado fuera del texto), por lo que en el asunto no hay lugar a reliquidar ninguna acreencia reclamada.

Bajo estos argumentos, La Sala **CONFIRMA** la sentencia consultada.

COSTAS. Las de primera instancia se confirman. Sin costas en la instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, administrando justicia, en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

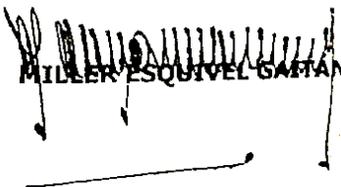
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1 de junio de 2021 proferida por el Juzgado 2 Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS. Las de primera instancia se confirman. Sin costas en la instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAÑÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL de ROSALBA OVIEDO CUMACO y ABEL PERALTA HERNÁNDEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. RAD. 2018 00103 01 JUZ 19.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ROSALBA OVIEDO CUMACO y ABEL PERALTA HERNÁNDEZ demandaron a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 6 y 7.

- El traslado de los aportes de ABEL PERALTA HERNÁNDEZ a Colpensiones.
- Reconocimiento y pago de la pensión familiar a cargo de la AFP Protección.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 37 y 38. Rosalba Oviedo Cumaco y Abel Peralta Hernández han convivido en unión marital de hecho durante 34 años. La primera cumplió 57 años de edad el 13 de mayo de 2014, está afiliada a la AFP protección desde el año 2005 donde ha realizado sus aportes. El segundo cumplió 62 años de edad el 11 de agosto de 2015, se encuentra afiliado a Colpensiones desde el año 1976 y cuenta con 920 semanas cotizadas. En el año 2016 realizaron

los trámites correspondientes ante Colpensiones a fin de obtener la pensión familiar, la cual les fue negada porque la demandante no cumple con los requisitos de Art. 2 del Decreto 288 de 2014. Posterior a ello elevaron solicitud de traslado ante Protección para que fuera trasladado el demandante del RPM administrado por Colpensiones al RAIS en cabeza de esa AFP y se continuara con el trámite de reconocimiento pensional. La anterior petición fue negada en consideración a que se debe trasladar al régimen del afiliado que tenga mayores recursos.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas dieron respuesta así:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 46 a 53.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la petición de reconocimiento de pensión familiar, y la negativa dada por esa administradora.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 79 a 89.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; aceptó la afiliación de la demandante, la negativa a la solicitud de traslado, la que deberá elevarse ante Colpensiones.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación por pasiva, imposibilidad de acumular los aportes y semanas cotizadas en el RAIS para el reconocimiento de la pensión familiar, imposibilidad de reconocimiento de la pensión familiar en el RAIS por inexistencia de la redención del bono pensional de los demandantes y de la falta de reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez, inexistencia de la reclamación formal de pensión ante Protección

e imposibilidad de pago de la pensión familiar a partir del 12 de agosto de 2015 y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa conclusión al establecer que la entidad encargada del reconocimiento de la pensión familiar, de conformidad con el Art. 4 del Dto. 288/2014 es Colpensiones, pero al revisar los requisitos previstos en el Art. 2 de la misma norma; la demandante no cumple con su totalidad, pues no acreditaron el nivel de Sisben, ni cotizó a los 45 años de edad el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, que según la tabla corresponde a 250.

Apelaciones

La **parte demandante** inconforme con la decisión, alega que se debe dar aplicación al Art. 5 de la Ley 1580 de 2012, el que trata de los traslados de régimen de los afiliados que opten por acceder a la pensión familiar. Por ello, esta debe estar a cargo a la AFP Protección.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada:

PROTECCIÓN: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

COLPENSIONES: Solicitó se confirme la decisión por cuanto los demandantes no cumplen con los requisitos normativos para acceder a la Pensión Familiar, además, de que no existió solicitud previa que permitiera al menos revisar el caso y la procedibilidad del derecho, por lo que no hay lugar a ordenar el traslado al RAIS de

PERALTA HERNÁNDEZ y por ende, no procede el reconocimiento de la prestación en ninguno de los regímenes.

CONSIDERACIONES

Reclamación administrativa.

Si bien la parte actora no cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6º del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, en la medida que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES es una entidad pública (Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como Entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo), lo cierto es que no fue interpuesta en su debida oportunidad la excepción por parte de la entidad. En consecuencia se entiende saneada esta falencia, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 12221 del 13 de octubre de 1999, MP: GERMÁN VALDÉS SÁNCHEZ.

“Pero puede suceder que el Juez Laboral admita la demanda sin advertir la falta de cumplimiento por parte del accionante de la exigencia contemplada en el pluricitado artículo 6º del C. de P.L. En este caso es deber procesal de la parte demandada, así como un elemental ejercicio de la lealtad que se deben los sujetos procesales entre sí y que éstos le deben al Juez, alertar a éste sobre la omisión del agotamiento del procedimiento gubernativo, pero no de cualquier manera, sino mediante la proposición de los medios de defensa que en su favor consagra la ley adjetiva del trabajo en su artículo 32, cuales son las excepciones previas o dilatorias respectivas, que para el caso concreto que se examina se contrae a la de falta de competencia, por no agotamiento previo de la vía gubernativa, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 97 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1º, núm. 46, disposición a la cual fuerza remitirnos por mandato del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral. O también puede formularse la excepción dilatoria de no agotamiento del procedimiento gubernativo o reglamentario, que como ya ha tenido oportunidad la Corte de expresarlo, “...bien puede entenderse que constituye una excepción en el proceso laboral, propia y autónoma” (Sentencia de Julio 21 de 1981. Rad. N° 7619).

(...)

Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6º del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1º, núm. 84, norma que dispone que “La nulidad se considerara saneada...

Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso."

Pensión familiar

La Ley 1580 de 2012 creo la pensión familiar introduciendo el capítulo V al título IV, libro I de la Ley 100 de 1993 y cuatro nuevos artículos. En el artículo 151A se define esta prestación como aquella por la cual *"la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993."*

Pero la ley previó que para acceder a la pensión familiar, cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes debían acreditar determinados requisitos, además de la sinergia de sus cotizaciones, para lograr una sola pensión con arreglo a lo que previamente venía establecido en la Ley 100 de 1993 y fue así como el Decreto 288 de 2014 sintetizó los eventos para el reconocimiento de esta prestación, así como sus requisitos, en: (i) Requisitos para la obtención de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, (ii) Requisitos para la obtención de la pensión familiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, (iii) Traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y (iv) Traslado de Régimen de afiliados que les falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y opten por acceder a la pensión familiar.

En ese último aparte prevé el caso en que los cónyuges o compañeros permanentes se encuentran afiliados en diferente régimen y pretenden obtener la pensión familiar, en el cual prevé:

"Artículo 5º. Traslado de Régimen de afiliados que les falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y opten por acceder a la pensión familiar. *Las personas a las que a 1º de octubre de 2012, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y al solicitarla no logren obtenerla **podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para obtener la pensión familiar, sin tener en cuenta el término de permanencia mínima establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.***

Los cónyuges o compañeros permanentes que se encuentren afiliados en diferente régimen y pretendan obtener la pensión familiar expresarán su voluntad mediante

el diligenciamiento y entrega del formulario de traslado que para el efecto establezca la Superintendencia Financiera de Colombia, a la Administradora en que se encuentre afiliado el cónyuge o compañero permanente que se va a trasladar, con la indicación de que la solicitud de traslado es para efectos de acceder a la pensión familiar.

La Administradora del cónyuge o compañero permanente que se pretende trasladar, deberá radicar la solicitud de traslado ante la Administradora del otro cónyuge o compañero permanente, con la indicación de que el traslado es para efectos de acceder a la pensión familiar. La Administradora que recibe la solicitud de traslado deberá reportar a más tardar dentro de los ocho (8) días calendario del mes siguiente, la información correspondiente dependiendo del régimen del que se efectúa el traslado.

Tratándose del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media, la información como mínimo deberá contener: el saldo de recursos de la Cuenta de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y el porcentaje de cotización al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las semanas de cotización acumuladas por el afiliado y la historia laboral.

Tratándose del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la información como mínimo deberá contener: las semanas de cotización acumuladas por el afiliado y las servidas en entidades del Estado.

La Administradora del cónyuge o compañero permanente que se pretende trasladar, una vez cuente con toda la información de las diferentes entidades involucradas, determinará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes si los cónyuges o compañeros permanentes cumplen los requisitos para tener derecho a la pensión familiar.

En el evento en que se evidencie que los cónyuges no cumplen los requisitos para tener derecho a la pensión familiar, la Administradora rechazará la solicitud e informará dentro de los cinco (5) días siguientes tal decisión a la otra Administradora.

En el evento en que se evidencie que los cónyuges o compañeros permanentes cumplen los requisitos para tener derecho a la pensión familiar, la Administradora confirmará la solicitud de traslado a la otra Administradora para que esta apruebe la solicitud de traslado dentro de los cinco (5) días calendario siguientes y procederá al giro de los recursos.

La Administradora tendrá como plazo máximo treinta (30) días calendario, contados desde la fecha de aprobación del traslado, para transferir los recursos y remitir toda la información que repose en la otra entidad, dejando expresa constancia de dicha transferencia, con el fin de cumplir lo establecido en el literal a) del artículo 3° del presente decreto.

Para promover la reducción de trámites al ciudadano y eficiencia del sistema, las administradoras podrán desarrollar herramientas tecnológicas y de comunicaciones que les permitan el intercambio de información para agilizar el traslado para efectos de acceder a la pensión familiar."

Al estudiar el cumplimiento de estos requisitos se tiene que los demandantes acreditaron estar vinculados al sistema de seguridad social en pensiones, la demandante ROSALBA OVIEDO CUMACO acredita estar afiliada a la AFP Protección desde el 15 de junio de 2005 de conformidad con la documental obrante a folio 24, por su parte ABEL PERALTA HERNÁNDEZ se encuentra afiliado a Colpensiones desde

el 12 de abril de 1976 (fls. 54 a 62). Puestas así las cosas, bajo los presupuestos de la norma transcrita, los dos solicitantes deben estar afiliados al mismo régimen pensional y por ello se hace necesario verificar si cumplen con los requisitos para consolidar el derecho a la pensión familiar por alguno de los regímenes pensionales, para de esta manera proceder a autorizar el traslado de uno de los compañeros permanentes, en los términos del art. 5 del Decreto 288 de 2014.

A fin de establecer a que régimen se deben trasladar los petentes, contrario a lo considerado por la A quo, al caso de los demandantes no son aplicables las previsiones el art. 4 *ibídem*¹, como quiera que ese artículo regula el traslado de los afiliados en el evento de encontrarse en el mismo régimen pensional, supuesto fáctico que difiere totalmente del aquí estudiado; pues como se expuso, los actores están afiliados a regímenes pensionales diferentes y por ello la norma a la cual remite esta Sala es la prevista en el art. 5; lo que conlleva a que los demandantes de manera libre puedan escoger el que les sea más conveniente, tal como lo prevé el art. 4 de la Ley 1580 de 2012, así:

Artículo 4º. *Adiciónese un nuevo artículo al Capítulo V al Título IV al Libro I de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:*

"Artículo 151 D. Afiliación al mismo Régimen de Pensiones. *En caso de que los cónyuges o compañeros permanentes estuvieren afiliados a regímenes de pensión diferentes, esto es, uno de ellos estuviere en el Régimen de Prima Media y el otro en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, alguno de ellos deberá, de manera voluntaria, trasladarse para el que considere conveniente, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.*

Parágrafo transitorio. *Quienes a la entrada en vigencia de la presente ley hayan agotado la posibilidad de trasladarse entre los regímenes de pensiones de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y al cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez no logren obtenerla, podrán optar por la pensión familiar con su cónyuge o compañero permanente, caso en el cual podrá haber traslado entre regímenes, previa verificación que este traslado se realiza para acceder a la pensión familiar".*

En punto de lo anterior, no es objeto de discusión que los actores no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión familiar bajo el RPM², aunado al hecho de

¹ **Artículo 4º.** *Traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el evento en que los cónyuges o compañeros permanentes se encuentren afiliados a diferentes Administradoras de Fondo de Pensiones y pretendan obtener la pensión familiar, deberán solicitar, a cada una de las administradoras, la información relacionada con el saldo existente en sus cuentas individuales, el valor de los bonos pensionales actualizados y capitalizados si hay lugar a ellos y el número de semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones. Las administradoras deberán dar respuesta a dicha solicitud a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la presentación de la misma.*

*Con la información entregada, los cónyuges o compañeros permanentes determinarán la administradora del titular, **que será la del afiliado que cuente con el mayor saldo en la cuenta de ahorro individual.***

(...)

² Art. 2 del Decreto 288 de 2014 *Requisitos para la obtención de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*

que la prestación se peticiona a cargo de la AFP Protección. En consecuencia se hace necesario establecer si a la luz de las previsiones del art. 3 de la misma norma³, pueden acceder a la prestación bajo los parámetros del RAIS, los cuales corresponden a:

Artículo 3º. Requisitos para la obtención de la pensión familiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. *Los requisitos que deberán acreditar cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que opten por el reconocimiento de la pensión familiar son los siguientes:*

a) Estar afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la misma Administradora de Fondos de Pensiones;

b) Cumplir con los requisitos para adquirir el derecho a la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, siempre que dicha prestación no se haya pagado;

c) Sumar entre los dos el capital necesario requerido en la normatividad vigente, para tener derecho a una pensión de vejez, o en su defecto cumplir con los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima, de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993;

d) Acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente, que debió haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad, la cual debe ser acreditada de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 2º del presente decreto.

Parágrafo. *Para efectos del reconocimiento de la pensión familiar, los bonos pensionales se podrán redimir anticipadamente de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto número 3798 de 2003.*

En relación con el cumplimiento de los requisitos para adquirir la devolución de saldos⁴ se tiene que el demandante alcanzo los 62 años de edad el 12 de abril de 2015 (fl. 17) y acumuló un total de 906,86 semanas. La demandante el 13 de mayo de 2014 cumplió 57 años de edad y cuenta con una densidad de 580,71 semanas, cumulo que resulta suficiente para satisfacer lo establecido en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con el literal c, que corresponde al capital necesario para financiar la pensión de vejez, si bien en esta instancia no es posible establecerlo, lo cierto es que la misma norma prevé que en caso de no cumplir este monto, tienen

³ Requisitos para la obtención de la pensión familiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

⁴ **ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS.** *Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.*

la posibilidad de acceder a la garantía de pensión mínima de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, prestación para la cual cumplen con los requerimientos como quiera que cuentan con la edad allí prevista (62 años de edad si son hombres y 57 si son mujeres) y sumados los tiempos de cotización acumulan un total de 1487,57 semanas.

Frente al último de los requisitos que corresponde a acreditar más de 5 años de relación conyugal o convivencia permanente que debió haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad; se tiene que los actores han convivido por más de 34 años, situación que se corrobora con la declaración extra juicio aportada por los demandantes a folio 19.

Así las cosas, los actores cumplen con los requisitos para acceder a esta prestación por el RAIS, razón por la cual se autorizará el traslado de régimen de ABEL PERALTA HERNÁNDEZ al RAIS, en la AFP Protección a la cual se encuentra afiliada ROSALBA OVIEDO CUMACO. En consecuencia, las administradoras Colpensiones y AFP Protección deberán continuar con el trámite previsto en el ya citado art. 5 del Decreto 288 de 2014.

Suficientes resultan los anteriores argumentos para **REVOCAR** de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se revocan y se imponen a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de abril de 2021, para en su lugar **AUTORIZAR** el traslado de régimen de ABEL PERALTA HERNÁNDEZ al RAIS, en la AFP Protección a la cual se encuentra afiliada ROSALBA OVIEDO CUMACO, de conformidad con las consideraciones antes expuestas.

SEGUNDO.- ORDENAR a las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** continuar con el trámite previsto en el art. 5 del Decreto 288 de 2014, de conformidad con las consideraciones de esta decisión.

TERCERO.- COSTAS: Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Sin costas en la alzada.

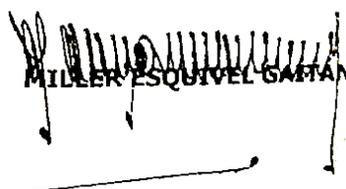
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

02 REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LEONEL FELIPE NORIEGA PARDO
CONTRA SELECTIVA S.A.S. y RCN TELEVISIÓN S.A. Rad. 2018 00435 01
Juz 33.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LEONEL FELIPE NORIEGA PARDO demandó a **SELECTIVA S.A.S.** y a **RCN TELEVISIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 5.

- Contrato de trabajo.
- Reliquidación de prestaciones sociales.
- Sanción por no consignación de las cesantías.
- Indemnización moratoria Art. 65.
- 23 días de salario.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 y 6. Se vinculó a SELECTIVA S.A.S. el 22 de agosto de 2017 para trabajar en misión en RCN TELEVISIÓN S.A., a fin de desempeñar el cargo de activador de comunidades en la ciudad de Bogotá y bajo la subordinación de RCN. Sostiene que el salario que percibió por su labor fue de \$2'800.000 y se pagaba quincenalmente. Del valor acordado como salario se descontaban los aportes a seguridad social y no existieron desprendibles de pago. Expone que trabajó hasta el 23 de febrero de 2018, fecha en la que se dio por finalizado el contrato. SELECTIVA S.A.S. no reconoció al actor los valores correspondientes a los últimos 23 días de trabajo, como tampoco hubo reconocimiento y pago de prestaciones sociales durante la vigencia del contrato.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto del 24 de octubre de 2018 (fl. 31) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

RCN TELEVISIÓN S.A. contestó en los términos del escrito que milita a folios 46 a 56.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

SELECTIVA S.A.S. contestó en los términos del escrito que milita a folios 98 a 138.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la relación laboral, el cargo desempeñado, la forma de pago, el lugar donde desempeñó las labores y la subordinación del actor respecto a RCN en calidad de trabajador en misión.
- Formuló como excepciones de mérito: Inexistencia de solidaridad entre la empresa SELECTIVA S.A.S. y la empresa RCN TELEVISIÓN, terminación del contrato por finalización de la labor u obra contratada, inexistencia de causa para pedir, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representada, inexistencia de obligaciones contratadas, buena de fe la empresa SELECTIVA S.A.S., mala fe de la demandante, falta del derecho sustantivo, cesión de la facultad subordinante del demandante a RCN, trabajador en misión, compensación, cobro de lo no debido y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR el Auxilio de Alimentación y Transporte devengado por LEONEL FELIPE NORIEGA PARDO durante la vigencia de la relación laboral constituye salario con base en los Art. 127 y 128 del C.S.T., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a SELECTIVA S.A.S. a pagar a LEONEL FELIPE NORIEGA PARDO identificado con C.C. No. 1.121.851.836 de Bogotá la suma de \$2'406.744 por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones causadas durante la vigencia de la relación, tomando como salario realmente devengado la suma de \$2'800.000.

TERCERO: CONDENAR a SELECTIVA S.A.S. a pagar a LEONEL FELIPE NORIEGA PARDO la Sanción Moratoria consagrada en el Art. 65 del C.S.T. correspondientes a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las acreencias laborales, del 31 de enero de 2018 al 31 de enero de 2020, debiéndose pagar a partir del 31 de enero de 2020 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago se verifique, tomando como capital el saldo prestacional adeudado al demandante, \$2'406.744.

CUARTO: CONDENAR a SELECTIVA S.A.S., haciendo uso de las facultades EXTRA PETITA establecidas en el Art. 50 C.P.L. y S.S., a cancelar las diferencias de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de LEONEL FELIPE NORIEGA PARDO durante la vigencia de la relación laboral, teniendo como IBC la suma de \$2'800.000. Para tales efectos, el demandante deberá indicar a que fondo de pensiones se encuentra afiliado para que la respectiva administradora proceda a realizar el cálculo actuarial pertinente.

QUINTO: ABSOLVER a SELECTIVA S.A.S. respecto de la pretensión de sanción por no consignación de las cesantías consagrada en el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación y prescripción planteadas por la demandada SELECTIVA S.A.S.

SÉPTIMO: ABSOLVER a RCN TELEVISIÓN S.A. respecto de todas y cada una de las pretensiones planteadas en su contra por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido planteada por la demandada RCN TELEVISIÓN S.A.

NOVENO: COSTAS de esta instancia a cargo de SELECTIVA S.A.S. Se fijan como agencias en derecho la suma de TRES (3) S.M.L.M.V."

Llegó a esta determinación luego de corroborar que el auxilio de transporte y alimentación pagado al actor efectivamente constituía salario porque no estaban supeditados al cumplimiento de algún objetivo o meta, eran pagos periódicos y de libre disposición por parte del trabajador, además, de que en el documento en el que se pactó el pago de dichas sumas no se especificó que se debían destinar para cada concepto (alimentación y transporte). Por otro lado, precisó que el extremo final de la relación contractual era el 30 de enero de 2018, por cuanto esa es la fecha en la que feneció el acuerdo entre RCN y COLTABACO, y del que dependía el desempeño de las labores del actor, en ese orden resto valor a lo dicho por el actor en su interrogatorio donde afirmó haber trabajado hasta el 23 de febrero y lo dicho por la testigo de RCN, quien también coincidió en indicar que el contrato del demandante finalizó a mediados de febrero, además precisó el A quo que después del 30 de enero de 2018 y no había prueba de que el demandante haya seguido prestando sus servicios. En lo que respecta a la solidaridad con RCN TELEVISIÓN S.A., del acervo probatorio advirtió que tal empresa no había desempeñado actividades de empleadora, se cumplió con la normatividad relacionada con los trabajadores vinculados a través de empresas temporales, además de que el objeto social de la temporal y de RCN TELEVISIÓN S.A. eran totalmente diferentes y si bien esta última pudo haber emitido alguna indicación u orden al trabajador, ello no

tipificaba el elemento de la subordinación. Absolvió al pago de la sanción por no consignación de cesantías, ya que las mismas fueron pagadas con la liquidación y para el momento del pago no se había llegado a la fecha en que la ley impone su consignación. Como prospero la pretensión relacionada con el salario, el A quo ordenó liquidar nuevamente los aportes a seguridad social en uso de sus facultades ultra y extra petita. Condenó la indemnización moratoria de que trata el Art 65 del C.S.T. por el no pago de las acreencias laborales completas teniendo en cuenta el salario declarado (\$2.800.000), y declaró no probada la excepción de prescripción por no haber transcurrido los tres años entre la fecha de terminación del contrato y la fecha de presentación de la demanda.

Recurso de Apelación

El demandante solo apela lo relacionado con el extremo final de la vinculación laboral, la que obedece al 23 de febrero de 2018 tal como se demostró con el dicho del demandante en su interrogatorio y lo aseverado por la testigo, recalca que ellos afirmaron que la terminación del contrato fue a mediados de febrero, prueba suficiente para revocar lo relacionado con el extremo final del vínculo laboral.

La demandada SELECTIVA S.A.S. indicó que los \$800.000 pagados por auxilio de transporte y alimentación no gozan de naturaleza salarial, porque precisamente eran beneficios extralegales que otorgaba el empleador al trabajador para un mejor desempeño de sus labores, insiste en que no tienen el propósito de retribuir los servicios y resalta que tal exclusión salarial responde a la voluntad de las partes. De otro lado, ataca la condena por indemnización moratoria, la que considera además de improcedente completamente desproporcionada, precisa que esta sanción no se aplica automáticamente, en ese orden alega que todas sus actuaciones con el demandante han estado revestidas de buena fe y que la exclusión salarial se pactó conforme las normas y la jurisprudencia aplicable.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Resaltó que la terminación del contrato laboral se dio el 23 de febrero, tal como lo confirmó la testigo que estaba a cargo del contrato por parte de RCN, razón suficiente para sostener que el vínculo se extendió más allá del 30 de enero, en lo demás pidió se confirme la decisión de primera instancia.

Parte demandada:

SELECTIVA S.A.S.: Sostuvo que los \$800.000 pagados al actor eran adicionales a su salario, fue un acuerdo consensuado entre las partes y eran sumas destinadas a cumplir a cabalidad las funciones, ya que el actor en su interrogatorio manifestó que debía desplazarse a diversos sitios de la ciudad, por lo que realmente esos \$800.000 eran un auxilio, mas no un factor salarial. Indicó que en caso de que se encuentre que la suma referenciada es factor salario, solicita se revoque la condena a la indemnización moratoria por cuanto no se ha demostrado una mala fe por parte del empleador, ni se evitó cumplir con las obligaciones a su cargo como el pago de salarios y prestaciones sociales.

RCN TELEVISIÓN S.A.: Indicó que no fue la empleadora del actor, que suscribió contrato de prestación de servicios con SELECTIVA, para que fuera esta última quien contratara personal idóneo para desarrollar el objeto del contrato suscrito entre RCN y COLTABACO y los enviara en misión, por lo cual, no tiene responsabilidad de índole laboral con NORIEGA PARDO. Argumentó que no existen pruebas para declarar la finalización de la relación laboral más allá del 30 de enero, porque esa fue la fecha de culminación del contrato suscrito con COLTABACO y en la ejecución del mencionado contrato era que el actor desempeñaba sus funciones, por lo que solicitó se confirme la decisión.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C.P.T. y S.S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si los valores pagados al trabajador denominados "*Auxilio de transporte y alimentación*" constituyen salario, determinar el extremo final de la relación laboral, y si es procedente la condena de la indemnización moratoria del Art. 65 del C.S.T.

Relación probatoria.

Procede la Sala a relacionar los elementos probatorios aportados, los que consisten en la certificación laboral emitida por SELECTIVA S.A.S., en la que indica que el actor laboró en misión para la empresa usuaria RCN TELEVISIÓN SA, cuyos extremos están comprendidos entre el 22 de agosto de 2017 al 30 de enero de 2018, con una asignación salarial de \$2.000.000 (fl. 12), estados de cuenta emitidos por Bancolombia (Fls. 13 a 20) y comprobante de cheque No. 0170793 – 7 del Banco

Colpatria con el que se efectuó el pago de la liquidación de prestaciones sociales (Fl. 21).

También se recepcionó el **interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada SELECTIVA S.A.S.**, quien explicó que el trabajador estuvo vinculado a la compañía hasta el 30 de enero de 2018, tal como se corrobora con la certificación allegada, a quien se le canceló adicional al salario el valor del \$800.000 mensuales el que estaba destinado para ayudar al actor a cumplir con su trabajo y se ajusta a los parámetros del Art. 128 del C.S.T., dijo que este valor se pagó por mera liberalidad durante toda la vigencia de la relación laboral y sobre esa suma de dinero el demandante no rendía cuentas. Dijo que la función del actor dentro del contrato era activador de comunidades, es decir, asistía a eventos de RCN y ofrecía un producto específico a la población, que la campaña duró aproximadamente 4 meses y fue RCN quien informó el 29 de enero de 2018 de la terminación de la campaña para la que fue contratado el demandante.

Por otra parte, el demandante al ser interrogado sostuvo que fue contratado en agosto de 2017 y se le comunicó de su despido entre el 20 y 25 de febrero de 2018, ese día le hicieron firmar los papeles de la terminación del contrato y no tuvo oportunidad de leerlos ni revisarlos pues no duro más de diez minutos en la oficina correspondiente. Entre el 1 al 23 de febrero siguió con su labor habitual (vender cigarrillos electrónicos), dijo que en RCN fue donde lo entrevistaron y fue en SELECTIVA donde diligenció los papeles para iniciar sus labores. No recuerda cuál de las dos empresas lo afilió al sistema de seguridad social, su salario era por \$2'800.000 y se pagaban quincenalmente, recibía comisiones por ventas, pero los \$2'800.000 eran fijos y en ningún momento lo requirieron para que los usara en alimentación o transporte. Es reiterativo en indicar que no conoce cuál de las dos empresas era su verdadero empleador, ni si trabajaba en misión en RCN, ésta última era quien impartía las órdenes y le indicaban que debía ir a algunos eventos a ofrecer el producto y que fue SELECTIVA quien lo llamó y le dijo que debía firmar los documentos de la terminación del contrato.

La testigo **VALENTINA URIBE LLANO**, (directora de eventos de RCN), manifestó que no conoció al demandante directamente, sabe que él participó en todo el acuerdo que tuvieron con Coltabaco, manifestó que el contrato inició el 1 de febrero de 2017 y culminó en febrero de 2018, que el objetivo del mismo era promocionar un producto para el calentamiento del tabaco por lo que, al tener un acuerdo macro con SELECTIVA les solicitaron agentes externos para que fueran y promocionaran el producto bajo ciertas condiciones, sostuvo que el contrato con Coltabaco culminó por mutuo acuerdo entre las partes y se le informó de la situación a SELECTIVA para que le indicara a los trabajadores la finalización de labores, los funcionarios de RCN

suministraban una información general a los trabajadores, pero nunca dieron órdenes ni estaban enterados de las situaciones ocurridas con los trabajadores. Adujo que la reunión para la terminación del contrato entre RCN y Coltabaco ocurrió a mediados de febrero, no conoció de documentos que hayan suscrito SELECTIVA y el actor, además de que para el 30 de enero de 2018 aún tenía vigencia el acuerdo entre RCN y Coltabaco.

El testigo **DANIEL JULIÁN MÉNDEZ**, (compañero de trabajo del demandante) dijo que el 23 de febrero en las oficinas de SELECTIVA firmaron los documentos de la finalización de contrato, después de esa fecha siguieron trabajando en la campaña. RCN hacía las entrevistas, pero SELECTIVA era quien se encargaba de todo el tema de la contratación, vio el documento de terminación del contrato del actor, cada uno trabajaba con clientes diferentes, coincidían en las reuniones con los coordinadores, y al hacer los inventarios. No conoce si el demandante suscribió pactos que constituyeran factor salarial, reiteró que no conoce exactamente los eventos en los que compartió con el actor entre el 1 y el 23 de febrero de 2018, pero sí coincidieron en algunos momentos en ese lapso.

La testigo **MARTHA HELENA SALAZAR DÍAZ**, (directora de contratación y seguridad social de la demandada SELECTIVA desde hace 28 años), indicó que conoció al actor porque se le firmó contrato de obra o labor por medio de RCN para que vendiera unos cigarrillos electrónicos, él tenía un salario básico de \$2.000.000 y un auxilio no prestacional de \$800.000 para transporte y alimentación de acuerdo a los lugares a los que tuviera que dirigirse, no sabe si el pago estaba supeditado a alguna condición o meta, los salarios los fijan las empresas cliente, refiere que el contrato se suscribió con SELECTIVA, no conoce fecha exacta de inicio de labores, la finalización del contrato fue el 30 de enero de 2018, recuerda la fecha porque maneja un seguimiento de los contratos del personal, los trabajadores fueron notificados de la terminación de los contratos. Candelaria Suárez era quien recepcionaba los correos o notificaciones de las empresas usuarias y atendía los requerimientos de los trabajadores, ella fue quien notificó al actor de la culminación del contrato. No sabe si ha presentado alguna reclamación por valores adeudados, los horarios los estipulaba la empresa usuaria, los llamados de atención los manejaba el empleador (SELECTIVA). Afirma que los descuentos a seguridad social se realizaban sobre el valor de \$2'800.000 y que no debía rendir cuentas del auxilio de \$800.000 que le entregaban al demandante.

Del extremo final de la relación laboral

Sostiene el demandante que los testimonios recaudados en el curso del proceso son suficientes para demostrar que la culminación del contrato de trabajo se causó el 23

de febrero de 2018 y no el 30 de enero de ese año, como lo quiere hacer ver la demandada SELECTIVA S.A.S. por lo que al contradecir los testigos la información registrada en las documentales donde se registró como fecha del finiquito el 30 de enero de 2018, con ellos queda desvirtuada la fecha que alega la demandada. Para resolver éste punto, la Sala se apoya en la certificación laboral allegada por el actor, la cual no fue tachada de falsa en el transcurso del debate probatorio, allí se precisa que el extremo final corresponde al 30 de enero de 2018, el último pago que se efectuó al actor data del 30 de enero de ese año, la liquidación de prestaciones sociales se calculó entre el 22 de agosto de 2017 al 30 de enero de 2018 y la carta de terminación del contrato por finalización de la obra allegada por SELECTIVA S.A.S., visible a folio 170, que tampoco fue tachada, registra la misma fecha de finalización de labores (30 de enero de 2018), respecto de esta documental, importa recordar que el actor en su interrogatorio de parte aseveró que la firma allí plasmada es la suya, y al observarse tal documento el mismo no cuenta con ningún tipo de anotación encaminada a desvirtuar su contenido.

Ahora del análisis de lo expuesto por los testimonios que se resaltan en la apelación, lo que se evidencia es que ninguno da certeza del momento exacto en que se terminó la relación laboral, el cual no basta para su comprobación con manifestar una fecha, pues es menester que se brinden elementos de convicción que permitan establecer que entre el 1 al 23 de febrero de 2018 existió por parte del demandante una prestación del servicio, pero no de forma general ni abstracta, ya que es necesario exponer las razones por las cuales les consta que el actor trabajó en ese lapso. Aquí si bien el testigo Daniel Julián Méndez afirmó que la comunicación de la terminación del contrato de trabajo por finalización de la obra les fue notificada el 23 de febrero de 2018, ello no acredita que el demandante haya trabajado hasta esa fecha pues además de esta manifestación no existe prueba que así lo acredite, aunado a lo anterior y apelando a la sana crítica, en caso de haber existido algún tipo de discrepancia con la fecha de terminación del contrato, el trabajador tampoco demostró haber expresado su inconformidad al respecto, pues no existe prueba de siquiera haber hecho alguna observación. De otra parte, la testigo Valentina Uribe Llano sostiene que el acuerdo entre RCN y Coltabaco culminó "a mediados de febrero de 2018", dicho poco precisa, ya que al ser consultada por una fecha exacta evitó pronunciarse al respecto, por lo que esa sola afirmación tampoco resulta suficiente para demostrar que el demandante trabajó hasta el 23 de febrero de 2018, máxime cuando se evidencia del contenido del correo electrónico el 29 de enero de 2018 (folios 168 y 169) que RCN informa a SELECTIVA del recorte de personal y se indica que: "las siguientes personas deben trabajar hasta mañana 30 de enero ellos ya saben pues hoy los reunimos y les contamos" y se aporta una lista en la que Figuera el nombre del actor. Por ende, la Sala concluye que le asiste razón al A quo al

determinar que el extremo final de la relación laboral en el asunto corresponde al 30 de enero de 2018, por lo que se **CONFIRMA** la decisión respecto de este ítem.

De las sumas que constituyen salario

Sostiene la recurrente SELECTIVA S.A.S. que los \$800.000 adicionales pagados al actor no son factor salarial, conforme el acta denominada "Acuerdo de auxilios extralegales" suscrita entre las partes al inicio de la relación laboral (Fl. 149), en la que se estableció que dichos pagos eran extralegales y otorgados por mera liberalidad del empleador para que sirvieran de soporte o colaboración al demandante en el cumplimiento de la labor encomendada. Al respecto, es pertinente citar el art. 128 del C.S.T., que dispone:

"Artículo 128. Pagos que no constituyen salarios. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."

La SL CSJ en sentencia SL 986-2021, en cuanto a los pagos que no constituyen salario, señaló que el criterio definitivo para establecer si una suma de dinero es salario radica en determinar si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo, y que el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial tienen que expresarse de manera clara, precisa y detallada en cuanto a los rubros que cobija, por tanto, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo. Así mismo, en la sentencia SL 2425 de 2021, se puntualizaron tres ítems como puntos rectores para definir los pagos no salariales, así:

1. *Los ocasionales que por mera liberalidad se otorguen a los empleados.*
2. *Aquellos que se reconozcan para facilitar el desarrollo de funciones del trabajador y que por tanto no tienen como finalidad enriquecer su patrimonio, sino dotarle de recursos productivos que le permitan realizar su labor sin las trabas propias del quehacer operativo.*
3. *Los pagos, beneficios o auxilios que, aún siendo habituales, las partes acuerden expresamente que no constituirán salario y así lo consagren por las vías convencional o contractual, si no están relacionados con la prestación del servicio.*

Al revisar el contrato de trabajo (fl 140) la cláusula tercera refirió que el salario a cancelar era la suma de \$2.000.000 y en el pacto de desalarización (fl 149) se acordó en la cláusula única, la siguiente estipulación: "**AUXILIO DE ALIMENTACIÓN Y TRANSPORTE** A partir del 22 de Agosto de 2017 **EL TRABAJADOR (A)** recibirá un auxilio de naturaleza extralegal denominado V por la suma de **OCHOCIENTOS MIL pesos m/cte (\$800.000)** pagados en periodos mensuales, el cual no constituye salario.". La demandada SELECTIVA en el curso del debate probatorio y en el recurso insiste en que la suma de \$800.000 se pagó al trabajador para que éste se ayudara en el desarrollo de su labor, no obstante, no existe ninguna prueba que respalde su dicho, pues al contrario lo que sí está acreditado es que la parte actora recibió estos rubros de forma habitual y constante. En consecuencia, si bien en el asunto, existe un acuerdo suscrito entre las partes (acuerdo de auxilios extralegales) con el que se aduce se pretendía facilitar las labores del demandante, lo cierto es que no hay certeza de que esa suma de dinero se destinó específicamente para cubrir los gastos para los que se afirma fueron rotulados. En ese orden, La Sala colige que este pago (\$800.000) se realizó periódicamente, de manera quincenal, junto al pago del salario previamente convenido, rubor respecto del cual nunca se hizo seguimiento alguno de lo que se infiere que el trabajador gozaba de absoluta libertad para su destinación y en ese orden era ingreso llamada a acrecentar sus ingresos, por tanto, se **CONFIRMA** la decisión en este punto.

Indemnización moratoria

Previo a decidir sobre la indemnización solicitada se debe tener en cuenta que frente a la sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales no procede de carácter automático, es decir, corresponde analizar las circunstancias del caso y determinar si existió o no una razón justificada para haberse sustraído el empleador de sus obligaciones, así lo ha señalado la Sala Laboral de la CSJ, entre otras, en la sentencia del Magistrado Ponente Ernesto Vargas Forero, de radicado 59577 del 5 de febrero de 2020:

"Al efecto, la Sala destaca que la doctrina ha fijado, sin vacilación alguna, que para establecer la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta omisiva del empleador frente al pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe. Así, de llegar a la conclusión de que la renuencia del empleador es injustificada procede la imposición de la sanción; si, por el contrario, la mora obedece a razones fundadas sobre la inexistencia de la obligación, desaparece la causa y, por ende, se hace inaplicable la sanción.

"Es por lo anterior que esta Corporación, reiteradamente, ha puntualizado que la indemnización moratoria procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y

aceptables. Al efecto, en sentencia CSJ SL, 14 feb. 2006, rad. 25172 indicó que la correcta hermenéutica del artículo 65 del CST consiste es que su imposición no es de manera automática e inexorable, oportunidad en la cual se expresó:

[...] que su aplicación no es automática ni inexorable, cada vez que se demuestre que el empleador ha omitido el pago, total o parcial, a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador, pues se ha insistido que es necesario, en cada caso, que el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista."

La indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. – modificado por el artículo 29¹ de la Ley 789 de 2002, incorpora como penalidad el pago de un salario diario por cada día de retardo, si a la terminación del contrato de trabajo el empleador omite el pago de salarios y prestaciones, supuestos de hecho que admiten valoraciones respecto del comportamiento del empleador en el desarrollo del contrato de trabajo, para establecer si actuó de buena fe. Así lo ha adoctrinado la jurisprudencia en cuanto a que tales indemnizaciones no operan de manera automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento. Entre otras se puede consultar la 26.757 del 1º de marzo de 2006 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas².

Para calificar el actuar de la demandada, La Sala de la declaración rendida por el representante legal de la empresa y las documentales allegadas al proceso, concluye que el actuar de SELECTIVA no tuvo la intención de defraudar los intereses del trabajador, esto en la medida en que se logra advertir que la empresa se esforzó por cumplir los parámetros establecidos tanto en el art- 128 del CST como la jurisprudencia que señala que las partes cuenta con la libertad de acordar expresamente que emolumentos a cancelar no van a ser una contraprestación directa del servicio. Debiendo resaltarse en que el asunto prosperó la pretensión de la inclusión como factor salarial del auxilio de alimentación y transporte, porque la llamada a juicio no logró desvirtuar que esos dineros sin fueron destinados para ese fin, por lo que se dio aplicación a la regla general de que todo lo percibido por el trabajador en aplicación

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

2 "En el cargo se acusa al tribunal de haber interpretado de manera errónea el artículo 65 del CST, al no haber condenado al pago de la indemnización moratoria. Cuando el Tribunal manifestó "Ha sido reiterada la jurisprudencia respecto a la aplicación de la indemnización moratoria, señalándose que la misma no es de aplicación inmediata sino que ella depende de la buena o mala fe con la que actuó el empleador durante o a la finalización de la relación laboral", realizó una interpretación adecuada del artículo en cuestión. Al respecto, es pertinente anotar que el juez ad quem, para confirmar la absolución por la pretensión de la indemnización moratoria no le hizo producir efectos al artículo 65 del CST, que consagra la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, por considerar que en el sub examine se daba la acreditación de buena fe del empleador en la falta en que incurrió por no proceder al pago oportuno de las acreencias laborales. En efecto se ha dicho que la sanción conocida como "salarios caldos", no opera de manera automática, sino que se debe analizar el comportamiento del empleador durante la vinculación y a su terminación, y si de ello se desprende que pudo creer de buena fe que no existía relación laboral, se le debe exonerar de la indemnización moratoria".

del principio de la realidad sobre las formas corresponde a salario, conforme lo prevé el canon 127 *ibídem*. Además, en el asunto se evidencia que la demandada cumplió con sus deberes a cargo pues canceló sus salarios y liquidación de prestaciones en tiempo, lo que constituye un indicio que deja entre ver que su actuar se ajustó a las exigencias que le imponen la Ley, por lo que la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST se **revoca**.

COSTAS: Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 11 de mayo de 2021, para en su lugar absolver a la demandada SELECTIVA SAS de la indemnización moratoria, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

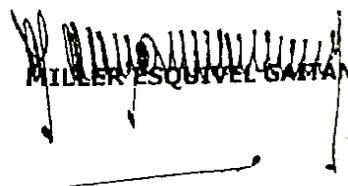
SEGUNDO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada, conforme las consideraciones aquí expuestas.

TERCERO: COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DORA LIGIA RUEDA PÉREZ CONTRA GERMAN MESA CORDERO y HEREDEROS INDETERMINADOS DE BLANCA BONILLA DE CORDERO Rad. 2019 00394 01 Juz 27.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DORA LIGIA RUEDA PÉREZ demandó a GERMAN MESA CORDERO en calidad de representante, administrador, liquidador e interviniente de la causante BLANCA AURORA BONILLA DE CORDERO (reforma de la demanda) como solidario en los términos del artículo 32 del CST, y contra los herederos indeterminados de BLANCA BONILLA DE CORDERO, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios 7 a 10 y 94 a 97.

- Contrato de trabajo a término indefinido.
- Sanción por terminación del contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa.
- Cesantías.
- Intereses a las cesantías.
- Primas.
- Vacaciones.
- Auxilio de transporte.
- Dotación.
- Pensión sanción, y en subsidio el cálculo actuarial.

- Salarios.
- Indemnización moratoria del artículo 65 del CST.
- Indexación.
- Uso de las facultades Ultra y Extra Petita.
- Costas del proceso.
- Y que se declare que German Mesa Cordero es responsable solidario de las condenas que aquí se impongan.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 3 a 7 y 90 a 94. La demandante se desempeñó como empleada doméstica para Blanca Aurora Bonilla de Cordero desde el 09 de enero de 1998 hasta el 03 de mayo del 2019, mediante contrato de trabajo verbal, ejecutando personalmente las funciones y cumpliendo horario de 8 am a 4 pm 3 días a la semana y cuando se le requiriera, sin recibir llamado de atención alguno, y con una remuneración diaria de \$7.000 en el año 1998, \$9.000 desde 1999, \$30.000 desde 2010, \$33.000 para el 2016 y \$40.000 en el año 2019. Manifiesta que le realizaron aumentos en algunas anualidades y desde el año 2000 al 2009 laboró más de 4 días a la semana. En diciembre de cada año desde que inició labores y hasta el año 2018 se le efectuaba una liquidación laboral que no era acorde a la realidad. El 03 de mayo del 2019 falleció BLANCA AURORA BONILLA DE CORDERO, por lo que GERMAN MESA CORDERO fue el administrador de los bienes de la causante, y quien finalizó la relación laboral con la actora el 05 de mayo del 2019.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 45) y la correspondiente reforma de esta (fl. 127), corrido el traslado los accionados German Mesa Cordero y los Herederos Indeterminados de Blanca Bonilla de Cordero, contestaron de la siguiente manera:

LOS HEREDEROS INDETERMINADOS DE BLANCA BONILLA DE CORDERO, atreves de curador ad litem, en los términos del escrito visible en folios. 57 a 60 y 136 a 138.

- No aceptó las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la liquidación pagada de los derechos laborales correspondientes del 02 de enero del 2000 hasta el 31 de diciembre de 2009, el

aumento salarial realizado en el 2010, las liquidaciones correspondientes a los años 2011, 2012, 2014, 2015, y 2018, y la fecha de fallecimiento de Blanca Aurora Bonilla de Cordero.

- Formuló como excepciones de mérito; pago parcial, prescripción, y genérica o innominada.

El demandado **GERMAN MESA CORDERO**, en los términos del escrito visible en folios. 63 a 79 y 128 a 136.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha en que falleció Blanca Aurora Bonilla de Cordero.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación a cargo del demandado, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, falta de legitimación por activa, y las demás que el juzgado encuentre probadas y que no requieren formulación expresa y se declaren de oficio.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre DORA LIGIA RUEDA PÉREZ y BLANCA AURORA BONILLA CÁCERES (Q.E.P.D), desde el 09 de enero de 1998 al 03 de mayo del 2019, y condenó a los herederos indeterminados de la causante a pagar las siguientes sumas y conceptos:

- Auxilio de transporte \$2.969.453,20.
- Cesantías \$10.850.437,64.
- Intereses a las cesantías \$258.912,20.
- Prima de servicios \$2.399.006.
- Vacaciones \$1.692.857,28.
- Calculo actuarial en Colpensiones por los ciclos comprendidos entre el 09 de enero de 1998 hasta el 03 de mayo de 2019.
- Declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción y pago propuestas por el curador ad litem. Y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por GERMAN MESA CORDERO.

Llegó a esa determinación al advertir que se acreditó que la demandante prestó sus servicios personales como empleada doméstica para Blanca Bonilla de Cordero, conforme el dicho de los testigos y la declaración extrajuicio de JOSÉ JOAQUÍN VELASCO MONCADA, lo que permitió dar aplicación a la presunción prevista en el artículo art 24 del CST. En cuanto a los extremos, los encontró probados con la declaración extrajuicio ya referida, en la que VELASCO MONCADA manifestó que en razón de la confianza con la causante le recomendó a la demandante para que trabajara como empleada doméstica desde el 09 de enero de 1998. (Esta declaración la juez la valoró como un documento emanado de terceros, conforme el art. 262 del CGP, la que no necesita ratificación y tampoco fue solicitada). Y el extremo final lo determinó con el dicho de los testigos, quienes coincidieron en afirmar que la actora laboró para la causante hasta la fecha de su deceso, esto es el 03 de mayo de 2019. De la prescripción manifestó que al haberse presentado la demanda el 13 de junio del 2019 se encontraban prescritas las acreencias laborales que se hicieron exigibles antes del 13 de junio del 2016 excepto en lo concerniente a las cesantías, aportes a seguridad social y a las vacaciones, últimas que se contabilizaron desde el 13 de junio del 2015. Al no haberse probado el salario percibido en los años 1998, 1999, 2010, 2013, 2016 y 2017, y al ser inferior al salario mínimo la remuneración cancelada en el 2007, 2008, 2009, 2011, 2015 y 2018, se determinó para esos años el salario mínimo. Reconoció el auxilio de transporte porque la demandante no residía en el lugar de trabajo y devengaba menos de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Condenó el pago de las cesantías a un fondo por toda la relación laboral, los intereses a las cesantías también se calcularon conforme los tiempos que no estaban prescritos, dispuso la compensación en dinero de las vacaciones, al calcular estos dos últimos conceptos tuvo en cuenta los pagos parciales que se habían acreditado con las liquidaciones aportadas. No accedió a la dotación porque no se demostró ningún perjuicio. De la indemnización por despido sin justa causa y la pensión sanción solicitada, dijo que la accionante no probó que la hayan despedido, pues la razón por la que dejó de prestar sus labores fue por el fallecimiento de su empleadora, por lo cual absolvió de esas peticiones. Por no haber sido afiliada la trabajadora al sistema de seguridad social en pensiones condenó al pago del cálculo actuarial desde el 9 de enero de 1998 hasta el 3 de mayo el 2019, el que se tiene que hacer en Colpensiones. Absolvió de la indemnización moratoria, al evidenciar que la empleadora había actuado de buena fe, y un ejemplo de ello, fue que anualmente liquidaba las prestaciones sociales que creía deber a la trabajadora, además de que el vínculo finalizó fue por la muerte de la empleadora. En cuanto a la responsabilidad de Germán Mesa Cordero, respecto del pago de las

condenas, dijo que no se demostró que él haya actuado como administrador o liquidador de Blanca Bonilla de Cordero, pues él únicamente le colaboraba a la causante en las diligencias debido a su mal estado de salud, por tanto, lo absolvió de las condenas realizadas.

Recurso de apelación

LA PARTE DEMANDANTE: Afirma que el contrato de trabajo fue finalizado por GERMÁN MESA CORDERO, que BLANCA AURORA BONILLA CÁCERES falleció antes de que se terminara la relación laboral. GERMAN en su declaración afirmó que él había realizado actos de administración como hacer la liquidación del contrato de la demandante. Fueron practicadas pruebas tanto documentales como testimoniales con las que se corrobora la responsabilidad de MESA CORDERO pues él realizaba actos de administración, como el manejo de las cuentas y bienes de la causante, todos los años era el encargado de hacer las liquidaciones de la demandante, él fue quien dio por terminado el contrato de trabajo, le entregó un \$1.000.000 y el documento de liquidación de pensión. Adicionalmente, en las documentales reposa un recibo de liquidación donde GERMAN funge como testigo de las liquidaciones de la misma, razones por las cuales considera que se encuentran probados los presupuestos descritos en el art 32 del CST para que se proceda con la condena solidaria.

La curadora ad litem en representación de los demandados - herederos indeterminados, Indicó que no está de acuerdo con los extremos laborales, considera que estos no fueron probados, la juez se apoyó en una declaración extrajuicio de la que no se tiene certeza de que esa haya sido la fecha en que realmente la actora inició sus labores. De otro lado objeta a los testigos, quienes si bien manifestaron que conocían a la demandante porque constantemente la veían llegar a la vivienda de la causante para prestar sus servicios, los que inicialmente fueron 3 días por semana, luego 4 días, lo cierto era que no existía una prueba que demostrara que la demandante prestaba sus servicios de manera permanente y durante toda la semana y hasta el día sábado, por lo tanto considera que los extremos laborales no se encuentran debidamente probados. En ese orden pide se revoque la sentencia y se determinen unos extremos acordes con las pruebas, en especialmente la fecha de inicio de la relación laboral.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada.

GERMAN MESA CORDERO: Solicitó que se confirme la decisión por cuanto nunca fue el empleador de la demandante, ni ostentaba la calidad de administrador de la señora BLANCA BONILLA, razón por la cual, no es posible que deba responder por obligaciones que no estaban a su cargo.

HEREDEROS INDETERMINADOS: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer cuáles son los extremos laborales del contrato de trabajo y si el demandado GERMÁN MESA CORDERO está llamado a responder en solidaridad por las condenas impuestas. Es de precisar, que en el asunto no fue objeto de reparo la existencia del contrato de trabajo, las actividades que desplegó la demandante al servicio de BLANCA AURORA BONILLA CÁCERES (Q.E.P.D) ni los conceptos y las cuantías objeto de condena.

Así, procese La Sala a estudiar lo relacionado con los extremos del contrato, los que fueron objetados por la apoderada de los herederos indeterminados, y para ello se procede a relacionar el caudal probatorio que obra al respeto. A folio 15, reposa declaración extraproceso rendida por JOSÉ JOAQUÍN VELASCO MONCADA, quien bajo la gravedad del juramento declaró tener conocimiento que la demandante celebró un contrato de trabajo con BLANCA AURORA BONILLA DE CORDERO a partir del 09 de enero de 1998, para prestar sus servicios personales como empleada doméstica, VELASCO MONCADA laboró en actividades de construcción y arreglos de vivienda para la causante y fue quien recomendó a la actora para trabajar con BONILLA DE CORDERO, él las presentó el 09 de enero de 1998 y en esa fecha inició

la prestación del servicio (fls. 15 y 16) de la demandante para la causante. En los folios 17 y 18 milita otro extrajuicio rendido por DORIS MARÍA THOMAS OROZCO, quien manifestó conocer a la demandante desde el año 2001, que entre la actora y la demandada BLANCA AURORA existió un contrato de trabajo donde Dora se desempeñaba como empelada doméstica, el que se extendió hasta la fecha del deceso de BLANCA.

En cuanto a estas declaraciones, en especial la primera es de indicar que tal prueba conforme el artículo 262¹ del CGP, es valorada como un documento de tercero, cuyo contenido no se requirió ratificación y brinda certeza de la iniciación del extremo inicial de la relación laboral. Por ende, al haber sido debidamente apreciada tal prueba en los términos de la norma señalada, y conforme lo prevé el artículo 61 del CPTSS, La Sala encuentra acertado y ajustado a lo probado la decisión del A quo de declarar el extremo inicial del contrato de trabajo a partir del 09 de enero de 1998, el que se extendió hasta el 03 de mayo del 2019, extremo final que se demostró con el dicho de la mayoría de los testigos, quienes fueron enfáticos en aseverar en que DORA LIGIA RUEDA trabajó para la demandada BLANCA AURORA BONILLA durante todo ese tiempo sin interrupción alguna hasta la fecha de su deceso, pues nótese que en ningún aparte se hace alusión a que Dora Ligia se haya ausentado del trabajo por algún tipo de desvinculación o por disfrute de vacaciones, y el momento del deceso se corrobora con el certificado de defunción que milita a folio 33, en el que se registró como fecha de defunción el 03 de mayo de 2019. Por tanto, los **extremos laborales se confirman.**

En cuanto a la solidaridad que persigue la parte actora y que fundamenta en el hecho de que GERMAN MESA CORDERO actuó como administrador de los bienes de BLANCA AURORA BONILLA y liquidador de la relación laboral que hubo entre la causante y la demandante, lo primero que se precisa es que MESA CORDERO no actuó como representante de la empleadora, o por lo menos no se demostró, conclusión a la que se llega con la revisión de cada una de las declaraciones que obran en el proceso y que se pasan a relacionar de la siguiente manera:

DORA LIGIA RUEDA dijo en su interrogatorio de parte que ella no trabajó para GERMÁN MESA CORDERO, él nunca le dio órdenes, prestó sus servicios para BLANCA

¹ **ARTÍCULO 262. DOCUMENTOS DECLARATIVOS EMANADOS DE TERCEROS.** *Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación.*

BONILLA como trabajadora doméstica, Germán era quien hacía los contratos de trabajo y las liquidaciones de las prestaciones, pero quien le pagaba e impartía las órdenes era BLANCA, aclaró que el salario de los dos últimos años de trabajó los pago Germán. Blanca era quien fijaba el salario. Germán nunca estaba presente en la casa, él iba cada año cuando tenía su liquidación hecha, la cual ella firmaba y acto seguido se le entregaba el dinero.

GERMÁN MESA CORDERO indicó en su interrogatorio que conoce a la demandante porque ella laboraba en la casa de su tío (esposo de la causante). Preciso que el contrato entre Dora y Blanca fue verbal, entre ellas acordaban el salario. Dijo que nunca manejó las cuentas de Blanca, pero aclaró que si la ayudo en sus últimos meses de vida con los pendientes de la casa (pago de tarjetas, recibos, cuentas). En cuanto a la terminación del contrato de trabajo entre Dora y Blanca dijo que no tenía sentido que la demandante volviera a la casa por lo que se puso de acuerdo con la actora para la entrega de las llaves, él cambió el candado de acceso a la casa y también coordinó con la actora para que se llevara diferentes muebles, electrodomésticos y enseres que le podrían ser útiles. Preciso que todas las cosas de Blanca fueron manejadas con los recursos de ella, él le pasaba a Blanca las liquidaciones del vínculo laboral que tenía la actora conforme se las suministraba un amigo. El día de las exequias de Blanca, le dio a la demandante la suma de \$1.000.000 y un documento denominado liquidación de pensión (con el dinero de Blanca). Insiste en que el contrato terminó por la muerte de Blanca y que él no dio nunca ninguna orden a la demandante.

El testigo **GABRIEL ROBERTO RAMÍREZ** (vecino de Blanca), dijo que la demandante trabajó para Blanca como empleada doméstica más o menos desde el año 2000 hasta la fecha de su deceso. Con la actora casi siempre se cruzaba a la entrada y salida de su casa. Hubo un momento en que Blanca sufrió un accidente y desde ahí la actora empezó a estar tiempo completo con su empleadora. En cuanto a Germán indicó que él era el sobrino de Blanca y le brindaba apoyo en los diferentes pagos que Banca tenía a cargo, el testigo no tuvo trato con Germán y lo que sabe es porque su vecina se lo contaba. No sabe de detalles en cuanto a la vinculación laboral entre Dora y Blanca, no vio que Germán impartiera órdenes a Dora ni tampoco tiene contacto alguno con Germán.

SHISTHEY ROSERO GONZÁLEZ (también vecina de la causante desde el año 1993), conoce a la demandante porque la vio trabajar para Blanca, quien siempre

estuvo ahí todo el tiempo desde el año 2000 hasta el fallecimiento de BONILLA DE CORDERO. Según Blanca, Germán era quien manejaba todos sus gastos. Dora permanecía casi todo el tiempo en casa de Blanca (de domingo a domingo). Ésta testigo colaboró a la demandante en la consulta en el sistema sobre sus aportes a pensión. Blanca decía que Germán siempre se encargaba de todo, no le consta que él le diera órdenes a la demandante. La causante pagaba todas las liquidaciones y decía que Germán era quien hacía los pagos, pero esto no le consta. Blanca decía que ella pagaba lo de Ley. Cree que Germán era el administrador de la casa. En las exequias de BONILLA DE CORDERO, Germán liquidó a la demandante y lo sabe porque ella se le acercó y le contó.

La testigo **DORIS MARÍA TOMAS OROZCO** (laboró para BLANCA BONILLA DE CORDERO entre 1980 a 1985). Dijo que Germán es sobrino del esposo de Blanca, ella (la testigo) visitaba a Blanca los domingos, no recuerda que Germán le impartiera órdenes a la demandante. No puede dar fe de que la actora estuviera todos los días en la casa, tampoco le consta el salario. Germán era quien liquidaba los contratos de trabajo. Blanca tenía su propia cuenta y ella administraba todos sus pendientes. La demandante no prestó servicios a Germán y Blanca era la que pagaba el salario.

El testigo **CARLOS RUEDA**, no sabe si la demandante trabajó para Germán, no sabe si él (Germán) manejaba los dineros, las cuentas o los pagos de Blanca, ella siempre manejó todas sus cosas, ignora la frecuencia con que Germán visitaba a Blanca. Éste testigo nunca visitó a la causante. Después del sepelio, acompañó a Germán a la casa de Blanca y ese día la demandante sacó algunos elementos de la casa.

El testigo **EDUARDO VEGA**, contó conocer a Germán porque es el esposo de una compañera de trabajo. No le consta que la demandante trabajara para Germán, tampoco sabe si él manejaba los dineros o gastos de Blanca. Sabe que había una señora que trabajaba para Blanca porque escucho hablar de ella. No le consta que hacía Germán en la casa de Blanca.

Finalmente, el testigo **KIRBIN ARMANDO AMEZQUITA**, dijo conocer a Germán desde el año de 1998, él es el esposo de una compañera de trabajo. Conoció a Blanca en el funeral de su esposo y distingue a la demandante porque ella estaba en el funeral. No sabe si Germán administraba algún bien de Blanca. La causante

era autónoma en todas sus cosas, ella era quien pagaba sus impuestos, servicios y esto lo sabe porque ese tema se habló en el funeral. El testigo dijo que habla de vez en cuando con Germán sin precisar la periodicidad y nunca visitó la casa de Blanca.

Aunado a estas declaraciones, en el proceso milita a folios 19 a 31 distintos recibos con los que se pretendió pagar la liquidación de diferentes relaciones laborales, si bien en el primer documento el demandado GERMÁN MESA CORDERO firmó como testigo de ese pago, no obstante, el ser testigo, ir una o dos veces al año a la casa de la causante y propiciarle las liquidaciones de las prestaciones sociales que se expone él le llevaba, no constituyen siquiera un indicio para atribuir a MESA CORDERO la calidad de representante de la empleadora BLANCA BONILLA DE CORDERO, objetivamente, sobre este punto el material probatorio fue deficiente y no permite de ningún modo imponer responsabilidad alguna al demandado GERMÁN MESA CORDERO en los términos del artículo 32² del CST. Aquí no se demostró que Germán Mesa actuara como director, administrador, gerente, liquidador o mayordomo de la demandada, si bien Germán fue la persona que al parecer le dijo a la demandante que ya no volviera a trabajar, esto lo fue por una situación obvia, su empleadora que era una persona natural había fallecido y ya no tenía ningún sentido asistir a la casa a seguir con las funciones relacionadas con el servicio domésticos. No desconoce la Sala que al parecer MESA CORDERO prestaba algún tipo de auxilio a BLANCA BONILLA, pero esta colaboración o cercanía entre ellos obedeció a los lazos de familiaridad, pues éste era sobrino del esposo de BLANCA. De las pruebas se puede colegir que BLANCA sufragaba sus propios gastos, es más fue la misma actora quien expuso en su interrogatorio que a GERMÁN lo veía una vez al año, luego es imposible que con tal periodicidad pueda haber algún tipo de representación del empleador. De otra parte, en el asunto no obra una sola prueba que permita entrever que Germán Mesa Cordero contaba con algún poder para administrar los bienes de BLANCA BONILLA, o que mediante una sentencia judicial GERMÁN fuese sido asignado como curador o albacea de la causante, por lo que de ninguna manera es dable colegir la existencia de la solidaridad pretendida.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia

²**ARTICULO 32. REPRESENTANTES DEL {EMPLEADOR}**. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son representantes del {empleador} y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del {empleador};

b) Los intermediarios.

apelada.

COSTAS: Las de primera instancia se confirman. En esta instancia se condena a la demandante a pagar a favor del demandado GERMÁN MESA CORDERO como agencias en derecho la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000). A cargo de los herederos indeterminados y a favor de la actora la misma suma y por el mismo concepto.

DECISIÓN

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

RESUELVE

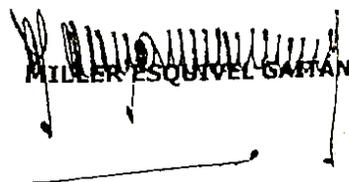
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: COSTAS Las de primera instancia se confirman. En esta instancia se condena a la demandante a pagar a favor del demandado GERMÁN MESA CORDERO como agencias en derecho la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000). A cargo de los herederos indeterminados y a favor de la actora la misma suma y por el mismo concepto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE TERESITA CASTAÑO ALZATE CONTRA
GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA. Y GODDARD CATERING
GROUP BOGOTÁ S.A.S. Rad. 2020 – 00186 - 01 Juz. 32.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

TERESITA CASTAÑO ALZATE demandó a **GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA.** Y a **GODDARD CATERING GROUP BOGOTÁ S.A.S.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 2 del archivo 1 del expediente digital.

- Terminación unilateral de contrato de trabajo sin justa causa.
- Estabilidad laboral.
- Reintegro.
- Salarios.
- Prestaciones sociales.
- Indemnización de perjuicios del Art. 216 C.S.T.
- Indemnización moratoria Art. 65 C.S.T.
- Uso de las facultades extra y ultra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 6 del archivo 1 del expediente digital. Fue contratada como guarda de seguridad por parte de **GLOBAL RISK**

MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA. mediante contrato a término fijo por 4 meses a partir del 13 de junio de 2005, la labor se debía desempeñar en las instalaciones de **GODDARD CATERING GROUP BOGOTÁ S.A.S.** (empresa usuaria de Global Risk) ubicadas en el Aeropuerto Internacional El Dorado. Su jornada laboral era de doce (12) horas diarias, en turnos rotativos de 3 turnos día, 3 turnos noche y 3 descansos. Desde el inicio de la relación laboral hasta junio de 2008 su función consistía en vigilar "trolis", estos son vehículos en los que se deposita y transporta alimentos y equipamientos de los aviones, posteriormente y hasta la culminación del contrato desempeñó el cargo de supervisora del personal de seguridad, cubría ocasionalmente turnos de portería, apoyaba en la seguridad de los trolis, efectuaba revisiones de carga, pasaba revista de los comisariatos y realizaba pruebas de alcoholemia - alucinógenos a los empleados de la empresa usuaria. Conforme historia clínica expedida por Compensar EPS el 26 de junio de 2014 se adujo que presentaba hipoacusia por trabajar en el aeropuerto y estar expuesta a alto ruido sin ninguna protección, el 26 de agosto de 2014 allegó a su empleador **GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA.** recomendaciones médico ocupacionales por padecer hipoacusia neurosensorial bilateral, allí se indicaba que debía ser reubicada a un puesto de trabajo con menor ruido y usar elementos de protección auditiva de manera permanente. A partir del momento, presentó diversas complicaciones de salud, en las que se destacan un primer episodio de síntomas de ansiedad (Historia clínica emitida por Clínica La Paz el 15 de noviembre de 2017) y cefalea de intensidad 8/10, náuseas, vómito, fotofobia, sonofobia y síntomas de vértigo constantes (historia clínica Compensar EPS del 6 de diciembre de 2017). La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral del 8 de mayo de 2017, dictaminó que la actora sufría de hipoacusia neurosensorial bilateral y el origen de la enfermedad era común, dictamen confirmado en su integridad por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 14 de febrero de 2018. El 21 de febrero de 2018 mediante epicrisis de la Clínica La Paz se indicó que sufrió de episodio depresivo grave secundario y continuaba su hipoacusia neurosensorial bilateral, lo que le generó incapacidad entre el 23 de marzo y el 13 de abril de 2018. Mediante comunicación del 13 de abril de 2018 el empleador **GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA.** le manifestó que a partir del 16 de abril iniciaría a trabajar en la sede de la empresa en razón a los episodios de salud que había sufrido, sin embargo, señaló que fue enviada a vacaciones hasta inicios del mes de mayo. Cuando regresó, fue notificada de la decisión de no volver a trabajar en el aeropuerto, decisión con la que estuvo

inconforme, por lo que el empleador la reintegró a mediados de mes. El 3 de septiembre de ese año **GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA.** le comunicó a la trabajadora la culminación del contrato de trabajo a partir del 14 de septiembre de 2018, decisión soportada en la cláusula quinta del contrato, para esa fecha se entregó el paz y salvo, copia del contrato de trabajo, orden para realizar exámenes médicos de egreso, copia de la comunicación por medio de la cual **GODDARD CATERING GROUP BOGOTÁ S.A.S.** daba por terminado el contrato de prestación de servicios con el empleador **GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA.**, copia de los últimos 3 pagos de aportes a seguridad social, carta para retiro de cesantías y la liquidación de prestaciones sociales. en virtud de su desvinculación laboral, reapareció la depresión, lo que se corrobora con la historia clínica de la Clínica La Paz del 7 de septiembre de 2018, presentó reclamación el 17 de septiembre de 2018 a su empleador por haber desconocido su estado de salud al momento del despido, el 4 de octubre de 2018 el empleador le indicó que su desvinculación obedeció a la finalización de la labor contratada, que para ese momento no existía vínculo con la empresa usuaria y que desconocía los motivos de la desmejora de salud de la trabajadora. En el examen de egreso realizado el 18 de octubre de 2018, se diagnosticó que además de la hipoacusia, la depresión y la ansiedad antes referidos, la actora sufría de afectaciones en el sistema osteomuscular y visual. Refirió que el empleador no cumplió con la obligación de realizar pausas activas, no reparó en las recomendaciones médico ocupacionales indicadas en el 2014, en especial la de reubicación del puesto de trabajo y esto ha contribuido al desarrollo de sus patologías.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y dos Laboral del circuito de Bogotá mediante auto del 04 de septiembre de 2020 (fl. 1 archivo 4 Exp. Digital) y corridos los traslados, las accionadas **GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA. Y GODDARD CATERING GROUP BOGOTÁ S.A.S.** contestaron como se relaciona a continuación;

GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA. en los términos del escrito visible a folios 2 a 26 del archivo 8 del expediente digital:

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo, los extremos laborales, las jornadas y cargos desempeñados, las recomendaciones médico ocupacionales emitidas, el diagnóstico de la historia clínica del 12 de agosto de 2015, los dictámenes emitidos por la Junta Regional y Nacional de Calificación, la terminación de la relación laboral, el pago realizado de la liquidación de prestaciones sociales, la petición presentada por la actora y la respuesta emitida.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de los presupuestos para considerar las empresas de vigilancia como empresas de servicios temporales, inexistencia de obligación a cargo de GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUCIONES LTDA. de reconocer y/o pagar prestaciones asistenciales y/o económicas derivadas de la patología de la señora Teresita Castaño Alzate por ser de origen común, inexigibilidad de las pretensiones deprecadas en la demanda por ausencia de prueba respecto del origen de la supuesta enfermedad profesional conforme a lo establecido en la Ley 100 y Decreto 1295 de 1994, inexistencia de los presupuestos para considerar culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad, inexistencia de los presupuestos para considerar garantía constitucional de la estabilidad laboral reforzada y de la obligación de solicitar autorización de despido ante el Ministerio de Trabajo, inexistencia de los presupuestos para considerar acoso laboral, prescripción y genérica.

GODDARD CATERING GROUP BOGOTÁ S.A.S. en los términos del escrito visible a folios 14 a 43 del archivo 11 del expediente digital:

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva, prescripción y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas. Llegó a esta determinación al advertir que la terminación del contrato se dio por una causa legal (terminación de la labor contratada) y no por un capricho del empleador, además, adujo que la actora

no es beneficiaria de la garantía de la estabilidad laboral reforzada, su empleador no tiene responsabilidad en el origen de sus patologías porque fueron catalogadas como de origen común, si bien presentó varias incapacidades durante la ejecución del contrato, ellas no fueron por causas laborales, la demandada proporcionó todos los medios de protección necesarios para el cabal cumplimiento de la labor de la actora, también se demostró que las recomendaciones médico ocupacionales emitidas por la EPS en 2014 fueron atendidas, la demandante en dos ocasiones fue trasladada de su puesto de trabajo, y en ambas oportunidades se negó a dejarlo. El juez resaltó que la accionante ya tenía inconvenientes de salud previos al inicio de la relación laboral como se corroboraba con el examen médico de ingreso, lo que permite colegir que el empleador no tiene culpa en las enfermedades sufridas por la actora. Respecto a la solidaridad solicitada en la demanda, en caso de haber prosperado las pretensiones, ésta tampoco tenía vocación prosperar, por cuanto la codemandada **GODDARD CATERING GROUP BOGOTÁ S.A.S.** cumple con un objeto social diferente a las funciones que debía desempeñar la actora y para las que fue contratada por GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA., además de que no tenía injerencia en la relación laboral, su relación era estrictamente comercial con la empresa GLOBAL RISK.

Recurso de Apelación

La parte actora está inconforme con la anterior decisión, insiste en que su contrato de trabajo no fue de obra o labor, sino a término indefinido tal como se demuestra con las certificaciones emitidas por la demandada Global Risk, y no por obra o labor contratada como se indicó en la sentencia, además, sostuvo que no obra prueba que acredite que se le haya hecho entrega de elementos de protección como tapa oídos. Por otro lado, resalta que la demandada no procedió con la reubicación de la trabajadora a pesar de las recomendaciones emitidas y que se encontraba incapacitada al momento de la terminación del contrato, razones por las que solicitó la revocatoria de la decisión.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante; Soportándose en criterios jurisprudenciales sostuvo que el porcentaje de PCL era suficiente para ser beneficiaria de la estabilidad laboral

reforzada, por lo que, debía existir permiso del Ministerio del Trabajo para despedir a la trabajadora so pena de que el despido fuera ineficaz, por lo que solicitó se revoque la decisión.

Parte demandada.

Global Risk Management: Pidió que se confirme la decisión por cuanto se demostró que la actora si bien sufría inconvenientes de salud se le prestaron todas las ayudas necesarias para que pudiera desempeñar sus labores con normalidad, además, que la terminación del contrato se generó por la finalización de la obra o labor contratada, y en ningún momento fue por los inconvenientes de salud que haya sufrido CASTAÑO ALZATE.

Goddard Cathering Group: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer la modalidad contractual que unió a las partes y sí la actora gozaba de la protección de estabilidad laboral reforzada a la finalización de su contrato.

Existencia contrato de trabajo por obra o labor determinada

Sobre este punto, se cuenta con liquidación del contrato de trabajo por obra o labor, cuyos extremos van desde el 13 de junio de 2005 al 14 de septiembre de 2018 (fl 56), certificado de retiro No 245 en el que se indica que el tipo de contrato de la accionante es de obra o labor contratada (fl 57), en el documento del 03 de septiembre de 2018 (fl 59) que da por terminado el contrato de trabajo a la demandante, la empresa GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA. le informa a la actora que su contrato terminó porque el contrato de suministro de personal de seguridad con GODDARD CATERING GROUP BOGOTÁ también había finiquitado, conforme se verifica de la comunicación de GODDARD CATERING GROUP BOGOTÁ

S.A.S. dirigida a GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA., en la que da por terminado el contrato de prestación de servicios suscrito por las partes (fl. 47 archivo 3, 76 archivo 10 y 35 archivo 11 Exp. Digital). También se allegó certificaciones laborales (fls. 62, 91, 92, 94) en las que se precisa que el tipo de contrato de la demandante es a término indefinido, en los folios 64 a 66, reposa copia del contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la empresa GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA. del 13 de junio de 2005 (fls. 8 a 10), allí se indica que la clase de contrato es "*fijo a cuatro meses*", el lugar de la prestación del servicio era "*GODDARD CATERING GROUP*" y en la cláusula quinta se dijo: "*Los primeros dos meses del presente contrato se considera como periodo de prueba y por consiguiente cualquiera de las partes podrá terminar el contrato en forma unilateral, en cualquier momento de dicho periodo/ Vencido este la duración del contrato será a labor contratada, mientras suscitan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. (...)*". La demandada GODDARD CATERING GROUP BOGOTÁ S.A.S. allegó las documentales que se ubican en el archivo 11 del Exp. Digital, de allí se resalta el contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia privada entre GODDARD Y GLOBAL RISK (Fls. 31 a 34)

Ahora, en el interrogatorio de parte la actora indicó que su cargo también lo desempeñaban otras personas porque eran 3 supervisores, 4 guardias y 2 funcionarios de apoyo (9 en total), el equipo lo integraban 3 personas por turno. Dijo que nunca recibió remuneración por parte de GODDARD, su liquidación fue pagada por GLOBAL RISK al igual que la presentación de solicitudes de permisos e incapacidades. No hizo ninguna reclamación por la terminación del contrato ante GODDARD, a todos sus compañeros se les terminó el contrato cuando culminó el vínculo entre GLOBAL RISK y GODDARD.

De lo anterior, se colige que si bien como lo dice el apelante el contrato de trabajo fue titulado de una manera distinta, lo cierto es que la vinculación laboral obedece a un verdadero contrato de obra o labor, y así fue como se manejó durante todos los años en que la actora se vinculó con la demandada, pues pese al desliz en la estipulación del contrato, desde la suscripción del mismo en el año 2005 se especificó en una de sus cláusulas que vencido el término de periodo de prueba, su duración lo sería por la labor contratada. En ese orden, aplicando el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, La Sala colige que en este caso la modalidad contractual que se estipuló en un inicio, no corresponde a la singularidad en que se

desarrolló el vínculo laboral, y como está acreditado que el trabajo de la demandante dependía del contrato que existió entre las demandadas para el suministro del personal, donde ella cumplía la función de guarda de seguridad en la empresa usuaria Goddard Catering Group Bogotá S.A.S y que ésta última dio por terminado ese contrato, es claro que la obra para la que fue contratada ya había desaparecido, y por esa la razón la actora ya no podía seguir laborando. En consecuencia, se concluye que el contrato de trabajo de la demandante fue de obra o labor, que se extendió aproximadamente por 13 años y que su terminación lo fue por una causa legal, por lo que este punto de apelación se **confirma**.

Estabilidad laboral reforzada.

Frente a la estabilidad laboral reforzada y la aplicación de la Ley 361 de 1997, se debe indicar que la jurisprudencia laboral ha considerado que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato se traduce en una garantía especial que procede exclusivamente para las personas que presenten una "*minusvalía*" o "*limitación*", superior a la moderada inclusive, con sujeción al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, más no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud (sentencias de 27 ene. 2010 rad. 37514, de 30 ene. 2013 rad. 41867, SL14134, SL12110 y SL13657 de 2015 rads. 53083, 48484 y 56316, entre muchas otras más). Sin embargo, no se puede perder de vista, por una parte, que el mencionado artículo 7º del Decreto 2463 actualmente no se encuentra vigente, en virtud de la expedición del Decreto 1352 de 2013 y por lo mismo no podría hablarse de limitaciones en los grados allí previstos, por lo que en aquellos eventos en los que se encontraba vigente tal precepto, la Sala ha optado por aplicar el criterio de la jurisprudencia constitucional, según el cual ésta protección especial procede para todos aquellos sujetos que presenten alguna afectación en su estado de salud, pero siempre y cuando aquel les impida, de alguna manera, ejercer una actividad laboral en condiciones normales, es decir, sobre todos aquellos que presentan un grado de discapacidad, aunque no los coloque en situación de invalidez, o con una pérdida de capacidad laboral en los grados anteriormente referidos, sino en un estado de debilidad manifiesta dada la afección física, sensorial o psíquica (CC, sentencias T-307 de 2010, T-516 de 2011, T-302 de 2013, y T-420 de 2015), interpretación que también ha sido asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para

lo cual se puede consultar la sentencia SL 11411-2017, Radicación 67595 del 2 de agosto de 2017 con ponencia Dr. Rigoberto Echeverri Bueno¹.

Sobre el estado de salud de la demandante se cuenta con historia clínica expedida el 26 de junio de 2014, allí figura su remisión a salud ocupacional por hipoacusia (fls. 13 a 15), recomendaciones médico ocupacionales del 26 de agosto de 2014 (fls. 16 - 17 archivo 3 y 33 - 34 archivo 8 Exp. Digital) e historia clínica del 12 de agosto de 2015 donde se remite al área de salud auditiva (fls. 18 y 19), dictámenes realizados por la Junta Regional el 8 de mayo de 2017 (fls. 22 a 28) y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 14 de febrero de 2018 (fls. 33 a 40), historia clínica del 15 de noviembre de 2017 emitida por la Clínica La Paz en la que se relaciona un primer episodio de ansiedad (fls. 29 y 30), historia clínica del 6 de diciembre de 2017, emitida por Compensar EPS donde menciona que la demandante hace dos años sufre de vértigo y cefalea (fls. 31 y 32), epicrisis del 21 de febrero de 2018 en la que persisten los episodios de ansiedad y depresión (fl. 41 y 42) y de la evolución médica del 16 de marzo de 2018 (fls. 43 a 44) emitidas por la Clínica La Paz. Comunicación del 13 de abril de 2018 donde el empleador notifica del cambio de lugar de trabajo a la actora por su situación de salud (fl. 46), copia de la historia clínica y evolución del 7 de septiembre de 2018 emitida por la Clínica La Paz (fls. 50 y 51), remisión a exámenes médicos de egreso del 4 de octubre de 2018 (fls. 54 – 55 archivo 3 y 35 – 36 archivo 9 Exp. Digital) junto con el examen realizado el 18 de octubre de 2018 (fls. 61 a 68) y relación de incapacidades emitida por Compensar EPS (fl. 69). Entre las documentales aportadas por la demandada GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA., se encuentra acta de reunión en la que se discuten las medidas preventivas de Teresita Castaño (fls. 76 y 77 archivo 8 Exp. Digital) y niveles máximos de ruido Anexo 16-1 OACI (fl. 32 archivo 8 Exp. Digital), informe estudio factores de riesgo emitido por ARL SURA (fls. 30, 38 a 43 archivo 9 Exp. Digital) y análisis de puesto de trabajo para identificación de riesgos y medidas de intervención (fls. 3 a 33 archivo 9 Exp. Digital).

¹ “la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad. (Sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845)

(...)

Así las cosas, no le asiste razón a la censura al sostener que para que el demandante pudiera ser objeto de especial protección a la estabilidad laboral, debía contar con un carné o certificación que lo identificara como minusválido o disminuido, pues tales documentos no tenían un carácter constitutivo de esa condición.

Igual situación se predica del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, pues, de acuerdo con lo adocinado por esta sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria. (Sentencia CSJ SL10538-2016)”

En el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de **GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA.**, indicó que conoció a la demandante en mayo de 2010 porque para esa época empezó a trabajar en la empresa, momento en el que ella se desempeñaba como supervisora. Sostuvo que los contratos que firma la empresa son por obra o labor contratada y que esa era la modalidad laboral que correspondía a la vinculación de la empresa. La demandante trabajó desde junio de 2005 hasta septiembre de 2018, a la finalización del contrato se pagó la totalidad de las prestaciones sociales. Conocía de sus inconvenientes auditivos y psiquiátricos en virtud de unas incapacidades allegadas, pero no sabía del nivel de afectación o porcentaje de los problemas de salud. El abogado de la empresa les indicó que no debían solicitar permiso ante el Ministerio de Trabajo para terminar el contrato, por cuanto la culminación se daba porque se extinguía la labor para la que fue vinculada.

El representante legal de **GODDARD CATERING GROUP BOGOTÁ S.A.S.**, en su interrogatorio refirió que conoció a la demandante porque era la coordinadora de seguridad de GLOBAL RISK, ella prestaba sus servicios en la compañía que él representa, cargo que podía ser ocupado por otra persona, sin embargo, esa fue una decisión que debía tomar GLOBAL RISK.

La testigo **YORGED GARZÓN OSORIO**, (trabajó con la demandante en Global Risk del 2005 al 2013), dijo que la actora era supervisora de seguridad en Goddard Catering, conoció de su situación de salud al compartir tiempo en la empresa, sus funciones eran revisar carga, estar pendiente del personal, que no se llevaran los implementos de cocina, controlar el área de portería y jaula, explicó que el horario que se manejaba era de 12 horas bajo el esquema 3x3, es decir, 3 turnos de día, 3 turnos de noche y 3 descansos, se causaban horas extras cuando tocaba cubrir a algún compañero. En la dotación suministrada no se incluían tapa oídos ni chalecos reflectivos, adicional a sus funciones debían revisar las cargas que llegaran en los aviones para evitar el ingreso de algún contenido indebido y esta función se prestaba para GODDARD. En el lugar de trabajo no había otro funcionario de mayor rango, no vio que la actora recibiera remuneración por parte de Goddard, no le consta que haya notificado alguna situación médica a GODDARD, ésta última no les llamaba la atención, pero le remitía a GLOBAL RISK las novedades ocurridas. La testigo no elevó ninguna reclamación a GLOBAL RISK por la falta de tapa oídos o chaleco reflectivo, prestaban seguridad para evitar el robo de equipaje o mercancía que llegaban en los aviones, la labor se realizaba con los motores del avión apagados,

pero estaban sometidos al ruido de los demás aviones, contaban con una hora de almuerzo, pero si se presentaban novedades debían atenderlas.

El testigo **JOSÉ HUGO PEÑA PEÑA**, (supervisor en GLOBAL RISK) conoció a la demandante porque era su compañera de trabajo y cumplían las mismas funciones en la empresa GODDARD. Fueron despedidos porque finalizó en contrato que existía entre las empresas. No conoció de problemas de salud de la demandante, como funciones de los supervisores estaba asistir a la plataforma y escoltar los alimentos que iban a enviar en el avión de Air France y que permanecían dentro de la aeronave por 1 hora aprox., se ingresaba a la plataforma una vez al día en cada turno, debían portar algunos elementos para cumplir con la normativa del aeropuerto como el carnet, el chaleco reflector y los elementos de protección auditiva (diadema), que hay inspectores en el aeropuerto que exigen el uso de los elementos de protección, no contaban con una persona en el área de seguridad, la empresa GLOBAL RISK siempre entregó la dotación y los elementos de protección puntualmente., No sabe si la actora presentó alguna reclamación ante GODDARD o si recibió alguna remuneración por parte de la mencionada entidad. Reiteró que a todos los empleados les fue terminado el contrato por parte de GLOBAL directamente. El horario fue de 12 horas diarias, realizaban pausas activas y los elementos de trabajo los suministraba GLOBAL RISK.

El testigo **HERNÁN JURADO BELLO** (asesor jurídico en GLOBAL RISK) dijo que conoce a la demandante porque ella tuvo un contrato de obra el cual dependía del contrato entre las empresas GODDARD y GLOBAL. Fue consultado por GLOBAL RISK en virtud de las afecciones de salud de la actora, quien además estaba en proceso de calificación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el que se dijo que las patologías de la actora eran de origen común. La única razón para terminar el contrato de trabajo fue la finalización del contrato entre las demandadas. Fue remitido un concepto de la "aerocivil" que indica que la actora no estaba expuesta a un ruido alto porque los aviones se encontraban con sus turbinas apagadas en los espacios que los supervisores deben ingresar a la nave. La actora siempre tuvo el mismo cargo y funciones, GLOBAL RISK siempre estuvo pendiente de los elementos de protección suministrados a la trabajadora. Citó el concepto de la Aeronáutica Civil en el que explica que no existe riesgo de ruido cuando están apagadas las turbinas de los aviones. Existen manuales y medidas de protección para todas las actividades a desarrollar en un entorno como el aeropuerto. El objeto social de GLOBAL RISK es

la prestación del servicio de seguridad, la demandante conocía de dicho objeto y lo desarrolló a cabalidad, ella tenía claro para que empresa trabajaba, sus funciones y los elementos de protección personal. No conoce de reclamaciones por falta de elementos de protección, si recibió alguna vez remuneración por parte de GODDARD o si recibió algún llamado de atención por parte de esa empresa. No conoce el horario de la actora, tampoco sabe si existían manuales de pausas activas, aseveró que no existe un fuero que proteja a la trabajadora porque era legal terminar el contrato por la culminación de la obra o labor. Los dictámenes de pérdida de capacidad laboral se conocieron después del despido.

LUIS IGNACIO HERRERA MIGUEZ, (gerente del proyecto de seguridad de Goddard Catering desde junio de 2005 hasta septiembre de 2018), dijo conocer a la demandante porque ingresó a trabajar como operadora de seguridad y luego ascendida a supervisora de seguridad, recuerda que la demandante tenía un “contrato de prestación de servicios a labor contratada”, el que se acabó por decisión de Goddard Catering, supo de unas incapacidades de la actora por problemas de oído y estuvo en esa condición (incapacitada) hasta el 14 de septiembre de 2018. Sus labores eran de vigilancia y supervisión de funciones de los guardas de seguridad, la revisión de equipos y evitar que se enviaran drogas en los vuelos, la accionante no tenía inconveniente para desarrollar su trabajo, debía ingresar a plataforma para custodiar los alimentos que salían hacia los aviones de pasajeros y allí permanecía una hora u hora y media, no recibió dotación por parte de GODDARD, solo recibían algunos pequeños obsequios por navidad, el testigo era quien le otorgaba los permisos o licencias y era el encargado de buscar alternativas para cumplir con las recomendaciones médicas prescritas a la actora.

Conforme lo anterior, en el asunto queda claro que la demandante presentaba afecciones de salud, las que fueron calificadas como de origen común por lo que respecto de ellas su empleador no tiene responsabilidad alguna. De otra parte, es de precisar que en el plenario no obra prueba del porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la actora, conforme el examen médico de ingreso la demandante ella ya tenía inconvenientes en su oído al inicio de sus labores, de lo que se infiere que sus patologías no la limitaron en el ejercicio de las actividades para las que fue contratada. Además la demandada GLOBAL RISK MANAGEMENT SOLUTIONS LTDA. demostró su diligencia y atención al diagnóstico médico y evolución de la trabajadora, como se constata con el acta de reunión visible a folios 3 y 4 del archivo

10 del expediente digital, donde se especifica que la empresa ofreció alternativas de reubicación que no quiso aceptar la demandante, a ella se le ofreció cambiar al cargo de supervisor motorizado, guarda u operadora, no obstante optó por continuar en el aeropuerto, situación que se corrobora igualmente con lo manifestado por la demandante en su escrito de demanda al manifestar que en el año 2018 la demandada le volvió a insistir sobre su reubicación laboral, al que se negó por temas económicos, lo que a todas luces evidencia que la compañía estaba dispuesta a cumplir con las recomendaciones médico laborales y garantizar el derecho al trabajo de la actora. Al observar las recomendaciones médicas emitidas por la EPS COMPENSAR el 26 de agosto de 2014 (fls. 80 y 81), estas consisten en: *"evitar ambientes con excesivo ruido, se sugiere reubicación de la trabajadora en área de labores donde se cumplan las presentes recomendaciones"* se llega a la convicción de que la demandada tuvo la intención de cumplirlas, pero la actora no colaboró al respecto, lo que posiblemente pudo haber incidido en su salud auditiva, sin que ese sea un factor de responsabilidad de la empresa. De otra parte, es de advertir que no existía una condición médica que limitara la ejecución de las funciones encomendadas por el empleador o agravara la condición de salud de la demandante, comoquiera que las actividades de supervisión que desarrollaba en todo momento contaba con los elementos de protección auditivos, además, al estar en plataforma para recibir o llevar los alimentos a los aviones, estas aeronaves tenían las turbinas apagadas, conforme lo dicho de los testigos, y del informe de La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil allegado a la Junta Regional de Calificación de Invalidez se colige el cumplimiento de los niveles del ruido permitido por las normas vigentes. Resulta pertinente recordar que la estabilidad laboral reforzada no es un criterio que deba partir del supuesto del padecimiento de unas patologías para perpetuarse en el empleo, pues la norma precitada no prohíbe el despido del trabajador en estado de discapacidad, lo que sanciona es que se demuestre que la terminación del vínculo laboral obedeció a una conducta discriminatoria del empleador en razón a una limitación física, sensorial o mental que padezca el trabajador. De lo anterior se rememora la sentencia *CSJ SL 1360 de 2018*, la cual dispuso:

*"Nótese que allí se dispone que **"ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación"**, lo que contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera. Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo que la ruptura del vínculo laboral está basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector de trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de*

despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva”

En este orden de ideas, y si bien La Sala no desconoce los padecimientos de salud físicos y emocionales de la actora desarrollados durante la vinculación laboral, tal como ya se precisó la aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada no opera *ipso facto* por solo alegar la existencia de una patología, pues el estado médico de quienes acuden a la aplicación de este derecho, si bien no se limita a quienes hayan sido calificados con una pérdida de capacidad laboral, ni es necesario acreditar el porcentaje de pérdida de su capacidad, lo cierto es que la situación de salud de quien acude a este amparo debe ser de tal relevancia que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, circunstancia que no fue demostrada en el expediente, pues no se demostró que los padecimientos de CASTAÑO ALZATE le hayan impedido desempeñar con normalidad sus actividades. En consecuencia, ante la falta de prueba de la limitación sustancial de la capacidad laboral de la demandante, no se puede concluir que la afección padecida fuera el motivo de la desvinculación y mucho menos que ésta se apoyó en razones discriminatorias, por lo que la terminación del contrato de trabajo se considera legítima.

Bajo los anteriores razonamientos, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte **DEMANDANTE**, fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia del 8 de febrero del 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte **DEMANDANTE**, fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

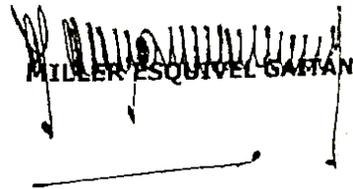
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE ESPERANZA SALCEDO MEDINA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP. Rad. 2018-00386-01. Juz. 06.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ESPERANZA SALCEDO MEDINA demandó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 5.

- Se declare que la actora es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por haber convivido con el causante desde el 17 de febrero de 2002 hasta el 10 de octubre de 2010, fecha de fallecimiento de su compañero permanente JORGE BALLESTEROS.
- Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las mesadas causadas desde el 15 de octubre de 2010 con los correspondientes reajustes de ley.

Los hechos fundamento de la demanda obran a folios 4 y 5. Indica que el señor JORGE BALLESTEROS (q.e.p.d.) convivió con la señora ESPERANZA SALCEDO MEDINA desde el 17 de febrero de 2002 hasta el 10 de octubre de 2010, periodo durante el cual se proporcionaron ayuda mutua y la demandante dependía económicamente de él. Afirma que el señor BALLESTEROS nunca tuvo hijos y recibía una pensión a través del FOPEP ya que era pensionado de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL.

Que el señor JORGE BALLESTEROS falleció el 15 de octubre de 2010 en la ciudad de Tunja por lo que la actora presentó reclamación para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 27 de junio de 2013 pero al no haber aportado la documentación requerida se decretó el DESISTIMIENTO mediante auto ADP-011958 del 27 de agosto de 2013; decisión que fue confirmada mediante Resolución RDP 044426 del 23 de septiembre de 2013.

Manifiesta que posteriormente y ante el reconocimiento de la empresa de correos respecto a la notificación, presentó nuevamente solicitud el 20 de enero de 2014, la que mediante auto ADP 002082 del 3 de marzo de 2014 le comunicó la pérdida de competencia por la existencia de un proceso judicial.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad el 5 de octubre de 2018 (fl.54), se notificó a la demandada y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, la demandada UGPP contestó la demanda como se observa a folios 68 a 73.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha del fallecimiento del causante y los auto y resoluciones expedidas por la entidad. En cuanto a los demás hechos manifestó que no le constaban.
- Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de la indexación, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 13 de mayo de 2021 en la que decidió absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda y condenó en costas de primera instancia a la parte actora.

Para resolver tuvo en cuenta que la norma a aplicar era la vigente a la fecha del fallecimiento del causante y que la señora ESPERANZA SALCEDO MEDINA no acreditó el requisito de convivencia con el causante conforme a las pruebas allegadas y existen

inconsistencias en las pruebas allegadas y que conforme a las pruebas testimoniales la convivencia bajo el mismo techo fue en calidad de arrendatario en la misma casa donde ella vivía en el año 1993 y no en calidad de compañera permanente y que la accionante nunca se separó de su cónyuge, razón por la que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Apelación de la actora

Interpone el recurso de apelación para lo que argumentó que si bien se hizo mención a las declaraciones, lo cierto es que no se aprecia lo que indicaron los testigos de los que se puede determinar que existía entre ellos una relación de pareja, que quienes conviven bajo el mismo techo tienen la condición de pareja. Que el hecho de que hubiera llegado como arrendatario no hubiera generado una relación de pareja que se dio precisamente por la convivencia que tenía con la demandante, por lo que se puede predicar la convivencia porque él no tenía pareja, que conforme a la testigo Luz Amparo los conoció desde 1980 y manifiesta que el la trataba como "mi vieja", lo que es una expresión de cariño que demuestra una condición de pareja. Que Jorge Marino López dijo que el causante era cuidado por la señora Esperanza lo que da a entender una convivencia porque lo hacen bajo el mismo techo, y no significa que no existiera una relación entre ellos y el hecho de que no hubiera reclamado el cadáver se dio seguramente para evitar conflictos, que ella le lavaba la ropa y lo llevaba a las citas médicas porque él tenía unos problemas médicos. Por lo que considera que el fundamento del despacho dista de las declaraciones que se aportaron y que fueron confirmadas en el proceso con lo que se demuestra la convivencia y el derecho de la demandante al reconocimiento pensional.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Sostiene que se acreditó la convivencia entre la demandante y el causante, se demuestra con las declaraciones extrajudiciales allegadas al proceso, por ende, si procede el reconocimiento reclamado.

Parte demandada: Afirmó que no se probó enteramente la convivencia por 5 años, además, que existen contradicciones en las pruebas recaudadas dentro del proceso, por lo cual, no le asiste el derecho reclamado y se debe confirmar la sentencia.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se comprueba con las documentales obrantes a folios 17 a 21, mediante la cual se acredita que la actora presentó reclamación a la UGPP para el reconocimiento pensional.

Status de afiliado del causante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante, lo cual igualmente se indica en la Resolución ADP 011958 del 27 de agosto de 2013 donde indica que al causante se le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución 3182 del 24 de marzo de 1988 (fl. 26).

Tampoco fue objeto de controversia por la parte demandada que el señor JORGE BALLESTEROS falleció el 15 de octubre de 2010 lo que se encuentra acreditado con el registro de defunción obrante a folio 12.

Sustitución Pensional

Reclama la señora ESPERANZA SALCEDO MEDINA le sea reconocida la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente JORGE BALLESTEROS que acaeció el día 15 de octubre de 2010.

Debe la Sala en primer lugar señalar que las normas aplicables son las que rigen al momento del fallecimiento del causante (15 de octubre de 2010), por lo que, en este caso, las normas que gobiernan la sustitución pensional son las contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es que para ser beneficiario de esta prestación en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Parte demandante.- El objeto de la apelación de la parte demandante radica en que considera que con las pruebas testimoniales y las declaraciones extrajuicio, se

encuentra acreditado el requisito de convivencia requerido, por lo que pasa la Sala a analizar las pruebas aportadas al proceso.

Como prueba documental se aportaron con la demanda las siguientes declaraciones extrajudiciales (fl. 14):

- ANA CRISTINA GÓMEZ VARGAS manifiesta que conoce a la pareja hace 15 años por ser vecinos, que vivían en unión libre hace más o menos 10 años hasta la fecha del fallecimiento compartiendo techo., lecho y mesa y que antes de convivir con la señora Esperanza el señor Jorge era soltero.
- MARÍA MAGDALENA DUITAMA indica que conoce a la señora Esperanza hace unos 9 años, porque llegó al barrio en el año 2005, conoce que convivía en unión libre con el señor JORGE BALLESTEROS hasta que el falleció el 15 de octubre de 2010, quien era soltero antes de convivir con ella y no tenía hijos.

En el proceso se recibieron las siguientes declaraciones:

FLOR ELVA BOHORQUEZ DE SANDOVAL, manifestó que conoció al señor JORGE BALLESTEROS que lo conoció 10 años antes del fallecimiento en el año 2010, porque lo veía con la señora Esperanza porque tenía una fábrica de tejidos y ella le colaboró en el año 1995-1997, que llegó al barrio en el año 1985 y Esperanza llegó dos años después. Que siempre los vio juntos, primero era vecina suya y después ella rentaba habitaciones y ahí llegó don Jorge a una habitación como inquilino (no recuerda el año 1993-1995) vivía con el esposo y los hijos pero él se fue y luego se fueron a casa de Amparo Murcia, pero no los visitó en esa casa. Que Esperanza era la que lo llevaba al médico, dice que es muy difícil decir que se comportaban como pareja pero que sí vivían en la misma casa, que vivía como arrendatario. Nunca los visitó donde vivían, sino que se los encontraba en la calle, sabe que ella tenía hijos de la primera relación que tuvo y convivió con el padre de sus hijos pero no sabe cuánto tiempo, dice que él la ayudaba porque ella no tenía otros recursos. Que ella lo acompañaba al médico porque los veía tomar un taxi, que siempre estaba enfermo y ella lo acompañaba, pero no sabe que enfermedad tenía ni la causa del fallecimiento. No se la presentó a ella como compañera permanente y respecto a otras personas no sabe. La muerte del señor Ballesteros no sabe quién sufragó los gastos del sepelio y a la señora Ana Elvira Cantor de Niño la conoce, pero no sabe qué relación tenía con el causante. No sabe de afiliación a seguridad social. Cree que convivieron desde el 2002 hasta el fallecimiento

de él. Que iban al grupo de oración y asistieron casi 10 años, pero al final no asistió porque estaba enfermo, pero no recuerda las fechas exactas.

ANA CRISTINA GOMEZ VARGAS dijo ser ama de casa, viuda, y vecina de la demandante, que conoció al señor JORGE BALLESTEROS en el barrio en el año 1993 y hasta que falleció en octubre de 2010, que vivía en arriendo en casa de Amparo Murcia, lo sabe porque hablaba con la dueña de la casa, que vivía con Esperanza Salcedo más o menos desde el 2002 como pareja, que muy esporádicamente fue a la casa de ellos, pero a continuación dice que iba una o dos veces a la semana que inicialmente vivía en una habitación y luego las cosas se fueron dando y cree que compartían lecho, y que se trataban con cariño como pareja y ella lo atendía, pero no vio que la presentara públicamente como pareja pero ella (Esperanza) le dijo que estaba viviendo con él y los hijos de ella que eran cuatro. Que Esperanza arrendaba habitaciones para subsistir y era madre sustituta del Bienestar Familiar pero no recuerda hasta cuándo, que él pagaba el arriendo, mercado, servicios y cosas de la casa. No sabe quién sufragó los gastos de sepelio del causante cree que fue el seguro y que Esperanza le dijo eso. A la señora Ana Elvira Cantor de Niño no la recuerda. No sabe de afiliación a seguridad social. Que Esperanza era la que lo atendía, en el hospital donde estuvo más o menos un mes en septiembre, por un accidente de tránsito, pero ella no lo visitó, sino que ella le contó. No le conoció familia al señor Jorge Ballesteros y no sabe que enfermedad tenía.

LUZ AMPARO MURCIA MURCIA manifestó ser pensionada y conoció al señor JORGE BALLESTEROS desde hace unos 34 años en 1993 cuando llegó a vivir frente a su casa donde Esperanza Salcedo, en arrendamiento porque Esperanza alquilaba habitaciones, vivió desde 1993 hasta 2002 porque en ese año les alquiló un apartamento de ella, celebró el contrato con Jorge Ballesteros y él le pagaba el arriendo, pero sabe que vivía con ella en ese apartamento porque le parecía buena gente y él respondía por ella, por eso cree que eran pareja, los visitaba esporádicamente, que salían de la mano, salían juntos siempre. Cree que quien sufragó los gastos de entierro fueron las sobrinas, que ellas eran celosas y no les gustaba que lo visitaran cuando estaba enfermo. No conoce a la señora Ana Elvira Cantor de Niño. Dice que él era el que le colaboraba con los gastos, porque los veía juntos. Que en el apartamento vivían los dos y cuatro hijos de ella. No sabe la causa de la muerte cree que fue por un accidente de tránsito pero no está segura y lo llevaron a Tunja pero no sabe cuánto tiempo estuvo en la clínica pero cree que dos meses, ella no lo visitó por las sobrinas de él, no sabe si Esperanza lo

visitó pero sabe que ella iba a Tunja, que Jorge le canceló el arriendo hasta el 2008 y después Esperanza le cancelaba el arriendo pero no sabe de dónde provenían los recursos pero cree que eran ahorros. No sabe a qué se dedicaba Don Jorge sino que lo veía en la casa, que siempre tenía tos y Esperanza era la que lo atendía. Esperanza cuidaba niños como madre sustituta pero después se dedicó a él y a sus hijos.

Conforme al dictamen de trabajo de campo aportado por la parte demandada (CD fl. 76) de fecha 26 de febrero de 2013, se observa que encontraron que el causante falleció el 15 de octubre de 2010 en Tunja y las declaraciones se rindieron en Duitama; que existían 33 años de diferencia entre el causante y la reclamante y que en el registro de trámite de auxilio funerario se indicó que el causante era soltero y quien reclamó el cadáver la señora y pago los gastos funerarios fue la señora Ana Elvira Cantor de Niño. También observó que la señora Esperanza aparece como afiliado a la NUEVA EPS como beneficiaria de su cónyuge desde agosto 1º de 2011, es decir, aún después de 15 años de separación según su dicho lo que concuerda con las declaraciones aportada a la UGPP por las señoras ANA ELVIRA CANTOR DE NIÑO Y ANA SEGURA CANTOR DE SUAREZ quienes manifestaron que ella no convivía con el causante pues la señora Esperanza Salcedo no se separó de su cónyuge y el señor Ballesteros vivía como inquilino.

Así las cosas, considera la Sala que en efecto existen inconsistencias en las declaraciones de los testigos que no permiten concluir la existencia de la convivencia como pareja de la demandante con el señor JORGE BALLESTEROS, pues se resalta que la señora Flor Elva Bohórquez de Sandoval nunca visitó la casa de la señora Esperanza Salcedo, luego mal puede dar fe de la convivencia e incluso manifiesta que no vio que la presentara públicamente como pareja pero que ella (Esperanza) le dijo que estaba viviendo con él y los hijos de ella que eran cuatro, luego es un testigo de oídas y a pesar de eso dice que él pagaba el arriendo, mercado, servicios y cosas de la casa. Además, dice que Esperanza arrendaba habitaciones para subsistir y era madre sustituta del Bienestar Familiar pero no recuerda hasta cuándo. LUZ AMPARO MURCIA MURCIA dice que conoció al señor JORGE BALLESTEROS desde 1993 llegó a vivir frente a su casa donde Esperanza Salcedo, en arrendamiento porque Esperanza alquilaba habitaciones, vivió desde 1993 hasta 2002 en que le alquiló su apartamento donde vivieron hasta el 2010 en que falleció el señor Ballesteros, mientras que la demandante afirma que convivió con el causante desde el 17 de febrero de 2002 hasta el fallecimiento del señor Ballesteros y no que viviera en la misma casa desde 1993.

Igualmente, no es conteste el testimonio de ANA CRISTINA GOMEZ VARGAS quien dijo que conoció al señor JORGE BALLESTEROS en el barrio en el año 1993 y hasta que falleció en octubre de 2010, que vivía en arriendo en casa de Amparo Murcia, dijo que los visitó muy esporádicamente pero a continuación manifestó que iba una o dos veces a la semana, además menciona que no vio que la presentara públicamente como pareja pero que ella (Esperanza) le dijo que estaba viviendo con él y los hijos de ella que eran cuatro.

Por tal motivo no le asiste razón al recurrente cuando considera que con las pruebas aportadas se establece que convivían bajo el mismo techo y en condición de pareja, pues si bien el hecho que el señor Ballesteros hubiera llegado como inquilino en una habitación de la casa no significa que no se hubiera generado posteriormente una relación de pareja, lo cierto es que no demostró la convivencia efectiva que tenía con el causante, toda vez que los testimonios no fueron contestes y coherente y existe una documental que permite concluir que la demandante tenía un vínculo marital con el padre de sus hijos cuando estaba afiliada a seguridad social en salud como beneficiaria de éste desde el año 1998 y hasta el año 2011.

Conforme a lo expuesto, se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

COSTAS.- Se confirman las de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de QUINIENOS MIL PESOS M/L (\$500.000.)

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de mayo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – COSTAS se confirman las de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$500.000.)

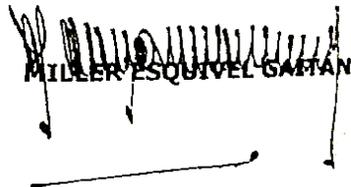
Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL SOCORRO MONTIEL
contra LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP y
la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Rad. 2019–00733 01. Juz. 7.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalados por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARIA DEL SOCORRO MONTIEL MERA demandó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 y 6.

- Se condene a la UGPP a pagar las mesadas pensionales de junio a octubre de 2015 correspondientes al retroactivo girado por COLPENSIONES en su favor, que no fueron canceladas a la demandante.
- Se condene a la UGPP a reintegrar los valores que resulten de la diferencia entre la pensión reconocida por COLPENSIONES y la que venía pagando la UGPP.
- Se condene a la UGPP a reconocer y pagar la mesada adicional del mes de junio de 2015.
- Se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento pensional por su compañero permanente a su cargo.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 6 y 7. Indica que a la demandante MARIA DEL SOCORRO MONTIEL MERA se le reconoció pensión de jubilación a partir del 30 de marzo de 2007 en cuantía de \$916.903 conforme a la Resolución 0606 de 2007, donde se indicó que la prestación sería de carácter compartido, por lo que mediante Resolución RDP 015884 del 23 de abril de 2015 la UGPP informó a la actora que COLPENSIONES mediante Resolución 317230 del 25 de noviembre de 2013 le había reconocido la pensión de vejez a partir del 1º de octubre de 2011 en cuantía de \$1.204.337, por lo que se reajustaba la mesada pensional pagando la entidad solo el mayor valor y existiere y la mesada adicional de junio.

Informa que la no recibir la mesada pensional de junio de 2015 presentó derecho de petición a la UGPP que fue respondido manifestando que mediante Resolución RDP 01584 del 23 de abril de 2015 se había ordenado ajustar la mesada pensional teniendo en cuenta que COLPENSIONES le había reconocido la pensión de vejez y que al dirigirse a COLPENSIONES le notificaron la Resolución GNR 317230 del 25 de noviembre de 2013 que le reconocía la pensión de vejez a partir del 1º de octubre de 2011 en cuantía de \$1.279.741 y fue incluida en nómina de pensionados por acto administrativo No. 388168 del 30 de noviembre de 2015 donde incluyó un retroactivo por valor de \$70.203.654 a favor de la UGPP cuando esta entidad había suspendido el pago de la prestación desde el mes de junio de 2015, por lo que las mesadas de junio a octubre de 2015 deben ser reembolsadas a la demandante

Manifiesta que la UGPP no ha reconocido la mesada adicional de junio a pesar de que reconoce que esta 100% a su cargo.

Que el 28 de marzo de 2016 presentó solicitud de revocatoria directa de la Resolución UGM 31921 de 2012 para el reintegro de las mesadas en mención y mediante carta del 20 de mayo de 2016 la entidad contestó que la no había lugar a pronunciarse de fondo sobre lo pretendido y rechazó la solicitud.

Por último, indica que la demandante tiene como pareja al señor CEDMI ANTONIO GALINDEZ con quien convive desde hace 23 años y depende económicamente de ella pues no trabaja ni recibe pensión alguna.

Actuación Procesal

Admitida la demanda (fls 71) por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, notificada la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado correspondiente, las accionadas contestaron la demanda de la siguiente manera:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (fl. 105 a 122)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión de vejez a la actora y el retroactivo reconocido a favor de la UGPP y manifestó que no le constan los demás hechos.
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indexación moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP no contestó la demanda, tal y como se indica en el acta de la audiencia de trámite de fecha 25 de enero de 2021.

El Juzgado primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 3 de mayo de 2021 asumió el conocimiento del presente asunto de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma, el Juzgado Primero Transitorio de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 26 de mayo de 2021 en la que dispuso DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN frente a la prestación relacionada con el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas entre junio y octubre de 2015. ABSOLVIÓ A LA UGPP de la pretensión relacionada con el pago de las diferencias pensionales generadas entre la pensión que venía reconociendo y la que otorgó COLPENSIONES, así como al pago de la mesada adicional del mes de junio de 2015. DECLARÓ PROBADA LA EXCEPCION DE INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO previsto en el Acuerdo 049 de 1990. Sin imponer condena en costas.

Para llegar a esa determinación indicó que revisada la documental aportada encontró acreditado que la UGPP había reconocido la pensión de jubilación compartida a la demandante y posteriormente COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez por lo

que se ordenó por COLPENSIONES el pago en favor de la UGPP de un retroactivo pensional no obstante que esta última había suspendido el pago de la mesada pensional. Respecto al pago de las diferencias entre las dos pensiones, consideró que la pensión reconocida por la UGPP era inferior a la reconocida por COLPENSIONES por lo que la UGPP pagó solo el valor que venía cancelando; sin embargo la UGPP mediante resolución 003875 del 1º de febrero de 2016 reajustó la mesada pensional y reconoció el valor superior (fl. 253) y por lo tanto al existir un acto administrativo que reconoce esta deferencia no había lugar a ordenar su pago puesto que ya había sido reconocido. En cuanto a la mesada 14 señaló que fue reconocida en la resolución RDP 015884 del 23 de abril de 2015, por lo que no era el proceso ordinario la vía para exigir el cumplimiento de una obligación previamente otorgada mediante un acto administrativo.

En relación con el pago de las mesadas de junio a octubre de 2015 manifestó que fueron suspendidas por la UGP y ello le fue informado a la demandante y que si bien fueron incluidas por COLPENSIONES dentro del retroactivo reconocido en favor de la UGPP aún no se había girado conforme lo indicó COLPENSIONES, pero que respecto de estas mesadas prospera la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES pues la reclamación se hizo el 13 de enero de 2016 (fl. 29) con respuesta de fecha 17 de febrero de 2016 y la demanda se presentó el 21 de octubre de 2019 por lo que transcurrieron más de 3 años, pues COLPENSIONES le negó el pago de estas mesadas mediante resolución GNR 49726 del 16 de febrero de 2016.

En cuanto al incremento pensional manifestó que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 11 de octubre de 2011 conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin embargo la sentencia SU-140 de 2019 estableció que estos incrementos no se encuentra vigentes, por lo que solo tenían lugar en los casos en que el pensionado hubiera adquirido el derecho antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no accedió a esta pretensión ya que la demandante adquirió el derecho a la pensión con posterioridad a la vigencia de esta normatividad. No condenó en costas.

CONSULTA

Procede la Sala a revisar el presente proceso en el grado jurisdiccional de CONSULTA por cuanto la sentencia fue totalmente desfavorable a la demandante.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pidió la revocatoria de la decisión por cuanto el reajuste y pago de las mesadas es totalmente procedente, al existir diferencias entre la pensión otorgada por COLPENSIONES a la reconocida por la UGPP.

Parte demandada.

UGPP: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

COLPENSIONES: Solicitó se confirme la decisión de primera instancia, en razón a que la pensión otorgada a la actora se encuentra ajustada a derecho y no puede aplicarse la normativa anterior a la Ley 100 por estar derogada.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa.-

Fue agotada en legal forma como se acredita con la respuesta dada por la UGPP el 15 de julio de 2015 respecto al pago de la mesada del mes de junio de 2015 (fl.24) y la respuesta obrante a folio 37 de fecha 16 de septiembre de 2015 en cuanto a las mesadas causadas y a la diferencia entre la pensión pagada por la UGPP y la reconocida por COLPENSIONES (fl. 37 a 39). Posteriormente, el 17 de febrero de 2016 la actora recibió respuesta de la UGPP respecto de la solicitud de revocatoria del acto administrativo (fl. 53 a 56). Frente a COLPENSIONES se encuentra agotada la reclamación administrativa conforme al Resolución GNR 49726 del 16 de febrero de 2016 mediante la cual se resolvió la solicitud de la actora respecto del retroactivo pensional reconocido a la UGPP.

Status de pensionada.

Está demostrado en el presente asunto que a la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación convencional mediante Resolución 606 del 4 de abril de 2007 por parte de la ESE ANTONIO NARIÑO en calidad de patrono, en cuantía de \$916.903 a partir del 30 de marzo de 2007. Igualmente se acreditó que COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 317230 del 25 de noviembre de 2013 reconoció la pensión de vejez a la actora a partir del 1º de octubre de 2011 en cuantía de \$1.204.337.

Posteriormente, mediante Resolución RDP 015884 del 23 de abril de 2015 COLPENSIONES decidió ajustar la mesada pensional en un mayor valor a cargo del FOPEP de la pensión de jubilación reconocida a la demandante e indicó que la

mesada 14 estaría a cargo de FOPEP. Por último, expidió la Resolución GNR 49726 del 16 de febrero de 2016 mediante la cual COLPENSIONES negó el reconocimiento del retroactivo de la pensión de vejez que fue reconocido en favor de la UGPP.

Retroactivo por mesadas de junio a octubre de 2015 y mesada adicional.-

Al respecto es necesario resaltar que este retroactivo fue reconocido en favor de la UGPP, como se observa en la Resolución GNR 317230 del 25 de noviembre de 2013 expedida por COLPENSIONES que reconoció la pensión de vejez a la demandante y dispuso el pago del retroactivo al empleador y la Resolución GNR 388168 del 30 de noviembre de 2015 en el mismo sentido por tratarse de una pensión compartida.

La UGPP mediante comunicación de fecha 10 de mayo de 2021 remitió certificado sobre los pagos realizados a la demandante conforme al cual es claro que se cancelaron mesadas pensionales hasta el 1º de julio de 2015 (No. 35) por lo que es claro que no le fueron canceladas las mesadas pensionales posteriores hasta la inclusión en nómina de pensionados por parte de COLPENSIONES. Por su parte COLPENSIONES en la respuesta dada al oficio remitido por el juzgado indicó que la prestación reconocida a la demandante fue incluida en nómina de pensionados del mes de diciembre de 2015 y que no se registra giro de valores retroactivos a la UGPP, por lo que entiende la Sala que al no haber sido pagado a la UGPP le correspondería a COLPENSIONES hacer la devolución del retroactivo correspondiente a los meses mencionados. No obstante, es necesario tener en cuenta que COLPENSIONES propuso como excepción la de prescripción y conforme a la documental antes mencionada la demandante interrumpió la prescripción frente a COLPENSIONES con la reclamación presentada el 13 de enero de 2016 que fue resuelta por COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 49726 del 16 de febrero de 2016 mediante la cual se reitera, COLPENSIONES negó el reconocimiento del retroactivo de la pensión de vejez otorgada a la demandante y como la demanda se presentó el 21 de octubre de 2019, ya había producido sus efectos jurídicos el fenómeno de la prescripción respecto de las mesadas deprecadas por haber transcurrido más de 3 años entre la Resolución que negó la prestación y la fecha de presentación de la demanda.

Diferencias entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez.-

Cabe mencionar que por tratarse de una pensión compartida le corresponde a la empleadora el reconocimiento y pago del mayor valor entre la pensión de jubilación reconocida por el empleador y en este caso pagada por la UGPP y la pensión de vejez que le reconoció COLPENSIONES. Sin embargo, se observa que conforme a las resoluciones ya mencionadas a la actora se le modificó la pensión de jubilación

en cuanto al valor de la mesada por lo que quedó en el mismo valor que le fue otorgado por COLPENSIONES por la pensión de vejez y en consecuencia al no existir diferencia o mayor valor respecto de la pensión de jubilación que venía cancelando la UGPP no hay lugar a esta condena.

Incremento del 14% sobre la mesada pensional.-

En relación con el incremento pensional solicitado la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019 indicó como conclusión lo siguiente:

"De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.

Así las cosas, salvo en cuanto toca con el único caso en que un accionante se hizo al derecho al incremento pensional del 14% de que trata el artículo 21 del Decreto 758 por haber adquirido su derecho de pensión antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como salvo de los procesos en donde la acción de tutela presentada no cumplió con el requisito de inmediatez –en donde por tal defecto las sentencias revisadas se declararán improcedentes– la Corte revocará las sentencias en donde se hayan amparado los derechos de los accionantes a obtener cualquiera de los incrementos pensionales que señaló el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 y, en su lugar, negará el amparo por no ser la prescripción una institución aplicable a un derecho que ya había dejado de existir."

Revisado el caso de la demandante y siguiendo el anterior derrotero, se tiene que la pensión de vejez le fue reconocida a partir del 1º de octubre de 2011, es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no tiene derecho al incremento pensional consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Por los motivos antes expuestos, se **CONFIRMARÁ** la sentencia objeto de consulta.

COSTAS

La decisión de primera se confirma en cuanto a no condenar en costas. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

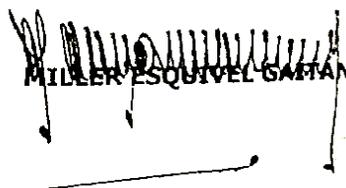
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de mayo de 2021, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS.- Se confirma la decisión de primera instancia en cuanto a no condenar en costas. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAIFÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDILMA GUALTEROS FERIA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. NUEVA EPS Y AGRICOLA CUNDAY S.A. EN REORGANIZACIÓN. Rad. 2019 00233 01 Juz 08.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

EDILMA GUALTEROS FERIA demandó a la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. NUEVA EPS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y AGRICOLA CUNDAY S.A. EN REORGANIZACIÓN para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios 4 a 5.

- Reconocimiento y pago de incapacidades correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2016

Los hechos de la demanda se describen a folios. 2 a 3. Manifiesta que ninguna de las accionadas pagó las incapacidades correspondientes a 25 meses desde el 01 de mayo de 2014 al 30 de junio de 2016, fecha ultima en la que le fue reconocida la pensión de invalidez a la demandante, tomando como valor de salario mínimo legal mensual vigente, ya que se pagó el retroactivo a partir del 08 de julio de 2016. El 16 de marzo de 2018 la Nueva EPS, mediante un oficio le indicó a la demandante

que se reintegrara laboralmente por no haber sido calificada con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, pese a para ese momento ella había sido pensionada desde hacía 6 meses.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad el 12 de agosto de 2019 (fl. 195) y corrido el traslado respectivo a las accionadas Protección, Nueva EPS y Agrícola Cunday S.A. en Reorganización, contestaron de la siguiente manera:

La sociedad **AGRÍCOLA CUNDAY S.A. EN REORGANIZACIÓN**, en los términos del escrito visible en folios. 210 a 227.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que se causaron incapacidades posteriores a los 540 días, que el ingreso base de liquidación para los años 2014 a 2016 era el salario mínimo legal y negó o manifestó que no le constan los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, 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 demanda, pago total, cosa juzgada, y prescripción.

La demandada **NUEVA EPS**, en los términos del escrito visible en folios. 265 a 295 y 376 a 377.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la comunicación que realizó esta entidad a la demandante el 16 de marzo de 2018 y negó los demás.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación en cabeza de Nueva EPS; que los recursos de salud tienen un carácter limitado y una destinación específica; prescripción del derecho a solicitar reembolso de prestaciones económicas, y la excepción genérica.

La accionada **PROTECCIÓN**, en los términos del escrito visible en folios. 343 a 352 y 374 vuelto.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que PROTECCIÓN reconoció la pensión de invalidez y el retroactivo pensional que fue pagado desde el 08 de julio de 2016, y que a la Nueva EPS le correspondía el pago de las incapacidades y no pagó las posteriores al día 540, esto es a partir del 2 de mayo de 2014 y negó los demás hechos de la demanda.
- Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación de pago de incapacidades médicas, límite de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, la innominada o genérica y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 10 de junio de 2021 en la cual condenó a Nueva EPS S.A. a pagar a favor de la demandante las incapacidades medicas otorgadas entre el 02 de junio del 2015 hasta el 07 de julio de 2016, y declaró probadas parcialmente la excepción de prescripción con relación a las incapacidades causadas entre el 27 de abril del 2014 al 01 de junio del 2015, la de ausencia de obligación en la demanda propuesta por Agrícola Cunday en reorganización y de límite de la obligación propuesta por Protección.

Llegó a esa determinación al advertir que se encuentra acreditado que se realizó la reclamación administrativa y no hubo controversia sobre la afiliación de la demandante a la Nueva EPS, así como las incapacidades que tuvo en los periodos comprendidos entre 01 de mayo del 2014 y el 30 de junio del 2016, por consiguiente ordenó la aplicación retroactiva de lo estableció en la ley 1753 del 2015, la cual indica que las EPS son responsables de pagar las incapacidades superiores a 540 días, conforme al principio de igualdad material, pues previo a la promulgación de dicha norma había un déficit de regulación normativa sobre quién debía pagar esas incapacidades. Con relación a la acción de tutela conocida por el juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2015-1805 en la que se ordenó a la EPS demandada pagar las incapacidades de la actora a partir del día 181 manifestó que no se da aplicación a la cosa juzgada, en razón a que no existe identidad jurídica del objeto y causa, teniendo pretensiones distintas en cada proceso. Respecto a la excepción de prescripción manifestó que las incapacidades que tuvo la demandante iniciaron a partir del 27 de abril del 2014 y hasta el día 30 de junio de 2016; que se

presentó reclamación el 01 junio del 2018 (fls. 149 a 151), y la demanda se radicó el 29 de marzo de 2019, lo que conlleva a que las incapacidades medicas otorgadas entre el 27 de abril del 2014 y el 01 de junio del 2015 se encuentran prescritas por haber transcurrido 3 años desde su exigibilidad hasta que se interrumpió el término para la aplicación de este fenómeno jurídico con la reclamación presentada. No condenó en costas en esa instancia. Aclaró que el pago corresponde a las incapacidades desde el 2 de junio de 2015 y hasta el día anterior al reconocimiento de la pensión el 8 de julio de 2016.

Recurso de apelación

LA DEMANDANDA

PROTECCIÓN: Interpone recurso de apelación solicitando se condene en costas judiciales a la parte demandante como quiera que resulta claro que su representada no tenía responsabilidad alguna en la cobertura o pago de la prestación que se le reclamó.

AGRÍCOLA CUNDAY: Igualmente presentó recurso de apelación en lo relacionado con las costas a cargo de la demandante ya que era claro desde un principio que no era Agrícola Cunday la responsable de este pago.

La parte actora y la demandada NUEVA EPS no interpusieron recursos de apelación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicitó que se confirme en su integridad la decisión y no sea condenada en costas a favor de AGRICOLAS CUNDAY por cuanto no fue vencida en el proceso y al contrario, obtuvo sentencia favorable a sus intereses.

Parte demandada.

AGRICOLAS CUNDAY: Pidió la revocatoria parcial de la decisión por cuanto las pretensiones elevadas no le correspondía asumirlas a la empresa, por ende,

considera que se debería condenar en costas a la demandante a favor suyo por el desgaste judicial en el que la hizo incurrir.

NUEVA EPS: Solicitó la revocatoria por cuanto no es la entidad a cargo de pagar las incapacidades después del día 540 y en todo caso, si así lo fuere, quien debe asumir dichos pagos es el ADRES.

PROTECCION: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación presentados por las demandadas en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

En el caso en estudio, se solicitó el reconocimiento y pago de las incapacidades otorgadas a la demandante causadas a partir del día 541 y hasta el día anterior al reconocimiento de la pensión de invalidez, que fue el 8 de julio de 2016, cuya falta de pago fue aceptada por la NUEVA EPS al contestar la demanda, cuando indicó que no era la responsable del pago de las incapacidades que superan los 540 días. Igualmente, está demostrado con el dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral que se le reconoció un PCL del 52.55% y que con fundamento en las normas la AFP PROTECCIÓN le reconoció la pensión de invalidez a partir del 8 de julio de 2016 (fl.42)

Respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades (fls. 8 a 34 y 322 a 331) la demandante presentó reclamación a la NUEVA EPS (fl.149 a 151) por lo que es de tener en cuenta que el vacío legal que existía respecto a las incapacidades posteriores al día 540, quedó superado con la expedición de la Ley 1752 del 9 de junio de 2015 artículo 67 y al respecto la jurisprudencia ha sostenido que el encargado del pago de estas incapacidades corresponde a las entidades promotoras de salud, por lo que en efecto, le corresponde a la NUEVA EPS efectuar el pago de las incapacidades causadas desde el día 541, en este caso desde el 2 de junio de

2015 en adelante y hasta el día anterior al reconocimiento de la pensión de invalidez, lo que ocurrió el 8 de julio de 2016.

Apelación de las otras demandadas.- Interponen recurso de apelación por considerar que procede la condena en costas en su favor y a cargo de la demandante por cuanto era claro que no era procedente la demanda en su contra.

Al respecto debe decirse que a la fecha en que se presentaron las incapacidades de la actora aún no se había publicado la Ley 1752 del 9 de junio de 2015 que establecía con claridad a cargo de quién se encontraba el pago de las incapacidades posteriores al día 540, por lo que existía un vacío en las normas que regían la materia, pues no existía una obligación legal de pago de dichas incapacidades, con lo cual el trabajador quedaba desprotegido, situación fue inicialmente descrita por la Corte Constitucional mediante sentencia T-468 de 2010, en la cual se advirtió que el trabajador se encontraba desprotegido por la ausencia de regulación legal sobre dicha materia, pues no existía claridad al respecto y que empeoraba en aquellos casos en los cuales no resultaba posible el reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Ello se resalta, por cuanto se declararon parcialmente prescritas las incapacidades causadas entre el 27 de abril del 2014 y el 01 de junio del 2015, y en consecuencia como para ese momento existía controversia respecto a quién le correspondía la obligación de efectuar el pago de las incapacidades, debía presentarse la demanda ordinaria para que por esta vía se diera claridad a esta situación, por lo que no puede decirse que la demandante fue vencida en el proceso, requisito que exige el artículo 365 del Código General del Proceso para imponer condena en costas, pues en la sentencia determinó que la condena al pago de las incapacidades le correspondía a la NUEVA EPS con fundamento en la Ley 1752 de 2015, razón por la que no hay lugar a imponer condena en costas en su contra, pues se reitera, la demandante no fue vencida en el proceso.

Conforme a lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia

COSTAS.- Se confirma la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 10 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – COSTAS se confirma la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

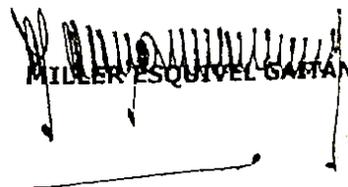
Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ALBERTO MAHECHA CUBILLOS CONTRA LA AFP COLFONDOS S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad. 2019 00712 01 Juz 1º TRANSITORIO. (antes Juz. 8º.)

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CARLOS ALBERTO MAHECHA CUBILLOS demandó a la AFP COLFONDOS S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 92 y 93 del expediente digital.

- Nulidad o ineficacia de la afiliación a la AFP COLFONDOS S.A.
- Validez de la afiliación a COLPENSIONES
- Condenar a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante
- Condenar a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 94 a 95. Indica que el señor CARLOS ALBERTO MAHECHA CUBILLOS nació el 21 de noviembre de 1959 y cotizó al ISS en el régimen de prima media desde el 21 de febrero de 1985 hasta el 30 de mayo de 1994 para un total de 362 semanas cotizadas conforme a la historia laboral; Que COLFONDOS no informó al momento de la afiliación las implicaciones de trasladarse de régimen pensional ni la naturaleza propia de dicho régimen o las desventajas de

filiarse al régimen de ahorro individual no obstante que conocía el número de semanas de cotización y el promedio del salario que devengaba.

Manifiesta que demandante decidió contratar por su propia cuenta una asesoría particular y evidenció que COLFONDOS había generado un conocimiento falso de la realidad y el 23 de julio de 2019 solicitó ante COLFONDOS la anulación de la afiliación y en la misma fecha solicitó a COLPENSIONES la activación de la afiliación.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad el 23 de octubre de 2019 (fl.146), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo, las accionadas contestaron la demanda de la siguiente manera:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (fls.180 a 186)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas contra COLPENSIONES.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al régimen de prima media y las semanas cotizadas y la solicitud de traslado de régimen. Manifestó que no le constan los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad y la declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (fl. 168) manifestó allanarse a las pretensiones de la demanda y solicita no se le imponga condena en costas.

Mediante auto del 18 de mayo de 2021 el Juzgado Primero Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento del presente proceso.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo del 29 de junio de 2021 en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del señor CARLOS ALBERTO MAHECHA CUBILLOS del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., realizado el día 01 de junio de 1994. Declaró válidamente vinculado al demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida

administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado. Condenó a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas y no condenó en costas a las demandadas.

Llegó a esa determinación atendiendo la línea jurisprudencia y conforme a las pruebas aportadas era claro que la demandada COLFONDOS no cumplió con el deber de información, para lo que señaló que esta se allanó a la demanda, además de no haber aportado al proceso el formulario de afiliación y si bien el actor conocía algunas de las ventajas del régimen de ahorro individual lo cierto es que el demandante no conocía las desventajas que le acarrea el traslado de régimen, razón por la que declaró la ineficacia del traslado y ordenó devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración. Por lo anterior, declaró no probadas las excepciones propuestas sin imponer condena en costas.

Recurso de Apelación

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES:

Considera que se debe revocar el fallo por cuanto no esta conforme con la valoración que realizó el despacho del interrogatorio de parte al demandante, por cuanto para el año 1994 no existía el deber de información, ni de realizar comparaciones entre los regímenes pensionales como tampoco ni de informar las desventajas del cambio de régimen. Por lo que como el demandante manifestó en el interrogatorio conocía varias características del régimen de ahorro individual y conforme a ello tenía suficiente información además de manifestar que le entregaron un folleto con la información, por lo que concluye que si existió una asesoría. En cuanto a las desventajas señala que ningún régimen pensional es bueno o malo, sino que tienen ventajas y desventajas por ser regímenes diferentes y el demandante conocía de la necesidad de incrementar el capital ahorrado. Solicitó respecto al traslado de los aportes que debió haberse hecho la discriminación respecto a los pagos de seguros de invalidez y sobrevivencia y los del fondo de garantía de pensión mínima, los que

deben ser trasladados debidamente indexados porque han sufrido depreciación por el paso del tiempo.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada: Indica que obran dentro del presente proceso medios de prueba suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen y no se observa vicio del consentimiento, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño lo indujo al traslado. Señala que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Considera que la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*".

Así las cosas, el objeto de estudio se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y respecto a los pagos de seguros de invalidez y sobrevivencia y al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de los documentos que reposan a folios 74 a 77 de fecha 24 de julio de 2019, donde COLPENSIONES da respuesta a

la solicitud de traslado al RAIS al RPM. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente el actor se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., al cual se trasladó desde el 1º de junio de 1994 (fl. 78). En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar la ineficacia el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, se observa que COLFONDOS S.A. presentó allanamiento a la demanda, como se indicó anteriormente y no aportó al proceso el formulario de afiliación que diligenció el demandante pero fue manifestado por el actor que suscribió el respectivo formulario, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la trabajadora, es importante recordar que a lo que se debe dar preeminencia para el momento del

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

traslado, es a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma, consciente y válida si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que el monto de la mesada pensional será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le correspondía a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), pues no bastaba que le informara las ventajas del régimen de ahorro individual como lo indica el recurrente, pues la entidad omitió informar de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional.

Argumenta el recurrente que conforme al interrogatorio de parte el actor conocía las diferencias entre los dos regímenes, lo que no fue valorado en la sentencia, por lo que se pasa a revisar la prueba recepcionada en primera instancia.

El señor CARLOS ANTONIO MAHECHA manifestó en el interrogatorio de parte que es psicólogo y labora en el Colegio Emilio Valenzuela desde 1989 donde laboraba cuando se cambió de régimen, que las razones por las que se cambió de régimen se debió a que en ese momento existían rumores que el ISS no podía pagar las pensiones y al Colegio fue un asesor, conocido de él y le explicó que la ventaja que tenía en el RAI era que podía saber cuanto tenía ahorrado porque le entregarían un extracto mensual y que la mesada pensional sería básicamente igual a la mesada cuando llegar el momento y que la pensión podía ser heredada por quien dispusiera en un testamento. Respecto al bono pensional le dijo que había solicitarlo a COLPENSIONES, lo que él hizo para enviarlo a COLFONDOS; le dijeron que era el dinero que había cotizado en el ISS, En cuanto a la forma como administraban sus ahorros le dijeron que era una cuenta de ahorro, pero no como se administraba;

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

que no le hicieron ninguna simulación pensional pero le entregaron un folleto que decía lo mismo que él comentó sobre que podía pensionarse antes haciendo aportes voluntarios, pero no de cómo se liquidaba. Que cuando le informaron que se podía devolver ya no podía por la edad. Que su principal inconformidad es que en el 2018 fue a COLFONDOS por curiosidad para que le hicieran una aproximación de su mesada y le hicieron el comparativo con el RPM y que él ya no se podía devolver, de lo que él no estaba informado y cuando preguntó le dijeron "pues demande". Que si vivía más de lo que cubría la cuenta le dijeron que había un seguro que cubría el tiempo que viviera de más. No le dijeron nada sobre capital mínimo, sino que si hacía aportes voluntarios podía pensionarse antes de cumplir la edad. Sobre los recursos financieros le dijeron que podían invertir el dinero y que esos rendimientos aumentaban el capital que tenía para la pensión. El formulario tenía los datos personales y que lo firmó voluntariamente. Que después no corroboró la información, que no se devolvió al ISS porque si los montos eran iguales, lo que era pasar la plata del bolsillo derecho al izquierdo.

De lo expuesto no es posible concluir que el actor tuviera conocimiento de aspectos relevantes para tomar la decisión de trasladarse de régimen, además de haberse generado un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL 2611–2020³) a la cual le correspondía demostrar por cualquier medio probatorio, que le informó al afiliado entre otras, el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectara, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de

³ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen

⁴ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

algún vicio del consentimiento como lo afirma la apoderada de Colpensiones en sus alegatos, para lo que se hace necesario resaltar que la AFP COLFONDOS S.A. se allanó a la demanda.

También para La Sala es importante resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber **siempre** ha existido (SL1452-2019⁵) y no como lo pretende COLPENSIONES, por lo que no es dable alegar la existencia de una manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional con la suscripción del formulario pues el afiliado no conocía de la incidencia que tenía en sus derechos prestacionales tal decisión, toda vez que son circunstancias que no demuestran la debida asesoría que le correspondía garantizar la AFP desde el momento de la afiliación a la administradora y **durante toda la vinculación**, pues ese deber nació desde la expedición de la Ley 100/93 y no con posterioridad, porque como bien se concluye de lo manifestó por el demandante en su interrogatorio de parte, no le indicaron las desventajas que le ocasionaba el traslado, información debió conocer cuando decidió trasladarse de régimen pensional y no después, toda vez que la normatividad señala que la selección del régimen pensional debe provenir de una elección **libre, voluntaria e informada** que le permita a la potencial afiliada entender y prever sus implicaciones desde ese momento, de lo contrario sus derechos se desconocerían, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia sentencia SL-12136 de fecha el 3 de septiembre de 2014.

Estas insuficiencias en la información no se subsanan por haber efectuado aportes al RAIS, ni por el hecho de que la demandante haya indicado en el interrogatorio de parte que recibió una asesoría, pues lo cierto es que no se demostró por ningún medio que se informara cuáles serían las desventajas y la conveniencia o no del traslado; lo que se demostró realmente, es que el afiliado no conocía las características del régimen que no le eran convenientes, pues no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la vinculación con la AFP. Entonces lo cierto es, que tales circunstancias no lo hacen conocedor de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional, pues era deber de la administradora probar el cumplimiento al deber de información, que como ya

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

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

⁵ *Frente al reclamo de la ineficacia del traslado de régimen pensional corresponde al juez no solo verificar la validez formal del formulario de afiliación, sino evaluar el cumplimiento del deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido.*

se mencionó **siempre** ha existido, tal como lo ha expresado en su reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia. A su vez es importante recordar que no es suficiente, el hecho de brindar información sobre las características generales de dicho régimen, pues esta información sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se hubiera puesto de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión del trabajador quizás hubiese sido distinta; razones por las que no son de recibo las manifestaciones de la recurrente respecto a la información oportuna clara y suficiente al afiliado antes del traslado de régimen, pues no le era dable al demandante, prever con antelación las consecuencias que le pudiera acarrear el traslado de régimen pensional ya que su decisión obedeció a una deficiente asesoría y falta de diligencia por parte de la AFP, pues este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019).

Para estos efectos se cita la sentencia SL4360-2019, en la que rememora las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, donde la SLCSJ precisó que: *"La sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*, por ende, cualquier quebranto al derecho del trabajador a afiliarse libre y voluntariamente a un régimen pensional, se debe sancionar con la ineficacia del acto, y una de las maneras de atentar contra éste derecho es precisamente con la falta de información para que el afiliado pueda entender los riesgos y consecuencias que no se le pusieron de presente al momento del traslado.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Al respecto ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a la AFP COLFONDOS S.A. devolver todos los gastos de administración acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como la demandada es la administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es ella la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, asumir a su cargo los deterioros sufridos o mermas sufridas por el bien administrado y destinado a la financiación de la pensión de vejez,

La orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada conforme a la sentencia SL2877-2020⁶ reiterado por la sentencia SL2877-2020, se funda en que los fondos privados deben devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, lo que incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los pagos para los seguros de invalidez y sobrevivencia, por lo que en este sentido se modificará la sentencia de primera instancia. (SL2877, SL 2611-2020, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

En cuanto a la indexación de dichos valores debe señalarse que no fue un aspecto que haya sido objeto de pretensión como para que pueda ser objeto de análisis, máxime, cuando quien la echa de menos no es la parte actora sino uno de los

⁶ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

extremos pasivos de la litis, que busca que una de las condenas impuestas a las otras co-demandadas, se amplíen sobre rubros no solicitados con la demanda,

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para **MODIFICAR el ordinal tercero** en el sentido de incluir dentro de los dineros a devolver a COLPENSIONES los gastos por concepto de seguros de invalidez, sobrevivientes y garantía de pensión mínima. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

COSTAS: La decisión respecto a las costas de primera se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de incluir dentro de los dineros que la AFP COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES los gastos efectuados por concepto de seguros de invalidez y sobrevivientes y garantía de pensión mínima.

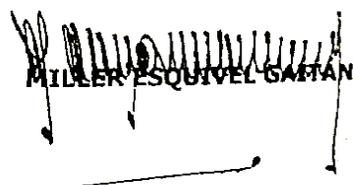
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de junio de 2021, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS: Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LÁZARO ALBERTO FREYTTER MOZO
CONTRA EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES
DE COLOMBIA. RAD. 2019 00549. JUZ 10.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LÁZARO ALBERTO FREYTTER MOZO demando al FONDO DE PASIVO SOAICLA DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 17.

- Se condene al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al pago de los reajustes anuales previstos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992
- Se condene al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al pago de las diferencias pensionales causadas como consecuencia del reajuste pensional previsto en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 incluso respecto de las mesadas de junio y diciembre debidamente indexadas desde la fecha de causación del derecho hasta la inclusión en nómina de pensionados.
- Facultades ultra y extra petita

- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 16 a 17 que se resumen de la siguiente manera:

- Indica que el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA asumió la carga prestacional de la empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
- Que el actor tuvo la calidad de trabajador oficial durante la relación laboral con FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y laboró al servicio de la entidad durante 6 años 6 meses y 19 días entre el 1º de septiembre de 1970 y el 30 de abril de 1977 cuando fue retirado de la empresa por presentar pérdida de su capacidad laboral y se ordenó reconocer la pensión de invalidez a partir del 1º de mayo de 1977 conforme a la Resolución 2721 del 14 de diciembre de 1977.
- Que la mesada pensional inicial fue de \$4.092,16
- Que nunca le fueron aplicado a su pensión de invalidez los reajustes previstos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, por lo que reclamó ante la entidad el pago de sus derechos lo que fue negado por la demandada infundadamente.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad el 26 de septiembre de 2019; notificada la accionada y corrido el traslado respectivo, contestó la demanda el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en la forma y términos del escrito visible a fls. 41 a 44.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó los hechos relacionados con la prestación del servicio y el reconocimiento de la pensión de invalidez y negó los hechos relacionados con los reajustes pretendidos.
- Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, la genérica, pago y falta de causa y título para pedir.

El proceso fue remitido al Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá conforme al auto del 27 de enero de 2021 en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11650 del 28 de octubre de 2020, por lo que el Juzgado en mención avocó el conocimiento del proceso mediante auto del 12 de abril de 2021.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 15 de julio de 2021 en la que NEGÓ las pretensiones de la demanda interpuestas por LÁZARO ALBERTO FREYTTER MOZO en contra del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y se abstuvo de analizar las excepciones propuestas por la demandada. Llegó a esta determinación luego de establecer que no es objeto de controversia el derecho pensional reconocido al demandante y que la prestación de invalidez no cuenta con el beneficio de la Ley 6 de 1992 artículo 116 y el Decreto 2108 de 1992, por cuanto estos se aplicaban a las pensiones de jubilación conforme al concepto No. 1233 de 2000 expedido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado lo que fue acogido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL-11058 de 2020 considerando que la pensión de invalidez no era objeto de los beneficios establecidos en las mencionadas normas. Por lo que como el demandante fue pensionado por Invalidez no es beneficiario de lo establecido en las normas citadas. Se abstuvo de analizar las excepciones propuestas por la demandada y no impuso condena en costas.

Recurso de apelación

Parte demandante: Interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que el actor cumple a cabalidad los requisitos para que le sean reconocidos los reajustes solicitados pues disfruta de la pensión del orden nacional con anterioridad al 1º de enero de 1989 y le fue reajustada la pensión con valores inferiores a los que le correspondían y que la declaratoria de inexequibilidad produjo efectos hacia el futuro y por ello esos reajustes constituyen un derecho adquirido. Por lo que considera que se están vulnerando los derechos constitucionales al demandante. Respecto a que no se aplican a las pensiones de invalidez señala que en sentencia Rad. No. 440305 del 14 de julio de 2007 del Consejo de Estado se determinó que aplicaba a todas las

pensiones al igual que la sentencia T-030 de 2011 y T-08 de 2011 que dejaron a salvo los reajustes pensionales causados durante la vigencia de las normas citadas. Señaló que todos los pensionados del sector público tienen derecho al reajuste pensional cuando el reajuste haya sido inferior al reajuste del salario mínimo legal para los años 1993 a 1995.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: “La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”

Status de Pensionado del Demandante

Conforme a la documental que obra a folio 10 de la demanda se tiene que al actor le fue reconocida pensión de invalidez por parte de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a partir del 1º de mayo de 1977.

Reajuste de la pensión.

Conforme a las pretensiones y hechos de la demanda la parte actora pretende se condene al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al pago de los reajustes anuales previstos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 y el consecuente pago de las diferencias pensionales causadas como consecuencia del reajuste pensional.

Conforme a ello, procede la Sala a analizar, si el actor tiene derecho al reajuste deprecado, para lo cual se observa que la norma que sirve de sustento a su pretensión fue declarada inexecutable por lo que rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en que, desapareció del mundo jurídico, aunque conservó sus efectos para las personas que bajo su vigencia adquirieron el derecho.

Para resolver se tiene en cuenta que, si bien el demandante ha citado en su recurso sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, también es cierto, que de manera reciente en un caso similar al aquí planteado, la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL-11058 de 2020, indicó lo siguiente:

"Revisado el expediente se observa que el demandante es beneficiario de una pensión de invalidez, situación que no contempla la norma, lo cual es señalado por el Concepto 1233 del 3 de marzo de 2000 de la Sala de Consulta (sic) del Consejo de Estado, en el que, se indicó que, " Los reajustes previstos en el artículo 116 de la ley 6a. de 1.992 y 1o. del decreto reglamentario 2108 del mismo año, se refieren únicamente a las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad al 1o. de enero de 1.989.", al considerar que "no es posible por vía de interpretación extender el beneficio a otras modalidades pensionales, como las de vejez, invalidez, incapacidad permanente parcial o pensión sanción, que tienen regulaciones especiales."

(...) Adicionalmente, la corte constitucional al declarar la inexecutable con efectos futuros, señaló que se aplicaría dicha norma a quienes habían adquirido el derecho y que por ineficiencia de las entidades encargadas del pago no se hubiere realizado el ajuste, situación que no ocurrió en el presente caso, porque la norma no previó que el ajuste se realizara para pensiones de invalidez."

En el presente caso, al actor le fue reconocida una pensión de invalidez como se indicó anteriormente, por lo que como la norma no previó el reajuste para las pensiones de invalidez, no le es aplicable al actor el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y el Decreto reglamentario 2108 de 1992, tal y como se indicó en la sentencia recurrida.

Por otra parte, se procede a verificar si en el asunto bajo estudio la entidad demandada realizó los ajustes legales, para lo que se observa que conforme a la constancia expedida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y que obra a folio 13, que acredita que al actor se le otorgaron los ajustes legales a la pensión de invalidez reconocida.

En razón a lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: La decisión de no condenar en costas de primera se confirma. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

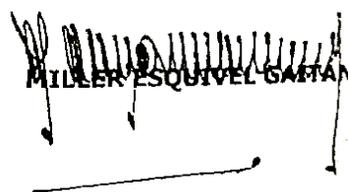
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Las costas de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRO FLOREZ BEDOYA CONTRA LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – COLFONDOS S.A. Rad. 2016 – 00026 01. Juz. 11º.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a proferir la siguiente

SENTENCIA

SANDRO FLOREZ BEDOYA demandó a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – COLFONDOS S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Se declare la nulidad parcial del dictamen 79590832 del 31 de enero de 2013 en cuanto a la fecha de estructuración
- Se declare que la fecha de estructuración de la invalidez es el 31 de agosto de 1999
- Se condene a la demandada COLFONDOS S.A. a reconocer la pensión de invalidez a partir del 31 de agosto de 1999
- Se condene al pago de las mesadas pensionales causadas hasta cuando sea incluido en nómina de pensionados con los reajustes de ley.
- Se condene a COLFONDOS al pago de los intereses de mora
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 7 los cuales se resumen de la siguiente manera: Se afilió al ISS en el año 1991 donde cotizó 82 semanas y en el año 1994 se trasladó al RAIS con CITY COLFONDOS y entre 1994 y 1999 cotizó 224 semanas.

A fines de 1998 y principios de 1999 empezó a presentar conductas extrañas, trastornos de pensamiento y percepción, por lo que fue degradado laboralmente y constreñido a renunciar de la empresa CELUMOVIL donde ocupaba un cargo directivo. En el año 1999 en Estados Unidos, sufrió un episodio psiquiátrico agudo por lo que fue detenido por la policía y llevado al Hospital de Alexandria VA USA y luego al Instituto de Salud Mental del Norte de Virginia por "psicosis aguda" y "esquizofrenia paranoide" el 1º de septiembre de 1999.

El 14 de marzo de 2011 MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA por solicitud de COLFONDOS S.A. expidió el dictamen No. 2190 en el que se determinó una PCL del 53,15% de origen común con fecha de estructuración el 5 de agosto de 2007, la que fue ratificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la que aumentó la PCL al 53,15%. Contra esta decisión interpuso los recursos de reposición y apelación los que confirmaron la decisión anterior. Considera que no se tuvo en cuenta la historia clínica de Estados Unidos, no calificaron los diagnósticos ni tuvieron en cuenta las estadísticas que demuestran que en promedio la patología demora 8 años en ser diagnosticada, como tampoco las declaraciones que acreditan que el actor la sufría mucho antes de viajar a Estados Unidos.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad el 6 de febrero de 2016 (fl. 74), notificadas las accionadas y corrido el traslado correspondiente, la contestaron de la siguiente manera:

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ como se lee a folios 78 a 102.

- Se opuso a las pretensiones
- Aceptó que en 1999 se dieron los síntomas de la enfermedad no diagnosticada y que el trastorno bipolar es una condición clínica de carácter cíclico no invalidante que solo llega a consolidar secuelas tras años de evolución. Aceptó los hechos relacionados con la crisis, hospitalización y diagnóstico en Estado Unidos, así como los episodios presentados en los años 1999, 2002 y 2007, situación invalidante a partir del año 2007 y los dictámenes proferidos, así como la forma en que fueron resueltos los recursos. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo las de legalidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum;

inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, carga de la prueba a cargo del contradictor; legalidad de la calificación; fundamentación médica de la fecha de estructuración; inexistencia de la obligación a cargo de la Junta Nacional; inexistencia de pretensiones; competencia del Juez Laboral; buena fe de la parte demandada y la genérica.

Por su parte COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó la demanda (folios 123 a 140)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Admitió la afiliación del demandante al RAIS y las semanas de cotización y los dictámenes que determinaron la pérdida de la capacidad laboral y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo las de validez del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, inexistencia de la obligación de reconocimiento de la pensión, exequibilidad del requisito de 50 semanas de cotización en los últimos tres años por no ser contrario al principio de progresividad, buena fe, prescripción, inexistencia de intereses moratorios y la innominada o genérica.

Se solicitó y ordenó el llamamiento en garantía de MAPFRE SEGUROS, SEGUROS BOLÍVAR, ALLIANZ SEGUROS Y AXA COLPATRIA, mediante auto del 11 de septiembre de 2016 (fl. 257)

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (fls. 289 a 299)

- Se opuso a las pretensiones y no se opuso ni se allanó a las pretensiones relacionadas con COLFONDOS S.A.
- Aceptó los hechos relacionados con la calificación de la invalidez y manifestó que no le constan los demás.
- Como excepciones de fondo propuso las de validez y ejecutoria del dictamen de fecha 31 de enero de 2013 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, cobro de lo no debido por ausencia de cobertura, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. (fls. 324 a 342)

- Se opuso a las pretensiones
- Aceptó el hecho relacionado con el dictamen y los recursos y que no le constan los demás hechos de la demanda.

- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho pretendido, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de las mesadas pensionales y la genérica.
- En cuanto al llamamiento en garantía aceptó la existencia de la póliza, se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía y propuso las mismas excepciones de fondo.

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. (fls. 370 a 380)

- Se opuso a las pretensiones.
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda
- Propuso como excepciones de fondo las de falta de prueba de los requisitos legales para acceder al derecho pretendido, prescripción, compensación y la genérica.
- Aceptó los hechos del llamamiento en garantía, no se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía y propuso como excepciones de fondo las de falta de prueba de la ocurrencia del siniestro, límites asegurados e inexistencia de cobertura para las obligaciones objeto del proceso.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. (fls. 395 a 412)

- Se opuso a las pretensiones
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda
- Propuso como excepciones de fondo las de inexigibilidad de las pretensiones deprecadas, falta de ausencia de los presupuestos legales para la declaratoria, prescripción, ausencia de argumentos técnicos o científicos para declarar la existencia de error grave en el dictamen y la genérica.
- Frente al escrito del llamamiento en garantía propuso como excepciones las de ausencia de los presupuestos legales o contractuales para la acreditación de la ocurrencia del siniestro, prescripción y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 8 de abril de 2021, en la cual absolvió a las demandadas. Declaró probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Absolvió a las llamadas en garantía y condenó en costas al demandante.

El Juez A-quo concluyó que no fue objeto de controversia la pérdida de la capacidad laboral del demandante y respecto a la fecha de estructuración de la invalidez, de

acuerdo a lo pretendido en la demanda los tres dictámenes aportados coincidieron en que la fecha data del 5 de agosto del año 2007. Citó la sentencia 84640 del 14 de octubre de 2020 respecto a que se deben analizar todas las pruebas en conjunto para determinar la situación del demandante, por lo que si bien el dictamen emitido por la Universidad Nacional de Colombia fls. 635 a 642 determinó como fecha de estructuración de la capacidad laboral del actor el 31 de agosto de 1999; conforme a la normatividad vigente, el dictamen de la Universidad Nacional no se ajustó al Decreto 917 de 1999, manual jurídico de calificación al que debe someterse, pues desconoció la tabla No. 12.4.5. que regula los trastornos afectivos, que califica las categorías que generan las deficiencias. El dictamen basó su decisión únicamente por el criterio dado en Estados Unidos, pero en 1999 ocurrió el primer episodio, lo que en la historia clínica no fue desconocido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Conforme a la normativa contenida en el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, la crisis grave se presentó con posterioridad, ya que para el año 1999 solo se presentó la primera crisis, por lo que la fecha de estructuración era la reconocida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el dictamen del 31 de enero de 2013, es decir el 5 de agosto de 2007. Conforme al Artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el demandante no cumplía el requisito de semanas de cotización, pues en los últimos 3 años, esto es, entre el 5 de agosto del año 2004 y el 2007 no había cotizado sino 6.42 semanas, por lo que absolvió a las demandadas.

APELACIÓN

La parte actora argumenta en su recurso que el peritaje de la Universidad Nacional soporta la invalidez desde el 31 de agosto de 1999 cumpliendo con el requisito de la Ley 100 de 1993, norma aplicable para la época. Que es cierto que no hay tarifa legal para la valoración de la prueba, por lo que se debe determinar la fecha en que se produjo la situación invalidante conforme a las pruebas aportadas. El suceso que se produjo el 31 de agosto de 1999 en Estados Unidos, hace parte integral en la historia clínica, por lo que se debe tener en cuenta que se trata de una enfermedad crónica y progresiva, para lo que la Corte Suprema de Justicia ha unificado criterios respecto a la estructuración de enfermedades crónicas degenerativas y congénitas como la del demandante, quien para entonces contaba con 27 años, lo que le impidió desarrollar sus capacidades laborales e intelectuales y lo obligó a emplearse en oficios varios cuando antes desempeñaba un cargo directivo. Cita para este efecto la sentencia SU-588 de 2016 en relación con la fecha de estructuración de estas enfermedades para que sea analizada la situación del demandante. Si se aplica la Ley 100 de 1993, se consolidaría el derecho a la pensión de invalidez por contar con el número de semanas requerido en dicha norma.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pidió que se revoque la decisión, por cuanto se demostró que existían trastornos médicos previos a lo que se determinó por parte de la junta de calificación, además de que es una enfermedad degenerativa, que es difícil de diagnosticar. Reiteró los demás argumentos esgrimidos en primera instancia.

Parte demandada:

MAPFRE.- Manifiesta que el dictamen emanado de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 63.15% y fecha de estructuración 05 de agosto de 2007, no contiene error grave, toda vez que la fecha de estructuración correspondía a la que en la historia clínica aparece documentada acorde con las condiciones críticas de salud mental que requirieron hospitalización y que corresponde al 05/08/2007. Conforme al artículo 3º del Decreto 917 de 1999, la fecha de estructuración es aquella “en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.” mientras que la fecha pretendida en el libelo gestor, fue la inicial de los síntomas, pero no la de pérdida de capacidad laboral. No existen antecedentes de que la patología se viniera padeciendo de tiempo atrás, por lo que no es de recibo pretender que el estado de invalidez surgió con el primer episodio o manifestación de su condición mental.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.- Solicita sea confirmada la decisión de primera instancia por cuanto no existen antecedentes de que la patología diagnosticada la viniera padeciendo de tiempo atrás, por lo que resulta desacertado concluir que la que padece el demandante, tenga la virtud de generar un estado de invalidez sólo con el primer episodio o manifestación de su condición mental y es claro que hubo con posterioridad al evento del 31 de agosto de 1999, un episodio crítico y relevante, el día 5 de agosto de 2007, por el cual, clínica y técnicamente, el actor alcanzó el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral. Agregó que para la fecha en la que el demandante estructuró su invalidez, esto es, 05 de agosto de 2007, la póliza del seguro de invalidez y sobrevivencia que en su momento contrató la AFP COLFONDOS, no estaba vigente, por lo que respecto de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. no recae ninguna obligación y en consecuencia, habrá de mantenerse su absolución.

SEGUROS BOLÍVAR.- Considera que el apelante no aportó ningún elemento de juicio o argumento adicional que permitiera desvirtuar las razones por las cuales el

Juzgado estimó que el Dictamen Nro. 79590832, emitido el 31 de enero de 2013 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, tiene una credibilidad superior al dictamen pericial presentado por la Universidad Nacional de Colombia, ya que como bien lo manifestó el Juzgado, la Tabla Nro. 12.4.5 del referido Decreto 917 de 1999 es la que determina las características y el grado de intensidad que debe revestir un “trastorno mayor del humor” para ser considerado leve, moderado o grave.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: “La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”.

No es tema de controversia, pues así está acreditado en el proceso con la prueba documental, que el demandante tiene una pérdida de la capacidad laboral del 53,15% (fl.48); que se trata de una enfermedad de origen común y que padece trastorno afectivo bipolar – episodio maniaco presente con síntomas psicóticos y otros trastornos específicos de la personalidad, conforme a la historia clínica y a los mencionados dictámenes.

Fecha de estructuración de la invalidez.- Lo que es objeto de controversia en este asunto es la fecha de estructuración de la invalidez, pues el demandante solicita se tenga como tal el 31 de agosto de 1999, fecha en que se dictaminó la enfermedad en los Estados Unidos, mientras que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez la fijó a partir del 5 de agosto de 2007 con fundamento en el Decreto 917 de 1999 tabla 12.4.5.

El mencionado Decreto señala en su artículo 3º lo siguiente;

"FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez."

La tabla contenida en el Decreto 917 de 1999 indica en su numeral 12.4.5 sobre "TRASTORNOS MAYORES DEL HUMOR (AFECTIVOS) ASOCIADOS O NO CON ALTERACIONES MENORES DEL HUMOR CATEGORÍAS DESCRIPCIÓN DE CRITERIOS % DEFICIENCIA" en que se fundamenta el dictamen de la Junta Nacional de Calificación, lo siguiente:

"Clase I (leve) El tiempo de duración de los episodios es mínimo de una a dos semanas, y en el período intercrítico hay remisión total, y La persona ha presentado hasta cuatro episodios, o el tiempo total de evolución del trastorno puede ser hasta 10 años, y Hallazgo actual: no hay síntomas importantes. Las funciones mentales están conservadas. 10%

Clase II (moderada). El tiempo de duración de los episodios es mínimo de una a dos semanas, o el estado dura 6 meses por lo menos, incluyendo el período intercrítico, y en el período intercrítico hay remisión total, o hay remisión parcial del trastorno mayor con presencia de alteraciones menores del humor, y La persona ha presentado más de cuatro episodios, o el tiempo total de evolución del trastorno es de más de 10 años, y Hallazgo actual: hay presencia de algunos síntomas mayores del afecto solamente, o hay moderada intensidad de los mismos. 20%

Clase III (grave). El trastorno dura un mínimo de dos años, incluyendo el período intercrítico. En el período intercrítico hay remisión parcial del episodio mayor con presencia de alteraciones menores del humor, y Hallazgo actual: hay presencia de alteraciones del humor, de mayor o menor intensidad. Se encuentran problemas a nivel de funciones mentales o algunas alteraciones de la percepción, el pensamiento, la motivación o el lenguaje. TRASTORNO BIPOLAR CON CICLAJE RÁPIDO: El trastorno tiene una duración de un año o más, y La persona ha presentado cuatro o más episodios, y Hallazgo actual: hay síntomas mayores del humor (maníacos o depresivos) de gran severidad, que interfieren con las funciones mentales o alteran la percepción, el pensamiento, la motivación y/o el lenguaje. 30%

Conforme a la documental aportada se tiene que MAPFRE COLOMBIA expidió el dictamen 2190 el 14 de marzo de 2011 (fl. 31 a 32) que calificó al actor con una PCL del 52,65% con fecha de estructuración el 5 de agosto de 2007, y allí se indica como diagnóstico "trastorno afectivo bipolar Clase III enfermedad progresiva e irreversible.

La Junta Regional de Invalidez expidió el dictamen 79590832 del 27 de mayo de 2011 en el que se modifica el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral al 53,15% con fecha de estructuración el 5 de agosto de 2007, con fundamento en el Decreto 917 de 1999. (fls. 34 a 37)

En el concepto pericial emitido por la Universidad Nacional de Colombia el 1º de agosto de 2018 (fl. 635 a 638), decretado como prueba dentro del presente proceso,

se determinó como fecha de estructuración de la PCL el día 31 de agosto de 1999, para lo que se indicó los siguiente:

*"Es claro. Desde el primer episodio en los Estados Unidos establecen en agosto de 1999 el Dx de **psicosis aguda, Trastorno afectivo bipolar, fase maniaca, con síntomas psicóticos, ideación suicida**, diagnósticos confirmados por el psiquiatra forense de la Corte de Virginia. Con este concepto la Corte del Distrito de Virginia determina: **Custodia y orden de detención** pues el paciente esta mentalmente enfermo, necesita hospitalización, presenta peligro inminente para sí mismo y para los demás. Seria enfermedad mental. **Incapaz de cuidar de sí mismo. Incapaz e inhábil para tomar tratamiento voluntario. Se expide orden judicial de detención temporal y lo declara: Discapacitado. Incapaz de conducir personalmente sus asuntos.** Juzgado enfermo mental por la Corte. En Colombia estos procesos de denominan juicio de interdicción y declaración de invalidez...."*

En este orden de ideas se advierte, que conforme a la tabla contenida en el Decreto 917 de 1999, para la calificación de esta enfermedad como Clase III grave, ésta debe tener una duración mínima de dos años, incluyendo el período intercrítico. Es necesario tener en cuenta que conforme a la historia clínica dicha condición solo se dio a partir del año 2009, razón por la que la fecha de estructuración de la invalidez se estableció a partir del 5 de agosto de 2007.

Al respecto la Sala tiene en cuenta lo establecido en la sentencia SU-588 de 2016 en que Corte Constitucional expuso lo siguiente:

"...una vez la competencia es asumida por las administradoras de fondos de pensiones, (independientemente del régimen pensional), es decir, cuando la persona solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a estas entidades les corresponderá verificar: (i) que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, (ii) que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas; y, (iii) que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y que la densidad de semanas aportadas permite establecer que el fin de la persona no es defraudar al Sistema.

En éste caso, el demandante padece una enfermedad degenerativa desde el año 1999 en que fue detenido por las autoridades en los Estados Unidos e internado por orden de la Corte de Virginia, la que lo declaró discapacitado e inhábil para cuidar

de sí mismo. Sin embargo el actor laboró por periodos intermitentes y efectuó cotizaciones incluso después del año 2007 y hasta el año 2011.

Así las cosas, es claro que no generó una pérdida de la capacidad laboral de manera inmediata, sino que con el paso del tiempo la enfermedad avanzó hasta el momento en que no pudo continuar laborando y por lo tanto la fecha consignada en el dictamen no se corresponde con la fecha en que efectivamente el actor perdió su capacidad laboral de manera definitiva, pues como se lee en el reporte de semanas de cotización (fls. 141 Y 142), el actor continuó cotizando después de la fecha de estructuración establecida en el dictamen de la Junta Nacional der Calificación, esto es, después del 5 de agosto de 2007, por lo que la fecha de estructuración es diferente de aquella en que efectivamente perdió su capacidad para trabajar de manera permanente y definitiva, es decir que mantuvo una capacidad laboral residual, por lo que tiene derecho a que se le reconozcan los aportes que realizó con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta el momento en que perdió su capacidad de trabajo de manera permanente y definitiva, que para el caso sería el 10 de abril de 2011, fecha hasta la cual cotizó como dependiente.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3275 de 2019 indicó:

*En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, **la data de la última cotización efectuada**, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario. En esa medida, se tiene que en el sub lite el juzgador de segundo grado no se equivocó al no acudir a la regla general contenida en la norma aplicable al asunto -Ley 860 de 2003- según la cual las semanas de cotización se contabilizan hasta la fecha de estructuración de la invalidez, tal como lo propone el censor, pues aquel evidenció que se trató de una especial circunstancia que hacía viable una excepción dado el padecimiento de una enfermedad «crónica y progresiva», como se explicó a espacio y, por tanto, era viable que tuviera en cuenta para ello la data en que la actora reclamó dicha prestación. (Negritas fuera de texto)*

Acorde con lo anterior y como se reitera que el actor cotizó hasta el mes de abril de 2011, se tendrá en cuenta la fecha de la última cotización para efectos de revisar si cumple los requisitos para obtener la pensión de invalidez, conforme a la norma que se encontraba vigente para el mes de abril de 2011, esto es la Ley 860 de 2003

Pensión de invalidez.-

En el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 se establecen como requisitos para obtener la Pensión de Invalidez que el afiliado haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Según la documental que obra a folio 29, 30, 141 y 142, el actor había cotizado en los tres años anteriores a la última cotización, esto es entre el 10 de abril de 2011 y el 10 de abril de 2008, un total de 85.08 semanas, es decir que cumple el requisito de las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la última cotización efectuada; además el actor venía cotizando con anterioridad aunque en forma discontinua desde el año 1994, por lo que no se evidencia un ánimo de defraudar al sistema de seguridad social.

Para determinar el monto de la pensión de invalidez se tiene en cuenta el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, por lo que la pensión sería el equivalente al 45 % del ingreso base de liquidación, toda vez que el actor no acreditó tener derecho al incremento del 1.5 % de dicho ingreso por cada 50 semanas de cotización ya que no había cotizado 500 semanas para el 10 de abril de 2011, y acorde con la disminución en su capacidad laboral, se encuentra entre los márgenes señalados en la norma para asignar este porcentaje, esto es, entre el 50% y el 66%.

El Ingreso Base de Liquidación (IBL) es el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años (2001 a 2011), salarios que actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE no alcanzan a superar el salario mínimo legal teniendo en cuenta que el porcentaje a reconocer es el 45%, por lo que se aplica al caso lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia se reconocerá la pensión en cuantía de un salario mínimo legal vigente a partir del 11 de abril de 2011 día siguiente a la última cotización efectuada.

Ahora, como la demandada COLFONDOS S.A. propuso la excepción de prescripción con fundamento en el artículo 15 del C.P.T., y no aparece en el proceso prueba de haber solicitado a COLFONDOS S.A. el reconocimiento pensional, se tendrá como fecha de reclamación la de presentación de la demanda que conforme al acta de reparto vista a folio 73, fue el 21 de enero de 2016, por lo que se declararán prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de enero de 2013.

En cuanto a los intereses de mora solicitados en la demanda, no se decretan, toda vez que como se indicó anteriormente, no fue solicitado a COLFONDOS S.A. el reconocimiento pensional, por lo que no hubo negativa por parte del fondo a reconocer la prestación y adicionalmente, solo hasta esta instancia se establece como fecha a partir de la cual se reconoce la pensión de invalidez el 11 de abril de 2011. En consecuencia se reconoce el derecho a la pensión de invalidez en aplicación de la jurisprudencia, a partir de dicha fecha. Por tal razón, no existe mora de la demandada en el reconocimiento de la prestación.

Por último, según lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 100 de 1993, la pensión de invalidez se financiará con los dineros de la cuenta individual de ahorro pensional del demandante y el bono pensional si a éste hay lugar y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual estará a cargo de la aseguradora con la que se contrató el seguro, que conforme a la documental obrante a folio 190, es MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. que tenía una cobertura entre el 1º de enero de 2009 y el 1º de enero de 2013.

Por lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar se declarará que el actor tiene derecho a la pensión de invalidez a partir del 11 de abril de 2011 por lo que se reconocerá la pensión de invalidez y se declarará probada la excepción de prescripción propuesta por COLFONDOS S.A. para las mesadas pensionales causadas antes del 21 de enero de 2013, pensión que será financiada como lo establece el artículo 70 de la Ley 100 de 1993 con la póliza que cubría los seguros de invalidez y sobrevivientes para esa época.

Costas. - Las de primera instancia se revocan y estarán a cargo de COLFONDOS S.A. Costas en esta instancia a cargo de las demandadas JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y COLFONDOS S.A.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de abril de 2021, y en su lugar se declara que se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de invalidez la última

cotización efectuada por el señor SANDRO FLÓREZ BEDOYA, esto es el 10 de abril de 2011, conforme a lo expuesto anteriormente.

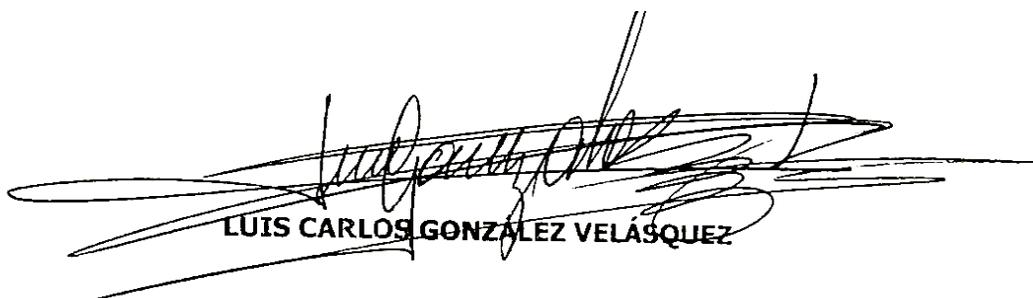
SEGUNDO. – CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a reconocer al actor SANDRO FLOREZ la pensión de invalidez a partir del 11 de abril de 2011 en cuantía inicial de un salario mínimo legal vigente con los reajustes de ley correspondientes.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada COLFONDOS S.A. para las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de enero de 2013.

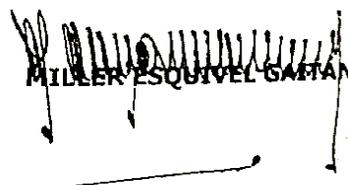
CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, quien financiará el faltante para la pensión de invalidez del actor, conforme a la póliza vista a folio 190

QUINTO: Costas de primera instancia se revocan y en su lugar se condena en costas de primera instancia a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y a COLFONDOS S.A. Costas en esta instancia a cargo de las mismas demandadas. Se fija como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/ (\$500.000)

Notifíquese y cúmplase


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA HERMINDA APARICIO ANGARITA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE. Rad. 2018 00330 01 Juz. 18.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARIA HERMINDA APARICIO ANGARITA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folio 6 expediente digital.

- Reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la señora MARÍA HERMINDA APARICIO ANGARITA por el fallecimiento de su cónyuge CLÍMACO MEJÍA NAVA a partir del 27 de noviembre de 2015.
- Intereses moratorios.
- Actualización de las sumas adeudadas
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 6 y 7. Manifiesta que contrajo matrimonio con el señor Clímaco Mejía Nava el 30 de julio de 1982 y que mediante Resolución 21434 del 12 de junio de 2013 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2013 en cuantía de \$902.450. Informa que el pensionado falleció el 27 de noviembre de 2015 por lo que presentó solicitud de

reconocimiento pensional el 22 de diciembre de 2015 y la señora ROSA GUERRERO SILVA se presentó en calidad de compañera permanente.

Que COLPENSIONES le negó la prestación con el argumento de no haber demostrado la convivencia durante los últimos 5 años a la fecha del fallecimiento por lo que presentó acción de tutela la que ordenó el reconocimiento pensional de manera transitoria, por lo que la demandada dio cumplimiento al fallo de tutela y expidió la Resolución SUB 41892 que redistribuyó la mesada pensional de \$1.050.625, en porcentaje del 52,24% para la actora y el 47,76% para la compañera permanente.

Que el causante convivió con la demandante de forma permanente durante 48 años, y que contrajeron matrimonio el 30 de julio de 1982 y procrearon dos hijos. Que era beneficiaria en salud del pensionado, pero que por motivos de salud se trasladó en julio de 2011 a la vivienda de su hermano MANUEL MEJÍA por cuanto la demandante es una persona de avanzada edad a la que se le hacía difícil hacerse cargo de su esposo conforme a las declaraciones aportadas.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad el 16 de agosto de 2018 (fl.162) notificada COLPENSIONES, LA VINCULADA ROSA ESTELA GUERRERO SILVA y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y se corrió el traslado respectivo.

La **demandada COLPENSIONES** contestó la demanda en los términos del escrito visible en folio 180 a 192 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con las documentales aportadas al proceso y manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y la innominada o genérica.

La vinculada **ROSA ESTELA GUERRERO SILVA**, no contestó la demanda, como se indica en el auto de fecha 15 de octubre de 2020.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Primero Transitorio del Circuito de Bogotá a quien fue remitido el proceso por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 18 de julio de 2021 en la cual declaró que la señora MARIA HERMINDA APARICIO ANGARITA tiene derecho a la sustitución pensional con ocasión de la muerte de su cónyuge CLIMACO MEJIA NAVA, desde el 27 de noviembre de 2015, en un porcentaje del 52,24% del valor de la pensión reconocida a favor del esposo fallecido y condenó a COLPENSIONES a pagar la pensión de sobrevivientes a favor de MARIA HERMINDA APARICIO ANGARITA en la forma antes indicada con el retroactivo indexado, autorizando a COLPENSIONES a descontar las mesadas ya reconocidas y pagadas a favor de la demandante, en virtud del fallo de tutela que ordenó el reconocimiento del beneficio pensional de manera transitoria. Igualmente autorizó que del retroactivo pensional generado se realicen los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud y absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones invocadas por la demandante, así como declaró no probadas las excepciones propuestas y no impuso condena en costas.

Llegó a esa determinación después de tener en cuenta que la norma a aplicar era la vigente a la fecha del fallecimiento del causante que fue el 27 de noviembre de 2015 (fl.15) por lo que la norma a aplicar era la ley 797 de 2003. Anotó que la actora contrajo matrimonio con el causante el 30 de junio de 1982 y probó el requisito de la convivencia conforme al folio 95 del expediente administrativo y la declaración que en vida realizó el causante en la Notaría 5ª. Del Circuito de Bogotá, incluso la declaración de la señora Rosa Estella Guerrero Silva (compañera permanente), quien señaló que después de pensionado el causante se fue a vivir a la finca en el Llano que era en sociedad con su hermano, lo que es acorde con lo manifestado por la hija de la pareja en su declaración.

En cuanto a la señora ROSA ESTELLA GUERRERO SILVA indicó que no existió controversia respecto al derecho a la sustitución pensional y que la demandada tampoco reprochó el reconocimiento que hizo COLPENSIONES a la demandante, no se entraba a analizar su reconocimiento.

En consonancia con lo manifestado, condenó a COLPENSIONES a pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARIA HERMINDA APARICIO ANGARITA a partir del 27 de noviembre de 2015, en un porcentaje del 52,24% del valor de la pensión reconocida a favor de pensionado, retroactivo que debía ser pagado debidamente indexado y autorizó a COLPENSIONES a descontar las mesadas ya reconocidas y pagadas a favor de la demandante, en virtud del fallo de tutela que ordenó el reconocimiento del beneficio pensional de manera transitoria; así mismo autorizó que del retroactivo pensional generado desde el 27 de noviembre de 2015, se realicen los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud. Absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones invocadas por la demandante y declaró no probadas las excepciones propuestas sin imponer condena en costas.

Recursos de apelación.-

La demandante: Presentó recurso de apelación por cuanto no está de acuerdo con el no reconocimiento de los intereses de mora, por cuanto la norma es clara en indicar cuáles son los requisitos para el reconocimiento pensional y ello se demostró ante COLPENSIONES como era la demostración que el vínculo matrimonial continuaba vigente, por lo que el derecho no estaba en discusión y por lo tanto era un deber legal de COLPENSIONES reconocer la pensión a la demandante.

LA DEMANDADA COLPENSIONES. No interpuso recurso alguno.

La litis consorcio Necesaria ROSA ESTELLA GUERRERO.- No interpuso recurso.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pidió se ordene el pago de los intereses moratorios por cuanto COLPENSIONES no fue diligente en el reconocimiento oportuno de la pensión de sobrevivientes a la que tenía derecho la actora.

Parte demandada: Solicitó se revoque la decisión, en razón a que la actora no demostró cumplir con los requisitos establecidos en la Ley para acceder al beneficio prestacional.

La litis consorcio Necesaria Rosa Estella Guerrero: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación presentados por las partes en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

No es tema de controversia, además de encontrarse acreditado en el proceso con la prueba documental que obra en el expediente digital, que la demandante contrajo matrimonio con el causante CLÍMACO DE JESÚS MEJÍA NAVA el 30 de julio de 1982 (fl. 24) quien se encontraba pensionado; que él falleció el 27 de noviembre de 2015 (fl. 32); que procrearon dos hijas (fl.34 y 36)

Reclamación Administrativa.-

Se encuentra acreditado este requisito con la Resolución GNR 56003 del 22 de febrero de 2016 (fl.52 a 57)

Sustitución pensional. -

En cuanto a la sustitución pensional, tal y como lo indicó la sentencia recurrida, la norma a tener en cuenta para resolver es la vigente a la fecha de fallecimiento del pensionado señor CLÍMACO DE JESÚS MEJÍA NAVA que lo fue el 27 de noviembre de 2015, por lo que la Ley vigente era la 797 de 2003. Lo anterior, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, según las cuales la norma aplicable a las solicitudes de sustitución pensional es la vigente al momento de fallecimiento del causante (SU-108 de 2020).

Conforme a ello, se pasa a revisar si con las pruebas aportadas al proceso se acreditó el cumplimiento de los requisitos para tener derecho al reconocimiento pensional, esto es, lo establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que se encontraba vigente al momento en que falleció el pensionado y que dispone:

"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 (...)

Acorde con lo anterior, se tiene en cuenta que al haber acreditado con la prueba documental que su vínculo matrimonial se encontraba vigente debe tenerse en cuenta lo dispuesto en las sentencias SL-5141 de 2019 y SL-1476 de 2020, que indicaron:

"En torno a la discusión jurídica planteada por la recurrente, conviene precisar que esta Sala ha indicado que a efectos de verificar el cumplimiento del requisito de la convivencia, el juzgador debe, en cada caso, analizar la vigencia del vínculo marital o conyugal y sus particularidades (ver Sentencia CSJ SL 1399-2018), entendido este, más allá de la mera denominación formal que en el derecho de familia se le otorgue (matrimonial, unión marital, sociedad conyugal, sociedad patrimonial, etc), o de eventos donde existan separaciones de cuerpos transitorias, «en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares», pues lo que a efectos de la protección del derecho de la seguridad social incumbe, es demostrar si entre la pareja perduraron esos «lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja» (ver Sentencia CSJ SL 1399-2018).

En este caso la señora María Herminda Aparicio (85 años), padece demencia senil (historia clínica) manifestó que es la esposa de Clímaco Mejía, que no recuerda la fecha desde cuando convivieron ni la fecha de fallecimiento del causante, que procreó 2 hijos Blanca y Liliana, que vivían en Bogotá en el Barrio Camelia, que ella no laboraba, pero cosía y era ama de casa, no tenían sino la casa donde vivían. Que su esposo estuvo enfermo en varias oportunidades cuando vivían en Trinidad Galán en el barrio Camelia, fue al sepelio de su esposo, pero no recuerda la fecha ni las personas que asistieron. Dice que un tiempo no vivieron porque ella estaba enferma y no podía cuidarlo. Conoce a la señora Rosa Estella Guerrero, pero no sabe de la relación entre ellos porque vivían en diferentes ciudades, pero cree que tenía una relación, que su esposo en un tiempo estuvo allá, pero no sabe cuánto tiempo.

La testigo ANA BERTILDA ACOSTA manifestó que conoce a la demandante hace más de 40 años, vivía con el señor Clímaco Mejía desde que los conoció, vivió en la casa de ellos, en el segundo piso, desde hace unos 35 años en el barrio Camelia, sabe que tuvieron dos hijas, que el señor Clímaco se pensionó y luego se fue a la finca que era herencia de los padres y pasaba mucho allá y venía a la casa y respondía por los gastos del hogar. No conoce a Rosa Estella Guerrero. Respecto a la salud del señor Clímaco dice que estuvo hospitalizado varias veces, no recuerda la fecha del fallecimiento y que por la salud de ella no lo podía cuidar, por lo que se fue a vivir donde un hermano de él pero no recuerda la fecha, pero sabe que falleció en la casa de la hija de Rosa Estella Guerrero.

BLANCA JACKELINE MEJÍA APRAICIO, hija de la pareja, manifestó que sus padres convivieron inicialmente en unión libre y luego se casaron. Que su padre tenía problemas de salud y lo operaron en varias ocasiones y a raíz de eso se fue a vivir en casa de un tío en el Llano por facilidad para su cuidado desde hacía 5 años, se comunicaban y venía a la casa a visitarla cada 15 días y salían a hacer mercado. Que siempre tuvo lotes y le dejaron una herencia en el campo en el Llano y por eso viajaba desde siempre, pero que mantuvieron la relación. Que en la enfermedad lo cuidó su hermana menor y en la convalecencia lo llevaron a casa de la hija de Rosa Estella Guerrero, que también era hija de él, que fue donde falleció.

De lo anterior, se puede concluir que en efecto la demandante acreditó el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la sustitución pensional en proporción al tiempo de convivencia que corresponde al 52,24% del valor que recibía

por concepto de mesada pensional el causante, pues acreditó que mantuvo convivencia con el pensionado hasta el 21 de julio de 2011 (fl.95 expediente administrativo).

Parte demandante.- Presenta su inconformidad respecto a los intereses de mora. Al respecto la jurisprudencia ha establecido que 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; porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley o cuando la pensión se reconoce en virtud de una interpretación normativa más favorable, criterio que aplica en aquellos eventos donde la pensión es reconocida en sede judicial, después de que hubiere sido negada por una Administradora de Fondos de Pensiones, cuando la negativa de la demandada se sustentó con sujeción a las leyes no es procedente la condena al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En este caso el derecho para el reconocimiento pensional, existían razones atendibles para que la demandada no reconociera la pensión pues en la reclamación administrativa no se demostró la convivencia como se indicó en la Resolución aportada al proceso, razón por la cual no procede tal condena.

Por lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

Costas. – Se confirman las costas impuestas en primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de QUINIETOS MIL PESOS (\$500.000)

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá (antes Juzgado 18 Laboral del Circuito) el

día 18 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS se confirman las de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la demandante. Se fija como agencias en derecho la suma equivalente a QUINIENTOS MIL PESOS. (\$500.000).

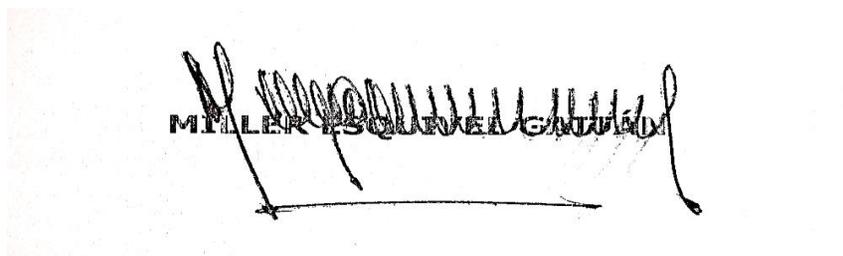
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

(ACLARA VOTO)

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ STELLA GAVIRIA CANO contra la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP. RAD. 2019 00322 01 JUZ 18.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

LUZ STELLA GAVIRIA CANO demandó a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl 3.

- Se declare que la demandante tiene derecho a la aplicación del retén social establecido en la Ley 790 de 2002 toda vez que para tener derecho a la pensión faltaban menos de 3 años.
- Reconocimiento de la pensión a partir del 1º de junio de 2015 conforme al artículo 98 de la Convención convencional suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL.
- Se condene a la UGPP a liquidar y pagar la Pensión teniendo en cuenta una tasa de Reemplazo equivalente al 100% del promedio de lo percibido durante los últimos tres (03) años de servicio.

- Se condene a la UGPP a reconocer y pagar los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y 195 del C.P.A.C.A. a partir del 1º de junio de 2015 y hasta que se verifique el pago.
- Indexación
- Facultades ultra y extra petita
- Costas y agencias en derecho

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones se describen a fls.3 y 4. Indica que nació en 1954 por lo que cumplió los 50 años el 19 de junio de 2004 y laboró con el ISS un total de 1.396 semanas equivalentes a 19 años, 7 meses y 16 días. Que sumado el tiempo de servicios y el del retén social da un total de 1018 semanas que equivalen a 20 años y 8 días durante el cual ostentó la calidad de Trabajador Oficial.

Menciona que entre la Organización Sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL y el ISS se suscribió una convención colectiva de trabajo el 1 de octubre de 2001 cuya vigencia va más allá de 2017 conforme la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 39808 del 29 de noviembre de 2011

Cita diferentes sentencias sobre la aplicación del retén social y la convención colectiva y por último, manifestó respecto al agotamiento de la reclamación administrativa que el 19 de enero de 2019 radicó solicitud de reconocimiento de la pensión convencional, lo que no ha sido respondido por la UGPP.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de junio de 2019 (fl. 77) y notificada la demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; corrido el traslado respectivo, la accionada UGPP contestó la demanda en la forma y términos del escrito visible a fls. 82 a 92.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó los hechos relacionados con el cumplimiento de la edad, existencia de la convención colectiva, la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión a la UGPP y que no le constan, no son ciertos o no son hechos los demás.

- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho en el ordenamiento jurídico vigente, prescripción, inexistencia de la obligación por incompatibilidad de intereses moratorios e indexación, no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público y buena fe de la demandada.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha en la cual dispuso absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora. Remitió el expediente en el grado jurisdiccional de consulta por cuanto no fue objeto de apelación.

Llegó a tal determinación al observar que la información laboral está contenida en los documentos visibles a folios 20 y 26, así como la afiliación a la organización sindical (fl. 27) y que fue aportada al proceso convención colectiva que conforme al artículo 98 concedía la pensión convencional a los trabajadores que cumplieran los requisitos allí establecidos, convención que se entiende prorrogada automáticamente, pero se extinguía el 30 de julio de 2010. Sin embargo, señaló que conforme a la jurisprudencia el término inicialmente pactado en las convenciones si bien no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, si en ellas se previó un término superior se respetaría ese término, aunque superara el límite del 31 de julio de 2010 por tratarse de derechos adquiridos, aunque no estén consolidados, acorde con lo dispuesto en la sentencia 3635/20.

Revisada la documental aportada para determinar si la demandante cumplía los requisitos convencionales, consideró conforme a la documental vista a folio 20 y 26 y la Resolución obrante a fls. 132 y 133, la accionante laboró 1009 semanas, lo que incluso fue admitido por la demandante en el hecho 2º de la demanda, por lo que no acredita haber laborado 20 años de servicios para tener derecho a la prestación reclamada.

Advirtió que no es posible tener en cuenta el tiempo que la faltaba para cumplir los 20 años de servicios en aplicación de la Ley 797 de 2002, otorgando el retén social, pues si bien en la demanda se manifiesta que ella se encontraba en el retén social, lo cierto es que no acreditó haber sido reubicada conforme al retén social para

cumplir los 20 años de servicios, razón por la que absolvió a la demandada y condenó en costas a la parte actora.

Consulta

El proceso fue remitido en el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, por cuanto la sentencia fue completamente desfavorable a la trabajadora y no se interpusieron recursos de apelación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pidió la revocatoria de la decisión, por cuanto sostiene que cumple con los requisitos para acceder a la prestación convencional, ya que gozaba de la calidad de pre pensionada, lo cual le permitía ser sujeto de especial protección y se le aplicara el retén social, ya que acreditó 19 años de servicio al ISS y tenía la edad dispuesta en la convención para acceder al beneficio.

Parte demandada: Afirmó que la demandante no cumplió el requisito de tiempo de servicios para acceder a la pensión convencional, por ende, no le asiste el derecho solicitado, razón por la cual, pidió la confirmación de la decisión.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la documental vista a folios 17 y 18 mediante la cual se acredita que presentó ante a la UGPP solicitud de reconocimiento de la pensión convencional, por lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Vigencia de la convención y cumplimiento de requisitos

Se precisa que, el problema jurídico planteado consiste en determinar si la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL para efectos de reconocer la pensión de jubilación, rigió con posterioridad al 1º de

julio de 2010 y en caso afirmativo, si la demandante cumplió los requisitos allí exigidos. Adicionalmente, establecer si tiene derecho a la aplicación del retén social para tener en cuenta el tiempo faltante a efectos de acreditar el cumplimiento del requisito de tiempo de servicios para el reconocimiento pensional, toda vez que es claro que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva pues así se acredita por parte de la organización sindical como consta en la certificación vista a folio 27.

Para resolver sobre la vigencia de la convención colectiva, se tendrá en cuenta lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3635 del 16 de diciembre de 2020, donde indicó:

"De la literalidad de las citadas cláusulas se extrae que en materia jubilaria las partes previeron una vigencia posterior a aquella establecida de forma general, tal como lo determinó esta Sala en sentencia CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 39808, que reiteró la CSJ SL, 14 sep. 2010, rad. 35588, en la que señaló:

Ahora bien, el Tribunal incurrió en otro yerro fáctico derivado de la errónea apreciación de la Convención Colectiva 2001- 2004, al no darse cuenta que ésta tuvo vigencia para los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E.s, (sic) más allá del 31 de octubre de 2004.

Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha. (...) Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.

(...)

Este razonamiento está acorde con el criterio sostenido por la Sala en sentencia de 14 de septiembre de 2010, rad. N° 35588 donde en un caso similar al presente y analizando la misma Convención, sostuvo:

"Armonizando estas dos disposiciones (artículo 2 y 98), ejercicio que el Tribunal, pese a que valoró la convención colectiva, no hizo, pues apreció de manera parcial el artículo segundo, se concluye que el derecho a la pensión de jubilación consagrado en el artículo 98, se hallaba vigente para quienes ostentaran la condición de trabajadores oficiales para el 21 de enero de 2005,

fecha en la que la actora cumplió con los requisitos exigidos en esa norma, esto es, 20 años de servicio y 50 años de edad”.

(...)

“En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia.”

De conformidad con lo expuesto como las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, esta tenía vigencia hasta el año 2017, se pasa a revisar si la demandante cumplió dentro del plazo pactado en la convención los requisitos para adquirir la prestación solicitada.

El artículo 98 en mención otorga la pensión de jubilación al trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, quien tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al ciento por ciento (100%) del promedio de lo percibido en el periodo que se indica para cada grupo de trabajadores oficiales.

Está acreditado que cumplió los 50 años el 10 de julio del año 2004 como se deduce del registro civil de nacimiento que obra a folio 14, por lo que se revisa el cumplimiento del requisito de tiempo de servicios, esto es 20 años, para lo que la demandante solicita se aplique el retén social.

Se demuestra con la prueba documental aportada a folio 20 que la actora laboró con el ISS desde el 15 de agosto de 1995 y hasta el 31 de marzo de 2015 como ayudante de servicios administrativos, lo que concuerda con lo indicado en la Resolución RDP 016310 del 29 de mayo de 2019 mediante la cual se toman como tiempos laborados al ISS un total de 1009 semanas (CD fl. 116 documento 1), es decir que, no cumplió el requisito de tiempo de servicios.

Ahora, en cuanto al retén social, aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en la condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública y cuya protección está llamada a ser aplicada cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado, debe tenerse en cuenta que en el presente caso, la demandante no acreditó en el proceso haber hecho uso de esta protección y por lo tanto no fue reubicada para continuar prestando sus servicios por el tiempo que le faltaba para cumplir el requisito del tiempo de servicios.

No puede considerarse que ahora que reclama la pensión, pretenda se tenga en cuenta la figura del retén social para que se contabilice el tiempo que le faltaba para cumplir el requisito de tiempo de servicios, toda vez que la figura del retén social, consiste en una estabilidad laboral que se otorga entre otros a los prepensionados como una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, para **no ser desvinculados de sus cargos** cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez para lo cual debe acreditar la calidad de prepensionado y que existe una afectación de los derechos fundamentales, es decir, que lo pretendido con esta figura es que el prepensionado pueda continuar laborando para cumplir los requisitos para la pensión y no como lo pretende la parte actora, que no obstante no haber prestado los servicios se contabilice el tiempo faltante para tal efecto, pues el requisito exigido en la convención es en tiempo de servicios.

Conforme a lo expuesto, se **CONFIRMA** la sentencia consultada

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de enero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia.

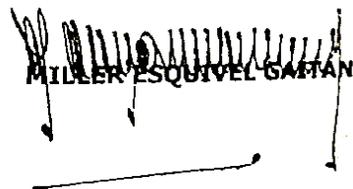
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA JOSEFINA VARGAS DE PIZA
CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL - UGPP. Rad. 2015 00788 01 Juz. 19.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARIA JOSEFINA VARGAS DE PIZA demandó a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM (Sustituida procesalmente por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP), para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folio 80.

- Se reconozca la sustitución pensional a partir del 21 de abril de 2013, fecha de fallecimiento de su esposo CARLOS HERNY PIZA HUERTAS.
- Reconocimiento y pago del valor del retroactivo por las mesadas causadas.
- Intereses moratorios.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 80 vuelto y 81. Manifiesta que contrajo matrimonio con CARLOS HENRY PIZA HUERTAS el 30 de abril de 1968 quien falleció el 21 de abril de 2013. Informa que la Caja Nacional de Previsión Social CAPRECOM reconoció a Carlos Henry Piza Huertas la pensión de jubilación a través de Resolución 2590 del 02 de diciembre de 1992 por lo que a su fallecimiento se

generó a favor de la actora el derecho de sustitución pensional debido a su calidad de cónyuge del causante. Indica que la demandante nació el 14 de abril de 1950 y el 29 de abril de 2013 radicó una solicitud de sustitución pensional a CAPRECOM, aportando las documentales correspondientes para demostrar que era la esposa del fallecido, pero mediante la resolución 002337 del 10 de diciembre de 2013 la entidad accionada reconoció el 100% de la pensión a Elsy Romero Quintero, en su calidad de compañera permanente, decisión contra la que presentó recurso de reposición que fue resuelta desfavorablemente. Manifiesta que hasta los últimos días de vida del causante dependía de él y continuaban con su relación sentimental así como la convivencia.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 86) notificada la UGPP y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP y a CAPRECOM, se dispuso mediante auto del 19 de diciembre de 2016 (fl. 153) tener como litis consorte necesario a la señora ELSY ROMERO QUINTERO.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, contestó la demanda en los términos del escrito visible en folios. 116 a 121.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha en que CAPRECOM reconoció la pensión de jubilación al causante Carlos Piza Huertas, la petición de sustitución pensional realizada por la actora, la respuesta rechazando su solicitud, y el recurso presentado contra su contestación negativa. Negó los demás hechos de la demanda.
- Formuló como excepciones de mérito las de buena fe, legalidad de los actos administrativos demandados, prescripción, imposibilidad para la entidad de reconocer la pensión por falta de competencia, inexistencia de las obligaciones reclamadas frente a la entidad demandada, falta de título y causa para pedir en la parte demandante y la excepción genérica.

La litisconsorte necesaria **ELSY ROMERO QUINTERO**, en los términos del escrito visible en folios. 161 a 173.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha en que contrajeron matrimonio la actora y el causante, la fecha de nacimiento de la demandante, la pensión reconocida por CAPRECOM a Carlos Piza Huertas y su fecha de fallecimiento, la solicitud de sustitución pensional realizada por la demandante, la respuesta en que se otorgó el 100% de la pensión a Elsy Quintero, el recurso presentado y su resolución, pero no aceptó los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de falta de causa para pedir, validez del acto atacado y la excepción genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 17 de julio de 2020 en la cual condenó a la demanda UGPP a reconocer y pagar a la demandante MARIA JOSEFINA VARGAS DE PIZA la sustitución pensional por ocasión del fallecimiento de su cónyuge a partir del 21 de abril del 2013, en cuantía igual al 100% de la mesada que venía percibiendo el causante al momento del deceso con los respectivos ajustes legales, junto a los retroactivos, autorizando a la entidad realizar los correspondientes descuentos legales por salud, además declaró probada parcialmente la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas frente a la UGPP y no probadas las demás excepciones propuestas, condenó en costas a la UGPP y la litisconsorte necesaria Elsy Romero Quintero en favor de la actora y adicionó la sentencia en el sentido de absolver a la UGPP de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Llegó a esa determinación al advertir que no hubo discusión sobre la pensión de jubilación que ostentaba el causante, la cual fue reconocida por CAPRECOM, hoy representada por la UGPP y que la norma aplicable a la sustitución es la vigente al fallecimiento del pensionado, esto es, los artículos 46, 47 y 48 de la ley 100 de 1993, modificados por la ley 797 de 2003. Indicó que los testimonios aportados al proceso solo dan certeza de la relación sentimental que tenían la actora y el fallecido junto a las visitas esporádicas que hacia este último para recoger a su hija, pero sí se

demonstró con las demás pruebas aportadas que el causante contaba con sociedad conyugal vigente con María Josefina Vargas al momento de su muerte, y que habían convivido por más de 5 años.

Respecto a la señora Elsy Romero Quintero, manifestó que aunque se demostró con las documentales aportadas que tuvo una convivencia con el causante, no se acreditó de forma clara la fecha de inicio de la convivencia y tampoco que esta haya sido en los 5 años exigidos por la ley, acorde a lo establecido en el proceso presentado por la litisconsorte necesaria de radicado 038 del 2014.

Frente a los intereses moratorios señaló que en este caso no se realizó el pago con fundamentos jurídicamente atendibles, en razón a que se esperaba que el sistema judicial decidiera quien tiene derecho al reconocimiento de la prestación, por lo que no se generó una mora en el pago y frente a la excepción de prescripción indicó que no transcurrió el termino trienal para que surtiera sus efectos, ya que el fallecimiento del pensionado ocurrió en el año 2013 y la demanda se radicó en el año 2015.

Recursos de apelación

LA DEMANDANTE : Presentó recurso de apelación por cuanto no está de acuerdo con el no reconocimiento de los intereses de mora, teniendo en cuenta que la entidad demandada no dio aplicación a lo estipulado en el artículo 6 de la ley 1204 del 2008 al momento en que existió la controversia de las peticionarias con motivo del fallecimiento del señor Piza Huertas, por lo que el reproche está sustentado en que si bien es cierto cuando hay controversias se debe suspender el pago pensional, en esperas de que sea jurisdicción ordinaria que defina de fondo esa controversia, también lo es, que esa orden de suspensión del pago de la mesada pensional solamente se hizo el 15 de marzo del 2017, siendo esta una conducta negativa por parte de la entidad previsional o pensional, quien no da aplicación a la ley que le ordenaba suspender el pago de la mesada pensional desde el momento en que surgió la controversia, esto es desde el año 2013.

LA DEMANDADA UGPP: Interpone el recurso de apelación contra la sentencia proferida por cuanto considera que las pretensiones de la demanda no deben prosperar ya que la actora María Josefina Vargas de Piza, no logró demostrar dentro del plenario la convivencia efectiva con el causante y por lo tanto la única

manifestación o evidencia para tener derecho surge de la documental como prueba de vínculo matrimonial con el causante. Resalta que la actora frente a la convivencia efectiva con el causante no ofrece certeza de la existencia de vínculo alguno que pudiera unir a la causante por lo menos dentro de los últimos 5 años de vida de este, tal como efectivamente se exige del artículo 13 de la ley 797 de 2003. Así mismo, frente a la condena en costas resalta que la UGPP es una entidad netamente administrativa y no tiene facultades para evaluar las pruebas allegadas a un procedimiento, a un expediente, razón por la cual es indispensable que sea la justicia laboral la que dirima si existió o no el derecho reclamado, por lo que no puede ser condenada al pago de costas

LA LITISCONSORTE NECESARIA ELSY ROMERO QUINTERO Interpone recurso de apelación por considerar que en el proceso se desconoció que convivió con el causante desde agosto de 1972 hasta la fecha de su fallecimiento, unión dentro de la cual procreó 4 hijos dentro de los cuales hay 1 fallecido, que la señora Elsy dependía económicamente del causante y a causa del fallecimiento a quedado en el total desamparo. Adicionalmente indica que se debió aplicar la condición más beneficiosa en materia pensional, esto es el régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990, que según el artículo 29 únicamente debía demostrar 3 años de convivencia o el otro requisito era haber procreado hijos con el causante conforme la sentencia SU 005 del 2018.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: MARIA JOSEFINA VARGAS DE PIZA, solicita se confirme la sentencia condenatoria teniendo en cuenta a que se demostró de manera plena, los requisitos para la obtención del reconocimiento de su prestación económica, pero manifiesta su inconformidad respecto a que no se impuso condena al pago de intereses moratorios toda vez que la entidad demandada no dio aplicación a la ley 1204 de 2008 de dejar en suspenso la prestación económica, para así dar paso de inmediato a la reclamación judicial pues a pesar de conocer la controversia entre peticionarias, reconoce el derecho pensional en favor de la señora ELSY, actuación que considera ilegal y que genera el pago de los intereses de mora.

Parte demandada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, señala que al expedir los actos administrativos demandados, es decir, las Resoluciones No. 002337 del 10 de diciembre de 2013 y No. 000360 del 17 de marzo de 2014, no se incurrió en ninguna violación de orden jurídico que implique acceder a la nulidad del mencionado acto, en la medida que la parte actora no logró comprobar los requisitos exigidos en las normas vigentes al momento del fallecimiento del pensionado para ser beneficiaria de la pensión, lo que tampoco logró probar en el proceso pues frente a la convivencia efectiva con el causante las pruebas no ofrecen certeza, es decir, que no demostró vinculó que la uniera con el causante por lo menos dentro de los últimos 5 años de vida de éste. Señala que los desprendibles de pago de pensión del causante CARLOS HENRY PIZA HUERTAS no constituyen prueba fehaciente para acreditar la convivencia, como tampoco las fotografías familiares allegadas ya que estas son de los años 1995, 1997 y no cercanas a la fecha de la muerte del causante. En cuanto a las declaraciones extra-proceso, manifiesta que en ella no se establecen de manera precisa los extremos de convivencia y adicionalmente se observa que existía demanda de alimentos impetrada por la demandante desde el año 2000.

Manifiesta que la prestación le fue reconocida a la señora ELSY ROMERO QUINTERO, en calidad de compañera permanente al acreditar convivencia con el pensionado fallecido por espacio de 20 años para lo que cita las sentencias SL10624 con rad. 51815 del 11 de agosto de 2015; 36135 del 2009, 42828, 37799 y 39887 del 2011.

En cuanto a las costas indica que la UGPP no es competente para resolver el conflicto sino la justicia por lo que no es comprensible que se condene en costas, toda vez que no se actuó de mala fe y adicionalmente se debía tramitar el proceso ordinario ante el operador judicial por presentarse dos personas a reclamar la pensión.

LA LITISCONSORTE NECESARIA ELSY ROMERO QUINTERO: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación presentados por las partes en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance

establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

No es tema de controversia, además de encontrarse acreditado en el proceso con la prueba documental, que al causante CARLOS HENRY PIZA HUERTAS se le reconoció por parte de CAPRECOM la pensión de jubilación por servicios prestados al Estado (fls. 63 a 65); que había contraído matrimonio con la demandante el 30 de abril de 1978 (fl.24) y que falleció el 21 de abril de 2013 conforme al certificado de defunción visto a folio 25.

Igualmente se acreditó que mediante la Resolución 002337 del 10 de diciembre de 2013 CAPRECOM le negó a la actora el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y dispuso el reconocimiento pensional a la señora ELSY ROMERO QUINTERO a partir del 22 de abril de 2013 en cuantía inicial de \$1.950.710 (fl. 10 a 16), decisión contra la que se interpuso el recurso de apelación que fue decidido en forma negativa mediante Resolución 0360 del 17 de marzo de 2014.

SUSTITUCIÓN PENSIONAL

En cuanto a la sustitución pensional la norma a tener en cuenta para resolver es la vigente a la fecha de fallecimiento del pensionado señor CARLOS HENRY PIZA HUERTAS que lo fue el 21 de abril de 2013 y no como lo pretende el apoderado de la llamada como litisconsorte necesario, señora Elsy Romero Quintero, en cuanto a que se aplique el Acuerdo 049 de 1990, por ser más beneficiosa, toda vez que ello sería desconocer los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social vigentes y en este caso el pensionado falleció en el año 2013 por lo que la Ley vigente era la 797 de 2003. Lo anterior, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, según las cuales la norma aplicable a las solicitudes de sustitución pensional es la vigente al momento de fallecimiento del causante (SU-108 de 2020) por lo que no es de recibo lo solicitado en cuanto a la aplicación de la sentencia SU-005 de 2018.

Conforme a ello, se pasa a revisar si con las pruebas aportadas al proceso se acreditó el cumplimiento de los requisitos para tener derecho al reconocimiento pensional,

esto es, lo establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que se encontraba vigente al momento en que falleció el pensionado y que dispone:

"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 (...)

Acorde con lo anterior y como la demandada UGPP se encuentra inconforme con la decisión de primera instancia por considerar que la demandante María Josefina Vargas de Piza, no logró demostrar dentro del plenario la convivencia efectiva con el causante, se revisarán las pruebas aportadas al proceso a fin de determinar si las reclamantes cumplieron el requisito de convivencia en la forma indicada en la norma citada, para tener derecho a la prestación solicitada.

Respecto a la señora ELSY ROMERO QUINTERO se indica en el recurso que se desconoció que convivió con el causante desde agosto de 1972 hasta la fecha de su fallecimiento, unión dentro de la cual procreó 4 hijos uno de ellos fallecido y que la señora Elsy dependía económicamente del causante, por lo que revisados los testimonios de Virginia Cáceres Vásquez y Ana Mery Vargas de Moreno se observa que no aportan claridad respecto a la convivencia de la pareja durante los últimos 5 años pues su conocimiento se limita a las visitas esporádicas que realizaban a hogar y no manifestaron tener un conocimiento real de la relación sentimental entre la pareja, ya que solo se visitaban esporádicamente y no dieron certeza respecto a la fecha de inicio de la relación aunque si de la convivencia al momento del del fallecimiento del señor Piza Huertas.

En cuanto a la certificación de la Junta de Acción Comunal respecto a que el causante residía junto con la señora Elsy Romero Quintero (fl.193) en la Manzana L casa 7 del municipio de Lérida Tolima hace 27 años, ello no acredita la convivencia como pareja durante los últimos 5 años requeridos en la Ley, pues revisadas las pruebas en su conjunto con las otras documentales allegadas al proceso, como son la admisión del

proceso de alimentos de la señora Elsy en contra del causante de fecha 9 de julio de 1992 (fl.39) para el pago de alimentos de sus hijos Jacqueline, Elsy, John y Pedro Piza Romero, permite presumir que para ese momento no existía la convivencia de la pareja, como tampoco se acreditó con las fotografías que obran a folios 177 a 185 ya que no es posible determinar la fecha real en que fueron tomadas y no constituyen prueba suficiente para establecer la convivencia efectiva durante los últimos cinco años. Pero principalmente, porque una vez escuchada la audiencia realizada por el Tribunal Superior Sala Civil Familia de Ibagué que profirió sentencia en segunda instancia dentro del proceso Rad. No. 2014-038 de Unión Marital de Hecho que adelantó la señora ELSY, se tiene que allí se modificó la sentencia del Juzgado Promiscuo de Familia de Lérida y declaró la existencia de la unión marital de hecho entre el 30 de septiembre de 2011 al 21 de abril de 2013 fecha del fallecimiento del señor PIZA HUERTAS, esto es por 1 año 6 meses y 21 días, antes de su fallecimiento. (fl.221).

Lo anterior concuerda con los documentos allegados a folios 186 a 192 que corresponden a certificaciones y extractos expedidos durante los años de 2011 a 2013, periodo igual al que fue reconocido en el proceso de unión marital de hecho y con el registro de defunción según el cual el señor Piza Huertas falleció en la ciudad de Ibagué y no en Facatativá que es el lugar de residencia de la señora Josefina Vargas de Piza como se desprende de la documental por ella aportada.

Así las cosas, debe confirmarse la decisión del A-quo cuando consideró que no le asiste derecho a la señora ELSY ROMERO QUINTERO para el reconocimiento de la sustitución pensional, toda vez que no acreditó la convivencia con el causante durante los últimos cinco años, sino únicamente 1 año, 6 meses y 21 días, por lo que en caso de aplicarse una norma anterior a la Ley 797 de 2003, tampoco cumpliría con el requisito de tiempo de convivencia.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, en su recurso señala que la parte actora (MARÍA JOSEFINA VARGAS DE PIZA) no logró probar los requisitos exigidos en las normas vigentes al momento del fallecimiento del pensionado para ser beneficiaria de la pensión pues frente a la convivencia efectiva con el causante las pruebas no ofrecen certeza; que los desprendibles de pago de pensión del causante CARLOS HENRY PIZA HUERTAS no

constituyen prueba de la convivencia y adicionalmente observa que existía demanda de alimentos impetrada por la demandante desde el año 2000.

La señora MARÍA JOSEFINA VARGAS DE PIZA no solicitó con la demanda la práctica de testimonios por lo que se analizará la prueba documental aportada como es el registro civil de matrimonio que obra a folio 24 con el que se acredita que contrajo matrimonio con el causante el 30 de abril de 1968; también los registros de nacimiento de los cuatro hijos de la pareja durante los años 1969 y 1979 y documentales que obran a folio 38 a 40 conforme a la cual había presentado demanda de alimentos en contra del causante, razón por la que se decretó el embargo del salario del señor Piza Huertas el 27 de julio de 1992 para el pago de alimentos de Alison Cecilia Piza Vargas, lo que permite presumir que para mediados de 1992 la pareja ya no estaba conviviendo.

Igualmente, se aportó como prueba la documental que obra a folios 50 y 51, conforme a la cual la señora VARGAS DE PIZA presentó el 10 de julio del año 2000 la terminación del proceso de alimentos que adelantaba en contra de su esposo y manifiesta que nuevamente están haciendo vida marital, lo que constituye la única prueba de convivencia posterior al año 1992 sin que se pueda establecer hasta que momento se dio esta segunda parte de la convivencia y en consecuencia debe decirse que la demandante demostró que convivió con el causante, por lo menos desde el 30 de abril de 1968 fecha del matrimonio hasta julio del año 1992 en que presentó la demanda de alimentos, es decir por un periodo de 24 años y en consecuencia como le correspondía acreditar la convivencia durante un periodo de cinco años en cualquier tiempo por ser la cónyuge con sociedad conyugal vigente, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, tal y como fue ordenado en la sentencia, por lo que en este aspecto habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

Parte demandante.- Presenta su inconformidad respecto a los intereses de mora para lo cual argumenta que cuando existe controversia se debe suspender el pago pensional, en espera de que la jurisdicción ordinaria defina de fondo la controversia, lo que no hizo la demandada sino hasta el 15 de marzo del 2017, siendo esta una conducta negativa por lo que considera procede la condena pretendida. La jurisprudencia ha establecido que 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; porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley o cuando la pensión se reconoce en virtud de una interpretación normativa más favorable, criterio que aplica en aquellos eventos donde la pensión es reconocida en sede judicial, después de que hubiere sido negada por una Administradora de Fondos de Pensiones, cuando la negativa de la demandada se sustentó con sujeción a las leyes como sucede en este caso, no es procedente la condena al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que el hecho de haber suspendido con posterioridad el reconocimiento de la pensión a la señora Elsy Romero no genera intereses de mora a cargo de la demandada.

Costas.- En cuanto a las costas indica que la UGPP no era la competente para resolver el conflicto sino la justicia ordinaria por lo que no considera comprensible que se le condene en costas, toda vez que no se actuó de mala fe.

Sobre este punto ha de señalarse que la condena en costas se impone a quien fue vencido en el proceso, por lo que no se hace necesario que se analicen aspectos como la buena o mala fe, ni la competencia para resolver sobre la sustitución pensional cuando existen varias reclamantes y en consecuencia es procedente imponer dicha condena.

Por lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

Costas. – Se confirman las costas impuestas en primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la UGPP. Se fijan como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de julio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS SE CONFIRMAN las de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la UGPP. Se fija como agencias en derecho la suma equivalente a UN MILLON DE PESOS. (\$1.000.000).

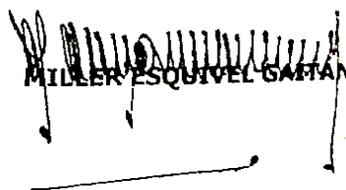
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAFTÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JESUS HELÍ FRANCO HENAO CONTRA LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Rad. 2019 00270 01 Juz 21.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JESUS HELÍ FRANCO HENAO demandó a LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios 52 a 53.

- A COLPENSIONES a informar a la NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la actualización de la historia laboral del actor para la expedición del bono pensional correspondiente
- Devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos financieros.
- A expedir y pagar del Bono pensional Tipo A.
- Intereses moratorios.
- Intereses remunerados y sancionatorios del artículo 10 del decreto 1299 de 1994.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 53 a 55. Indica que el accionante nació el 03 de mayo de 1956 y cotizó al ISS, hoy COLPENSIONES un total de 691 semanas entre el 27 de enero de 1975 al 31 de marzo de 2009. Indica que en el reporte expedido por PORVENIR solo se tienen en cuenta 555 semanas cotizadas de las cuales 48 semanas son cotizadas a PORVENIR y 507 a COLPENSIONES. El día 08 de mayo 2018 presentó solicitud de devolución de saldos, incluyendo el valor del bono pensional TIPO A, a la AFP PORVENIR, la le fue negada, por lo que presentó ante esta entidad formularios para la corrección de su historia laboral y el 18 de julio de 2018 solicitó ante PORVENIR y COLPENSIONES se remitiera al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la información de los periodos cotizados de manera actualizada, sin embargo, pese a que Colpensiones realizó la corrección en la historia laboral no se remitió dicho informe a al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Informa que el 19 de Julio del 2018 se petición al Ministerio de Hacienda se corrigiera el archivo laboral, pero el 13 de agosto de 2018 la entidad respondió indicando que COLPENSIONES era la entidad encargada de esa labor. Manifiesta que en razón a la ausencia de corrección de la historia laboral no le han realizado la devolución de saldos ni la entrega del valor del bono pensional Tipo A.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 67) notificadas las demandadas y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, dieron contestaron de la siguiente manera:

COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en folios. 71 a 76.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, las semanas cotizadas al ISS en el periodo del 27 de enero de 1975 al 31 de marzo de 2009, la solicitud de corrección de historia laboral realizada ante esta entidad el 18 de julio de 2018, y la corrección realizada por COLPENSIONES. Manifestó que no le constan los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, no

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica o innominada.

La demandada **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** contestó la demanda en los términos del escrito visible en folios. 82 a 86.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la petición radicada a esta entidad y su respectiva respuesta. Manifestó que no lo constan los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de falta de litisconsorcio necesario e inexistencia de la obligación.

La demandada **PORVENIR S.A.**, dio respuesta en los términos del escrito visible en folios. 116 a 124.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, el reporte de semanas cotizadas expedido por esta entidad, la respuesta negativa de PORVENIR a la solicitud de devolución de saldos y pago del Bono Pensional Tipo A, la solicitud de corrección de historia laboral presentada ante PORVENIR, y la contestación generada por el Ministerio de Hacienda el 13 de agosto de 2018 correspondiente a la corrección de la historia laboral y que no le constan los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de la AFP PORVENIR S.A., hecho exclusivo de un tercero, petición antes de tiempo, prescripción y la genérica o innominada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el día 2 de septiembre de 2020 en la cual absolvió a las demandadas, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la de falta de causa para pedir, y condenó en costas al demandante.

Llegó a esa determinación al advertir que conforme al acervo probatorio el actor se afilió al régimen de prima media el 27 de enero de 1975, seguido a esto se trasladó al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. el 18 de octubre de 1994 y retornó a COLPENSIONES el 01 de mayo de 1998 y se trasladó nuevamente a PORVENIR S.A. el 08 de junio de 2009, por lo que los periodos que se deben tener en cuenta para el bono pensional solicitado son únicamente los correspondientes hasta el 01 de noviembre de 1994, fecha en que se hizo efectivo el primer traslado de régimen, ya las cotizaciones efectuadas con posterioridad a dicha data no hacen parte de la liquidación del bono pensional. Aunado a lo anterior, evidenció con las documentales aportadas al proceso que COLPENSIONES entregó a la AFP PORVENIR S.A. la totalidad de los aportes cotizados por motivo de los traslados realizados al RAIS, y en el proceso se acreditó el pago del bono pensional TIPO A mediante la resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público No. 19203 del 20 de febrero del 2019, el cual fue incluido en la devolución de saldos realizada por PORVENIR S.A., que fue por un total de \$82.906.652.

CONSULTA

El proceso fue remitido para conocer en el grado jurisdiccional de CONSULTA por cuanto la sentencia fue totalmente adversa al afiliado demandante en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y no fue interpuesto recurso alguno.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada.

COLPENSIONES: Solicitó la confirmación de la decisión por cuanto los periodos contabilizables para la expedición del bono pensional son hasta el 1 de noviembre de 1994, los posteriores ya hacen parte de cotizaciones realizadas tanto en el RPM como en el RAIS, por lo que no procede la reliquidación solicitada.

PORVENIR: Pidió la confirmación de la decisión, reiteró los argumentos esgrimidos en primera instancia e indicó que han actuado conforme a la Ley.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Se procede a revisar el presente asunto en el Grado jurisdiccional de consulta conforme lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.-

Se encuentra acreditada con la reclamación ante COLPENSIONES conforme a la documental que obra a folios 30 a 32 del expediente de fecha 18 de julio de 2018.

AFILIACIÓN.-

Conforme a la documental aportada por la parte actora se acredita que el actor nació el 3 de mayo de 1956, y estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES y al régimen de ahorro individual por diferentes periodos a cada uno (CD. fl. 125)

BONO PENSIONAL.-

Solicita el demandante se expida el bono pensional Tipo A teniendo en cuenta un total de 691 semanas que fueron cotizadas al régimen de prima media y no las 340 semanas que fueron tenidas en cuenta.

Al respecto se observa que el bono pensional fue redimido mediante Resolución No. 19203 del 20 de febrero de 2019 (fl. 93 a 95) expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la cual emitió el bono pensional con destino al régimen de ahorro individual por un periodo de afiliación al régimen de prima media comprendido entre el 27 de enero de 1975 y el 1º de noviembre de 1994 (fl. 92) por la suma de \$65.353.000y que fue cancelado a la AFP PORVENIR S.A. y contabilizado en la cuenta de ahorro individual del actor (fl. 167). Además, se efectuó un pago el 19 de noviembre de 2011 por la suma de \$14.772.054 por concepto de

devolución de saldos y \$2.702.037 de fecha 28 de febrero de 2019 por el mismo concepto.

Para determinar si se debe corregir la historia laboral y si el actor tiene derecho a la expedición del bono pensional en la forma indicada en la demanda, es decir, por 691 semanas de cotización, se tiene en cuenta que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para establecer la metodología, procedimiento y plazos para la expedición de los bonos pensionales y el artículo 11 del Decreto 1299 de 1994 regula la procedencia de la redención del bono pensional estableciendo que se redimirá cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional; cuando se cause la pensión de invalidez y cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993. Por su parte el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995 establece como determinar la fecha de referencia para la redención del bono pensional

En el caso en estudio, de conformidad con la documental aportada al proceso el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media conforme al expediente administrativo (CD. fl. 125), según el cual el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media desde el 27 de enero de 1975 y se trasladó a PORVENIR S.A. a partir del 1º de noviembre de 1994; posteriormente regresó al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES a partir del 1º de mayo de 1998 y nuevamente se traslada a PORVENIR S.A. a partir del 1º de agosto de 2009.

Así las cosas, permaneció en COLPENSIONES en dos periodos: Un primer periodo comprendido entre el 27 de enero de 1975 y el 1º de noviembre de 1994 y un segundo periodo entre el 1º de mayo de 1998 y el 31 de julio de 2009, por lo que para la expedición del bono pensional tipo A, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1833 de 2016 que señala:

"ARTÍCULO 2.2.16.1.14. Fecha de Corte. En concordancia con lo señalado en el artículo 2.2.16.7.18. De este decreto, en cualquier caso, ya se trate de servidores públicos o trabajadores del sector privado, la fecha de corte de los bonos pensionales corresponderá a la de la primera selección de régimen efectuada a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, aunque posteriormente se hayan producido traslados entre los diferentes regímenes.

Para las personas que al 1º de abril de 1994 se encontraban inactivas con el ISS, hoy Colpensiones y en vigencia del Sistema General de Pensiones seleccionaron al citado Instituto y con posterioridad se trasladaron al RAIS, se entenderá como fecha de corte de los Bonos A, la fecha de la primera selección de régimen pensional, es decir la afiliación al ISS, hoy Colpensiones.

En concordancia con lo señalado en el artículo 2.2.16.7.18. del presente decreto, en aquellos casos en que proceda el traslado del RPM al RAIS y no haya lugar a la emisión de bono pensional, la entidad respectiva deberá efectuar el traslado del valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, hoy Colpensiones, con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, hoy Colpensiones, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los períodos respectivos.

Acorde con la norma en cita, el bono pensional a que tenía derecho el demandante correspondía al primer periodo cotizado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES por cuanto la fecha de corte era "la de la primera selección de régimen efectuada a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, aunque posteriormente se hayan producido traslados entre los diferentes regímenes", lo cual sucedió el 1º de noviembre de 1994 por lo que el bono se redimió como se observa en Resolución 19203 del 20 de febrero de 2019 (fl. 93 a 95) por un valor de \$65.353.000 liquidado sobre 341 semanas cotizadas al RPM entre el 27 de enero de 1975 y el 1º de noviembre de 1994

Lo anterior, por cuanto respecto al siguiente periodo de afiliación al régimen de prima media con prestación definida, esto es entre el 1º de mayo de 1998 y el 31 de julio de 2009 (fl 161 vuelto) lo que correspondía era efectuar "el traslado del valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de Colpensiones, con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los períodos respectivos", como en efecto lo realizó COLPENSIONES al hacer la devolución de aportes a PORVENIR S.A, lo que acredita con la certificación expedida por la AFP y vista a folio 167 vuelto por valores de \$14.772.054 y \$2.702.037.

En la liquidación del bono pensional (fl. 90 a 92) se tuvo en cuenta un numero de 340 semanas y no de 691 como lo solicita la parte actora, pues se reitera, que se

liquidó sobre el periodo cotizado al régimen de prima media hasta el 1º de noviembre de 1994, y teniendo cuenta el art. 2.2.16.1.14. del Decreto 1833 de 2016 y art. 11 de Decreto 3996 de 2008, por lo que las cotizaciones efectuadas entre 1997 y 2009 que es el segundo periodo de afiliación al régimen de prima media, no pueden hacer parte del bono mencionado y en consecuencia no había lugar a tenerlos en cuenta para la expedición del bono.

Conforme a lo expuesto, habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia objeto de CONSULTA.

Costas.- Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

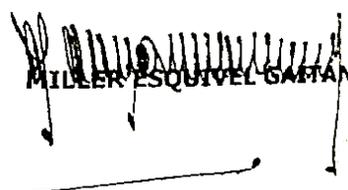
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN CARLOS TÉLLEZ TAVERA contra ASIMETRIC S.A.S. y sus socios MÓNICA ESPERANZA FINO GALLEGO y HOSMAN JAVIER ÁLVAREZ CAPOTE. Rad. 2018–00250 01. Juz. 26.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JUAN CARLOS TÉLLEZ TAVERA demandó a ASIMETRIC S.A.S. y a sus socios MÓNICA ESPERANZA FINO GALLEGO y HOSMAN JAVIER ÁLVAREZ CAPOTE, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 10 a 12.

- Se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de marzo de 2014 al 18 de noviembre de 2017 con un salario de \$2.283.000
- Se declare que el auxilio de movilidad percibido durante toda la relación laboral constituye factor salarial
- Se declare que el contrato de trabajo terminó por incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del empleador.
- Se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, aportes a seguridad social y demás derechos.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 5 a 10. Manifiesta que el demandante prestaba sus servicios a la empresa ASIMETRIC S.A.S. mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de mayo de 2014 hasta el 18 de noviembre de 2017 en el cargo de "Director Técnico Metrólogo Jefe Operativo" de la empresa.

Indica que en la cláusula segunda del contrato de trabajo se acordó la suma de \$650.000 mensuales como salario, más la suma de \$1.410.000 como "auxilio de celular, movilización y viáticos" que no constituyen factor salarial; cláusula que es ineficaz.

Que en los desprendibles de nómina se evidencia el salario real devengado por el demandante donde se observa que en algunos desprendibles se indican como concepto "pagos extralegales", "auxilio de movilización" pese a que eran permanentes y tenían vocación de enriquecer el patrimonio del trabajador. Que en el mes de julio de 2015 la empresa decidió escindir los pagos en dos desprendibles de nómina, separando el salario básico y el auxilio de transporte del auxilio de movilización y pagos extralegales. Manifiesta que presentó carta de renuncia motivada en el incumplimiento contractual y legal por parte de la empresa al no pagar los salarios y prestaciones sociales correspondientes, configurando de esta forma el despido indirecto por no pago de los salarios de julio a noviembre de 2017, así como las demás prestaciones desde el año 2014.

Que el 29 de febrero de 2016 la empresa expidió certificación donde indica que el salario era de \$2.057.000 y el 12 de febrero de 2018 expidió certificación indicando que el último salario era la suma de \$1.400.000. Por último, indica que el 21 de febrero de 2018 envió requerimiento para el pago de sus acreencias, lo que no ha sido cancelado por la demandada.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad el 30 de julio de 2018 (fl 109), notificada la demanda y corrido el traslado respectivo, la parte pasiva contestó la demanda de la siguiente manera:

ASIMETRIC S.A.S. y sus socios MÓNICA ESPERANZA FINO GALLEGO y HOSMAN JAVIER ÁLVAREZ CAPOTE (fls. 131 a 146)

- Se opusieron a las pretensiones de la demanda
- Aceptaron los hechos relacionados con la existencia del contrato de trabajo y la fecha de inicio y que desempeñó las funciones hasta el 18 de noviembre de 2017. Aceptaron la existencia de la cláusula de la exclusión salarial y las certificaciones expedidas por la empresa, así como la reclamación del trabajador y manifestaron que no son ciertos los demás hechos de la demanda.

- Como excepciones de fondo plantearon las de exclusión o terminación del proceso a favor de los socios por falta de responsabilidad en el pago de acreencias laborales en cabeza de la sociedad; excepción frente al pago de indemnización moratoria por la buena fe del empleador; pago total de acreencias laborales y compensación de cuentas con el trabajador; no reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, ni base para la liquidación del contrato de trabajo, teniendo en cuenta el auxilio de celular, movilización y viáticos como factor salarial; la genérica y pago parcial de acreencias laborales.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 16 de febrero de 2021 en la cual dispuso declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor Juan Carlos Téllez Tavera y la sociedad ASIMETRIC S.A.S desde el 13 de marzo del 2014 y hasta el 18 de noviembre del 2017 y condenó a la demandada ASIMETRIC S.A.S a pagar al señor Juan Carlos Téllez Tavera, de forma indexada, las siguientes sumas de dinero:

- DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$2.660.000) por concepto de salarios adeudados.
- TRES MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRECIENTOS TREINTA TRES MIL PESOS (\$3.887.333) por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

Declaró probadas las excepciones denominadas exclusión, terminación del proceso a favor de los socios por falta de responsabilidad en el pago de acreencias laborales en cabeza de la sociedad; excepción frente al pago de la indemnización moratoria por buena fe del empleador y no reliquidación de primas, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, ni base para la liquidación del contrato de trabajo, teniendo en cuenta el auxilio del celular, movilización y viáticos como factor salarial y no probados los demás medios propuestos. Absolvió a ASIMETRIC S.A.S de las demás pretensiones incoadas en su contra, así como a los demandados Mónica Esperanza Fino Gallego y Hosman Javier Álvarez de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandada ASIMETRIC S.A.S. Llegó a esta determinación luego de revisar las pruebas allegadas al proceso, conforme a las cuales concluyó que el ingreso del demandante no tenía una proporción lógica con los pagos excluidos de factor salarial, como retribución de sus servicios teniendo en cuenta las sentencias SL-39475 de 2012 y SL-1279 de 2018, pero señaló que de forma expresa se pactó que el auxilio de celular movilización y viáticos son eran

constitutivos de salario lo cual fue aceptado en el interrogatorio de parte que absolvió el demandante y que cuando hacían viajes se hacía una revisión de los gastos adicionales y para ello se pasaba cuenta de cobro para tener un soporte contable y estos pagos eran diferentes a lo extra legal y no eran permanentes y que para visitar a los clientes tenía que desplazarse para lo que utilizaba su motocicleta.

Por lo anterior, consideró que estos dineros eran para que el trabajador pudiera realizar sus labores y no para enriquecer su patrimonio, ya que la demandada demostró que la certificación laboral se hizo como un favor para conseguir una tarjeta de crédito, además que dicho valor era el que realmente devengaba el demandante, aunque una parte no era factor salarial, por lo que señaló que los auxilios otorgados conforme al artículo 15 de la Ley 50 de 1990 no eran para enriquecer el patrimonio del demandante y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda, pues estos auxilios eran destinados a que el trabajador pudiera realizar las funciones propias del cargo. En cuanto a los salarios insolutos indicó que con los documentos que obran a folios 144 a 150 se probó que la demandada quedó adeudando el pago de dos meses y medio de salarios lo cual fue aceptado por el representante legal de la demandada por lo que condenó al pago de la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$2.660.000).

Respecto al despido indirecto manifestó que se configuraba conforme a los folios 19 y 319, pues en la carta de renuncia se indicó que no había recibido en su totalidad los sueldos y prestaciones por lo que presentó la renuncia ante el incumplimiento de la demandada y acorde con las pruebas, la demandada aceptó que últimamente había pasado una crisis económica por lo que no habían podido cumplir sus obligaciones con lo que encontró acreditado el despido indirecto y condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa. En relación con la indemnización moratoria señaló que la demandada aún adeuda algunos salarios pero que en la medida de su situación financiera ha efectuado los pagos al trabajador en la medida en que ha contado con presupuesto para ello. Señaló que en el caso en estudio no opera la solidaridad del artículo 36 del C.S.T., pues no se trata de una sociedad de personas sino de una sociedad por acciones simplificadas, razón por la que absolvió a los socios de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN.

Parte actora.- Interpuso recurso de apelación parcial en relación con el salario real devengado por el demandante pues considera que si bien es cierto se hizo un estudio respecto al tema, en el contrato se pactó un factor no constitutivo de salario del 87,5% mientras que el salario era el 12.5%, por lo que debía tenerse como factor

salarial conforme a las pruebas documentales y testimoniales y en consecuencia debían reliquidarse las prestaciones sociales correspondientes. Así mismo, solicitó se reliquide la indemnización por despido teniendo en cuenta el salario real devengado.

En cuanto a la indemnización moratoria considera que no existió buena fe, por cuanto quedó probado que la empresa no pago de buena fe las acreencias totales, para lo que deben analizarse de manera integral las pruebas.

Parte demandada.- Interpuso recurso respecto a la indemnización por despido indirecto por cuanto considera se demostró en el proceso que el retiro se dio por motivos personales e íntimos del demandante y no por la situación financiera de la empresa.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Considera que no se realizó una valoración integral de las pruebas obrantes dentro del proceso, toda vez que no tuvieron en cuenta los comprobantes de nómina aportados por la parte demandada y en el interrogatorio de parte rendido por el señor Javier Álvarez, confiesa que eran modificados de su puño y letra de acuerdo con el nivel de confianza manejado con el demandante. Señala que existió una falta de valoración congruente, coherente y completa de todo el acervo probatorio que reposa en el plenario, para que se determinara que un acuerdo entre empleador y trabajador tenía plena validez jurídica de forma errónea, bajo el argumento que prima la voluntad de las partes, antes que los principios mínimos de los trabajadores, en armonía con las normas de carácter suprallegal, como lo son los convenios fundamentales de la O.I.T., por lo que solicita revocar parcialmente el fallo de primera instancia proferido por el a quo, respecto de los numerales de la parte resolutive del fallo, segundo, tercero, cuarto y quinto.

Parte demandada: Pidió la revocatoria parcial de la decisión, por cuanto se demostró que no existió un despido sino que el trabajador renunció de manera voluntaria y por motivos personales, razón por la cual, no hay lugar a la condena de la indemnización por despido sin justa causa. No obstante, allegó comprobante de depósito judicial a órdenes del despacho de primera instancia, donde efectúa el pago de las condenas impuestas.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

Parte demandante.-

Pagos que son factor salarial.- Interpuso recurso de apelación respecto a que se deben tener en cuenta como factor salarial los valores que se indican en la demanda por cuanto en el contrato se pactó un factor no constitutivo de salario del 87,5% mientras que el salario era el 12.5%, por lo que debían tenerse como factor salarial conforme a las pruebas documentales y testimoniales para reliquidar las prestaciones sociales correspondientes así como la indemnización por despido teniendo en cuenta el salario real devengado.

Para resolver se tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos 128 a 130 del C.S.T., que indican:

"Artículo 128.- No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."

ARTICULO 130. VIATICOS. <Artículo modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.

3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.

Conforme a las normas transcritas se pasa a analizar si el auxilio de celular, movilización y viáticos devengados por el demandante, constituye factor salarial.

Lo primero que se observa por la Sala es que conforme a los comprobantes de nómina aportados por la parte actora, percibió diferentes salarios y el auxilio fue diferente durante la relación laboral.

- Durante el año 2014 se canceló un salario de \$650.000 más auxilio de transporte sin que se acredite el pago de una suma o auxilio adicional.
- Durante los meses de enero a mayo de 2015 se canceló la suma de \$650.000 como salario, más el auxilio de transporte y la suma de \$1.402.000 como pagos extralegales. (fl. 41 a 46)
- En los meses de julio de 2015 y hasta diciembre de 2016 se canceló como salario la suma de \$1.000.0000 y con comprobante separado de la nómina un de auxilio de movilización por la suma de \$1.060.000 (fls. 48 a 82)
- A partir del mes de enero de 2017 y hasta mayo de 2017 se canceló un salario básico de \$1.400.000 más auxilio de transporte y un auxilio de movilización, igualmente con comprobante de pago separado, por la suma de \$800.000

De lo anterior se concluye en primer lugar que no se canceló al trabajador el auxilio de celular, movilización y viáticos por la suma de \$1.410.000, sino que se canceló un auxilio de movilización que inicialmente fue de \$1.402.000; posteriormente de \$1.060.000 y por último de \$800.000 y si bien en la cláusula segunda del contrato de trabajo no se indicó que se pagaría de manera permanente, en la práctica si se hizo de manera mensual, esto es, permanente.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL392-2021 indicó:

"Vale recordar que conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo

percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial.

No es válido tampoco para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

Es decir, que si bien el artículo 128 del C.S.T. otorga cierta libertad a las partes para que acuerden que algunos pagos no constituyan salario, lo cierto es que no puede hacerse un acuerdo de exclusión salarial sobre cualquier pago, pues ello iría en detrimento de los derechos del trabajador y en consecuencia para que un pago no constituya salario debe cumplirse con algunos criterios, como son:

- Que no sea retributivo del trabajo
- No debe cambiar la naturaleza de un pago.
- Debe ser específico y tener una destinación específica.

Por lo tanto, los acuerdos de exclusión salarial deben ser expresos, claros, precisos y detallados en los rubros que cubre, toda vez que en caso contrario las dudas al respecto se resolverán en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos constituirían factor salarial.

En este caso la cláusula segunda del contrato de trabajo no fue expresa, clara, precisa y detallada en los conceptos que cobijaba, pues indicó que se otorgaría un "auxilio de celular, movilización y viáticos" por la suma de \$1.410.000, sin indicar que valor correspondía a cada concepto (celular, movilización o viáticos) y por otra parte no tuvo en cuenta que conforme al artículo 130 ya citado, los viáticos permanentes constituyen salario por lo que debía especificar al momento de efectuar el pago qué parte estaba destinada a cada concepto ya que siempre que se paguen se debe especificar el valor de cada uno de los conceptos. Adicionalmente, nada se indicó en cuanto a cuál era el valor que correspondía al auxilio de celular, cuál al de movilidad:

En cuanto a los viáticos fue aceptado por la representante legal de la demandada Sra., Mónica Esperanza Fino Gallego, en el interrogatorio de parte que se pagaban por separado cuando manifestó que el actor "realizaba funciones en Bogotá y fuera de Bogotá y el tema de viáticos se hacía un pago adicional para los viáticos

dependiendo de la posibilidad de la empresa lo que podía ser por transferencia bancaria o en efectivo, y dependían de las labores que estuviera haciendo en el momento, había un valor”, por lo que resulta claro que los viáticos se pagaban por separado y no con el auxilio mencionado, toda vez que dependían de las labores que estuviera realizando en el momento el trabajador.

Al respecto también se tienen en cuenta las declaraciones de Javier Álvarez Capote quien manifestó que él era quien autorizaba los pagos, que el salario se reajustaba anualmente y tenía auxilios de celular y movilización y viáticos. Que estos montos de los viáticos se hacían conforme a las actividades que realizaba y negociaban el monto a pagar y él de su puño y letra como director técnico los adicionaba. Por su parte el testigo Erik Rubiel Rueda Pachón, contador de la empresa demandada desde 2007 a diciembre de 2018, sabe que se pagaban gastos para transporte, desplazamiento, viáticos y sostenimiento; que regularmente se manejaba un reembolso de gastos que se autorizaban por la gerencia técnica, que no eran parte del salario, que los gastos por viáticos se pagaban por separado por ese motivo y que todos los gastos se reintegraban por ese medio, de acuerdo con los soportes que enviaba el director técnico con un visto bueno.

Así las cosas, la cláusula así pactada es ineficaz y en consecuencia no podía ser objeto de acuerdo entre las partes la exclusión salarial del valor recibido por el demandante por concepto del “auxilio de celular, movilización y viáticos” o auxilio de movilización pactado entre las partes, máxime cuando no se observa que estos dineros tuvieran la destinación que allí se indica conforme a la pruebas antes mencionadas, toda vez que los gastos ocasionados por los viajes que realizaba el demandante era reembolsados por separado previo el visto bueno que realizaba el señor Álvarez de los soportes que se allegaban, además por cuanto el auxilio de movilidad excedía el 50% de la totalidad del salario.

Por lo anterior, corresponde efectuar la reliquidación de las acreencias que se reclaman en la demanda teniendo en cuenta como factor salarial todos los valores que devengó el demandante durante la vinculación salarial por ser constitutivos de factor salarial y en consecuencia al ser reliquidadas da como resultado una diferencia pendiente de cancelar, cual se determina teniendo en cuenta el salario real devengado conforme a la prueba documental aportada al proceso, de la siguiente manera:

Para el año 2014.- Conforme a los comprobantes de nómina no acreditó haber devengado suma adicional al salario básico de \$650.000 más auxilio de transporte, por lo que no hay lugar a reliquidación de las prestaciones por este año.

Para el año 2015.- De enero a junio devengó como salario la suma de \$850.000 más auxilio de transporte de \$74.000 y un auxilio de movilidad de \$1.402.000

De julio a diciembre de 2015 devengó como salario la suma de \$1.000.000 más \$74.000 de auxilio de transporte y auxilio adicional de movilidad \$1.060.000

Para el año 2016.- Devengó como salario \$1.000.000, más auxilio de transporte de \$77.700 y un auxilio de movilidad de \$1.060.000.

Para el 2017.- Devengó como salario la suma de \$1.400.000, auxilio de transporte de \$83.140 y como auxilio de movilidad la suma de \$800.000

Reliquidación.- Se procede a relíquidar las prestaciones conforme a los salarios realmente devengados así:

Cesantías:

Año 2015- Diferencia a cancelar \$1,231.000

Año 2016- Diferencia a cancelar de \$1.060.000

Año 2017- (317 días) diferencia a cancelar \$683.846 (teniendo en cuenta el pago que obra a folio 146)

Intereses a las cesantías

2015- Diferencia pendiente de pago \$147.720

2016- Diferencia pendiente de pago \$127.200

2017.- Diferencia pendiente de pago \$82.062

Primas

2015.- Diferencia por primas semestrales \$1.231.000

2016.- Diferencia por primas semestrales \$1.060.000

2017.- Diferencia por primas semestrales \$683.846

Vacaciones

13 de marzo de 2014 al 18 de noviembre de 2017.- Diferencia pendiente de pago \$1.976.389

Salarios en mora.- Fue aceptado por la demandada que se adeudaban al trabajador 2 meses y medio de salarios, por lo que la condena conforme a lo expuesto se debe liquidar conforme al salario real devengado para el 2017 durante el cual devengó la suma de \$1.400.000, más auxilio de transporte de \$83.140 y

como auxilio de movilidad la suma de \$800.000, para un total de \$2.283.140 y en consecuencia por dos meses y medio adeuda la suma de \$5.707.850

Aportes a seguridad social.- Se deberán cancelar las diferencias sobre los salarios realmente devengados, tomando en cuenta para ello el valor cancelado por concepto de auxilio de movilidad, de acuerdo al cálculo actuarial del realice la AFP PORVENIR a la que se encuentra afiliado el actor.

Indemnización moratoria.- En cuanto a la indemnización moratoria considera la recurrente que no existió buena fe, por cuanto quedó probado que la empresa no pago de buena fe las acreencias totales, para lo que deben analizarse de manera integral las pruebas. Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte suprema de justicia que ha señalado que esa sanción se impone cuando existió mala fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones. Respecto a la buena fe se entiende que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, luego quien actúa de mala fe pretende obtener ventajas o beneficios, por lo que la buena fe que la jurisprudencia ha señalado como eximente de la sanción al pago de la indemnización moratoria es la creencia razonable de no deber, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, es decir la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Así lo ha indicado la Corte suprema de justicia en sentencia 59577 del 5 de febrero de 2020 donde indicó:

«Al efecto, la Sala destaca que la doctrina ha fijado, sin vacilación alguna, que para establecer la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta omisiva del empleador frente al pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe. Así, de llegar a la conclusión de que la renuencia del empleador es injustificada procede la imposición de la sanción; si, por el contrario, la mora obedece a razones fundadas sobre la inexistencia de la obligación, desaparece la causa y, por ende, se hace inaplicable la sanción.»

Como al trabajador en este caso le correspondía probar que el empleador no le pagó oportunamente lo que le debía a la terminación del contrato de trabajo, lo que se encuentra demostrado, debía el empleador demostrar que esa mora o incumplimiento no se debió a su mala fe, sino que actuó con la firme convicción de no adeudar nada al trabajador o que dicha deuda no existía, lo que no sucede en el presente asunto, en que conforme a la prueba documental aportada por la

demandada, es claro que la empresa venía cancelando desde tiempo atrás, salarios y prestaciones en forma fraccionada y en mora por lo que no se trata únicamente del pago de las diferencias que corresponden a la reliquidación, sino que se venían cancelando en forma parcial y en mora los salarios; sin que se hubiera demostrado por la demandada la existencia de una difícil situación económica de la empresa, pues no adelantó gestión alguna para su reorganización, limitándose la prueba a manifestar que la empresa estaba pasando por crisis económicas y al respecto el demandante manifestó que si bien esto estaba sucediendo, se debía a que no se daba prioridad a los pagos correspondientes, sino que se utilizaba el dinero para otros conceptos, y en consecuencia no se puede decir, que existía una justificación para su incumplimiento, pues su deber era prever los pagos que por concepto de acreencias laborales debía cumplir. Por otra parte, no puede considerarse como actuar de buena fe la exclusión de factor salarial del auxilio de celular, movilidad y viáticos pues claramente superaban el máximo permitido en la ley, para estos pagos.

Así las cosas, deberá la demandada cancelar por concepto de indemnización moratoria una suma igual al último salario diario, en este caso la suma de \$46.667 por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor y a partir del mes 25 a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta cuando el pago se verifique.

Parte demandada. - Interpuso recurso respecto a la **indemnización por despido indirecto** por cuanto considera que se demostró en el proceso que el retiro se dio por motivos personales e íntimos del demandante y no por la situación financiera de la empresa.

Lo primero que se debe tener en cuenta es que el actor presentó renuncia motivada el 18 de noviembre de 2017 vista a folio 25 en la que claramente se indica como "motivos específicos" que "no he recibido en su totalidad mi sueldo y demás compensaciones correspondientes", de donde se concluye que el motivo para la terminación del contrato se debió al incumplimiento de la demandada respecto de sus obligaciones y en el interrogatorio de parte el demandante confirmo que la renuncia se debió a la falta del pago de salarios que se venían cancelando con "cuentagotas", lo que además le generaba problemas en su hogar por no poder cumplir sus obligaciones; falta de pago que se evidencia con a prueba documental y con los testimonios rendidos.

El señor Javier Álvarez manifestó que la causa principal de la renuncia fue por un problema que tenía con su esposa lo que le había informado una semana antes de

pasar la renuncia, aunque acepta que la empresa le adeudaba salarios. Laura Lorena Gámez Moreno manifestó que él renunció por el no pago de los salarios debido a problemas de la empresa. Erik Rubiel Rueda Pachón, contador de la empresa demandada desde 2007 a diciembre de 2018, sabe que le quedaron debiendo salarios por liquidez de la compañía y por eso se manejó la figura de los abonos. Que la renuncia, según la carta fue por motivos personales, lo que a todas luces es falso pues la carta de renuncia que obra a folio 25 no indica tal situación sino la mora en el pago. De conformidad con lo anterior, se debe confirmar la condena impuesta por este concepto, pero liquidándola conforme al salario real devengado, por lo que le corresponde por éste concepto un total de \$6.131.398

Por lo expuesto, se **revoca parcialmente** la sentencia impugnada y en su lugar se condena al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales en la forma indicada, se condena al pago de la indemnización moratoria; se reliquidan las condenas impuestas en primera instancia conforme al salario real y se confirma la decisión de condenar al pago de la indemnización por despido indirecto liquidándola conforme al salario real y se confirman los numerales 1º y 5º.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR el ordinal cuarto y MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de febrero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, de la siguiente manera:

Se modifica el ordinal SEGUNDO en el sentido de que la condena a la demandada ASIMETRIC S.A.S. a pagar al señor Juan Carlos Téllez, de forma indexada, por concepto de salarios adeudados es por la suma de \$5.707.850 y por concepto de despido indirecto es la suma de \$6.131.398

Se revoca el ordinal CUARTO para en su lugar CONDENAR a la demandada ASIMETRIC S.A.S a pagar LAS DIFERENCIAS por los siguientes valores y conceptos:

- Reliquidación de cesantías.	\$2.974.846
- Reliquidación de Intereses a las cesantías	\$ 356.698
- Reliquidación de primas	\$2.974.846
- Reliquidación de Vacaciones	\$1.976.389

Aportes a seguridad social.- Se deberán cancelar tomando en cuenta el valor pagado por concepto de auxilio de movilidad en cada periodo en la forma antes indicada, de acuerdo al cálculo actuarial del realice la AFP PORVENIR a la que se encuentra afiliado el actor.

Indemnización moratoria.- La suma de \$46.667 por cada día de retardo desde el 19 de noviembre de 2018 y hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor y a partir del mes 25 a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta cuando el pago se verifique.

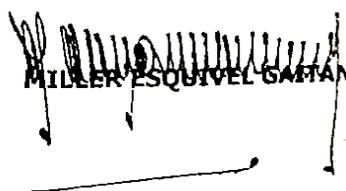
SEGUNDO.- Se confirman los ordinales primero y quinto de la sentencia objeto de recurso.

TERCERO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como costas en derecho.

Notifíquese y cúmplase


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANGÉLICA MARÍA ABRIL CADENA
contra ABRAHAM PARRADO MAYORGA, SERVIENTREGA S.A. Y EFECTY
S.A. Rad. 2018–00596 01. Juz. 26.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ANGÉLICA MARÍA ABRIL CADENA demandó a ABRAHAM PARRADO MAYORGA, a SERVIENTREGA S.A.S y a EFECTY S.A, (EFECTIVO LTDA) para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 11 y 12.

- Se declare que entre la demandante y el señor ABRAHAM PARRADO en calidad de representante del establecimiento de comercio denominado GRANADA NORTE 1 PUNTO DE SERVICIO SERVIENTREGA EFECTY S.A., existió una relación laboral mediante contrato de trabajo verbal, bajo subordinación y dependencia con un salario mensual de \$800.000 incluido el auxilio de transporte entre el 1º de marzo de 2014 y el 9 de agosto de 2017.
- Se declare que le adeudan a la demandante 9 horas extras semanales desde el 1º de marzo de 2014 al 9 de agosto de 2017, por lo que se deben liquidar las cesantías e intereses a las cesantías por dicho periodo.
- Que deben cancelar a la demandante el subsidio familiar y las vacaciones por el mismo periodo.
- La indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo
- Indemnización por no pago de las prestaciones sociales conforme al artículo 65 del C.S.T.
- Pago de aportes a seguridad social integral

- Calzado y vestido de labor
- Sanción por falta de consignación de cesantías a un fondo desde el 1º de marzo de 2014 al 9 de agosto de 2017
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 7 a 9. Manifiesta que la demandante ingresó al servicio del señor ABRAHAM PARRADO MAYORGA mediante contrato de trabajo verbal para laborar en el establecimiento de comercio denominado GRANADA NORTE 1 punto de servicio de SERVIENTREGA Y EFECTY S.A., con un salario de \$800.000 incluido el servicio de transporte. Durante todo el tiempo ejerció sus funciones de forma subordinada en horario de 8:30 am a 6:30 pm de lunes a viernes y el sábado de 8 am a 3 pm. Que el 8 de agosto de 2017 la demandante radicó una carta mediante la cual asume una deuda, presionada por el no pago de las vacaciones, primas y salarios, la cual tiene fecha de recibo el 31 de agosto de 2017 y el 30 del mismo mes la hija del demandado expide recomendación indicando que laboró como cajera administradora y el 15 de noviembre de 2017 la demandante firmó carta ante notario autorizando a su empleador para consignar el pago de sus acreencias laborales y 12 de diciembre de 2017 presentó derecho de petición solicitando el pago de prestaciones sociales. Afirma que el 8 de enero de 2018 hizo un requerimiento a SERVIENTREGA Y EFECTY S.A. a fin de que intercedan ante su franquiciado para el pago de las prestaciones, ante lo que le respondieron el 7 de febrero de 2017 que esas obligaciones son únicas y exclusivas del señor PARRADO MAYORGA. Que el 13 de febrero de 2018 citó al señor PARRADO MAYORGA ante el MINISTERIO DEL TRABAJO para conciliación, la que no se llevó a cabo por su ausencia.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad el 21 de enero de 2019 (fl 104) y corrido el traslado respectivo, la parte pasiva contestó la demanda de la siguiente manera:

ABRAHAM PARRADO MAYORGA contestó la demanda como se puede observar a folios 173 a 178

- Se opuso a las pretensiones
- Aceptó los hechos relacionados con la recomendación expedida el 30 de agosto de 2017, el derecho de petición presentado el 12 de diciembre de

2017 y la respuesta de EFECTIVO LTDA de fecha 7 de febrero de 2017 y negó los demás.

- Propuso como excepciones de fondo las de carencia en la causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la genérica.

SERVIENTREGA S.A. como se observa a folios 155 a 172.

- Se opuso a las pretensiones dirigidas contra SERVIENTREGA y no se opuso a los demás.
- Aceptó los hechos relacionados con la existencia de contrato comercial entre SERVIENTREGA S.A. y el señor ABRAHAM PARRADO MAYORGA; la carta enviada por la demandante a SERVIENTREGA, la respuesta entregada a la actora y negó o manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación a SERVIENTREGA, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y pago; prescripción y las que se encuentren probadas en el proceso.

EFECTIVO LTDA.- Contestó la demanda como se observa a fls. 200 a 213.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas contra EFECTIVO LTDA.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la solicitud a la demandada y la respuesta dada, pero manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos de la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva de EFECTIVO LTDA; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y pago; prescripción y las demás que se encuentren probadas en el proceso.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 8 de marzo de 2021 en la cual dispuso absolver a los demandados ABRAHAM PARRADO MAYORCA, SERVIENTREGA S.A, y EFECTIVO LTDA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora ANGÉLICA MARÍA ABRIL CADENA y condenó en costas a la parte demandante.

Llegó a esa determinación por considerar que conforme a la documental aportada con la demanda y las pruebas testimoniales no era posible establecer con certeza los extremos dentro de los cuales la demandante prestó sus servicios, pues en un tiempo fue arrendataria del local y ella mismo no dio claridad respecto a la fecha de inicio como tampoco se puede establecer el salario devengado. Manifestó que, si

bien es cierto que la demandante prestó servicios personales al establecimiento de comercio, también lo es que existe contradicción en las pruebas allegadas respecto a la forma en que lo hizo, razón por la que al no encontrar probados los hechos de la demanda en los que se fundan las pretensiones absolvió al señor ABRAHAM PARRADO. Respecto a los demás demandados indicó que la actora en su declaración de parte aceptó que no rindió cuentas o informes a estas empresas y solo que en el aviso del local aparecía SERVIENTREGA Y EEFCTY y por ese motivo les envió cartas a ellas, razones por las cuales también absolvió a estas demandadas y condenó en costas a la parte actora.

CONSULTA

Se remitió el proceso en el grado jurisdiccional de CONSULTA en los términos del artículo 69 del C.P.T. por haber sido la sentencia totalmente adversa a las pretensiones de la trabajadora.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: No se pronunció en esta etapa procesal.

Parte demandada.

SERVIENTREGA: Solicitó se confirme la decisión por cuanto nunca existió vínculo laboral con la actora, se suscribió un contrato comercial con Abraham Parrado, quien estaba en libertad de contratar trabajadores y por ello, PARRADO fue quien contrató a ABRIL CADENA y en todo caso, él debe ser quien responda por las obligaciones laborales que pudieran haber surgido.

EFECTY: Solicitó se confirme la decisión por cuanto nunca existió vínculo laboral con la actora, se suscribió un contrato comercial con Abraham Parrado, quien estaba en libertad de contratar trabajadores y por ello, PARRADO fue quien contrató a ABRIL CADENA y en todo caso, él debe ser quien responda por las obligaciones laborales que pudieran haber surgido.

ABRAHAM PARRADO: No se pronunció en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del C.P.T. por haber sido la sentencia totalmente adversa a las pretensiones de la trabajadora.

Solicita la parte actora se declare que entre ella y el señor ABRAHAM PARRADO en calidad de representante del establecimiento de comercio denominado GRANADA NORTE 1 PUNTO DE SERVICIO SERVIENTREGA, EFACTY S.A. (EFECTIVO LTDA) y a SERVIENTREGA Y EFECTIVO LTDA, existió una relación laboral mediante contrato de trabajo verbal, bajo subordinación y dependencia con un salario mensual de \$800.000 incluido el auxilio de transporte entre el 1º de marzo de 2014 y el 9 de agosto de 2017.

Como pruebas se aportaron al proceso los siguientes documentos:

- Certificado de matrícula del establecimiento de comercio GRANDA NORTE 1 de propiedad de ABRAHAM PARRADO MAYORGA y certificados de existencia y representación de SERVIENTREGA S.A. y EFECTIVO LTDA (fls. 27 a 76)
- Comunicación de la demandante sobre entrega de dinero por un problema de puntos (fls. 77 a 78)
- Carta de renuncia de fecha 9 de agosto de 2017 (fl.81) con fecha de recibido agosto 31 de 2017
- Recomendación suscrita por la Administradora de SERVIENTREGA el 30 de agosto de 2017 (fl. 83) según la cual la actora laboró en el Punto de Servicio Granada Norte en el cargo de cajera – administradora, sin indicar el periodo laborado.
- Autorización al demandado ABRAHAM PARRADO para consignar a la cuenta de la demandante la liquidación de prestaciones sociales, fechada el 15 de noviembre de 2017 (fls. 85 y 86)
- Derecho de petición respecto al pago de prestaciones sociales dirigido a GRANADA NORTE PUNTO DE SERVICIO SERVIENTREGA EFACTY S.A.S, Sr. Abraham Parrado Representante legal. (fl. 87)
- Comunicación a SERVIENTREGA EFACTY S.A.S. mediante la cual les informa haber laborado en el punto GRANADA NORTE durante 3 años sin especificar fechas y les solicita interceder para que le realicen el pago, así como la respuesta dada por EFECTIVO LTDA respecto a que dicha obligación corresponde al señor Abraham Parrado (fl. 88 a 93).
- Contrato de arrendamiento de CRESS GRANADA NORTE celebrado entre Abraham Parrado Mayorga y la demandante el 1º de julio de 2015.

- Compromiso de compra del mencionado local entre la demandante y el señor Parrado de fecha 26 de agosto de 2016 sin firmas. (fl. 183)
- WhatsApp dirigidos a la "señora Piedad" sin apellidos sobre unos dineros y pagos, pero sin hacer mención sobre el contrato de trabajo (fls. 185 a 188)
- Planillas de autoliquidación de aportes donde no figura la demandante (fls. 190 a 192)

En el interrogatorio de parte, la demandante ANGÉLICA MARÍA ABRIL manifestó que conoce al señor Parrado porque hace unos 5 o 6 años le vendió el punto "Granada Norte" donde después trabajó con él; que no recuerda cuando inició a prestar sus servicios pero que ellos tienen la fecha exacta en que ingresó y que se equivocó en la fecha de ingreso indicada en la demanda. Respecto a los permisos dice que no pidió permisos, pero le informó que estaba enferma porque estaba estresada y que esos días no se los pagaron. Que Don Abraham nunca estuvo en el local, la que estaba era la señora Piedad (sin apellido) y que no le reconocieron prestaciones; que nunca le llamaron la atención. En cuanto a que ella le tomó en arriendo el punto de servicio al señor Parrado entre julio y octubre de 2015 dijo que sí lo tomó en arriendo, pero que no estuvo ni dos meses porque SERVIENTREGA no lo permitió porque no le quedaba lo del sueldo a ella y en cuanto a la promesa de compra del punto de servicio manifestó que no fue así, que desde 2016 a 2017, no lo tuvo para compra porque se necesitaba autorización de Servientrega lo que no se dio y por eso no se hizo la compra y que el señor Abraham seguía siendo el dueño del punto. Respecto a la renuncia aceptó que la envió y que asistió a la reunión en SERVIENTREGA sobre la campaña de puntos verdes; que se ponían puntos a nombre del mensajero y que ella no le quitó puntos ni a SERVIENTREGA ni a los dueños del punto. Que las funciones de ella eran las de recibir dinero, envió de plata y pago de recibos y paquetes en el punto Granada Norte 1 para EEFCTY y SERVIENTREGA y le rendía cuentas a la hija de Don Abraham (Piedad Parrado). Que no le rendía informes a SERVIENTREGA. Que Doña Piedad no quería seguir con el punto y le dijo que lo tomara por un tiempo, que lo tomó como por dos meses, pero no pudo y que SERVIENTREGA le dijo que no podía hacerlo, que ella le rendía informes a Doña Piedad quien estaba la mayor parte del tiempo en el punto y las dos tenían huella registrada. Respecto a la citación ante el Ministerio de Trabajo indicó que lo hizo porque EEFCTY le indicó que él era el dueño del punto y que les mandó carta a EEFCTY y a SERVIENTREGA porque el aviso estaba así; que no les rindió cuentas a EEFCTY ni a SERVIENTREGA.

La testigo PIEDAD PARRADO MONTAÑA es hija del demandado ABRAHAM PARRADO (tacha de sospecha por el parentesco), dijo conocer a la demandante porque ella le vendió el negocio a su papá en el 2014, que después ella se ofreció a ayudarle

porque tenía la huella activa, a mediados del 2014 y hasta el 2017; que no sabe la forma ni el pago porque Angélica lo hablaba con su papá y tomó el negocio en arriendo, pero no recuerda las fechas cree que en julio de 2015 y otro periodo después. Que se presentó una situación respecto Servientrega por unos puntos verdes que le asignó a su compañero y ella lo aceptó ante SERVIENTREGA, y por eso no volvió desde el 9 de agosto. Que ella no era su jefe y por eso no le pedía vacaciones. Respecto a la recomendación que suscribió, dice que la expidió porque ella le pidió ese favor a título personal, le ayudaba a su papá por tiempo esporádico, sin horario, pero no de manera constante y era para mirar la contabilidad con respecto a SERVIENTREGA Y EEFCTY (revisar los pagos que se hacían a ellos) y los insumos del negocio, pero no revisaba pagos de nómina porque eso lo manejaba su papá. Que el establecimiento de comercio es de ABRAHAM PARRADO MAYORGA quien es contratista de SERVIENTREGA y de EEFCTY. Solo Angélica y ella le colaboraban al señor Abraham. Que la demandante manejaba su horario y ella no constataba el horario. Que ante SERVIENTREGA Y EEFCTY el señor Abraham es el que debía responder pero que Angélica recibía dinero de parte de su padre por lo que a ella le parece.

LEIDER MOLINA BARBOSA manifestó ser contratista independiente, conoce al demandado por haber sido su jefe entre febrero y junio de 2014 pero no recuerda exactamente las fechas. Que la señora Angélica era la anterior dueña del local, ella los visitaba y en ocasiones le preguntaba sobre algún envío; que su labor fue recibir dineros y paquetes en un horario de 8 am a 12 m y luego del almuerzo de 2 pm hasta la 6 pm y sábados de 8:30 hasta el mediodía; el pago era un salario mínimo y demás prestaciones que el demandado pago puntualmente y se retiró porque le había salido una mejor propuesta de trabajo. Él siempre se comunicaba con Abraham para notificar apertura y cierre, quien visitaba el local cada 2 o 3 días y que la señora Piedad visitaba el local para saber lo que se necesitaba, como papelería y demás. Él era el único que trabajaba ahí. Que la demandante no laboró con él y no sabe quién fue el encargado del punto después de él.

Acorde con las pruebas allegadas es posible concluir que la demandante si bien prestó servicios en el local GRANADA NORTE PUNTO DE SERVICIO SERVIENTREGA EEFCTY S.A.S, no es clara la forma en que lo hizo, pues no es posible determinar si fue como empleada, como arrendataria o como propietaria, pues ella misma no es clara en indicar la forma en que prestó sus servicios como tampoco los periodos en que lo hizo; incluso admitió en el interrogatorio de parte que se equivocó respecto a la fecha de inicio, lo que concuerda con el testimonio del señor Leider Medina quien manifestó haber laborado con el demandado durante el primer semestre del año 2014 contrario a los hechos de la demanda en que se indica que ella laboró

desde el 1º de marzo de 2014. Igualmente, fue aceptado por la demandante que tomó el local en alquiler durante un periodo de tiempo sin aclarar cuál fue ese periodo y que existió una opción de compra pero que no se pudo realizar porque no fue aceptada por SERVIENTREGA.

El demandado Abraham Parrado no aceptó los extremos de la relación laboral indicados en el hecho primero de la demanda, aunque aceptó que la actora prestó sus servicios en diferentes periodos y bajo condiciones diferentes a las de una relación laboral, como lo fueron mediante contrato de arrendamiento, con contrato de prestación de servicios y bajo la opción de compra de la que después desistió la demandante; por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S. del T. que establece que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, podía desvirtuar la existencia de la relación laboral al aportar prueba de su dicho, lo que se acreditó conforme a las pruebas allegadas, ya que no se aportó prueba respecto a subordinación y dependencia y en su lugar si existe prueba documental respecto de la existencia del contrato de arrendamiento y de la opción de compra del local.

En cuanto a las demandadas SERVIENTREGA S.A.S Y EFECTIVO LTDA, tal y como se indicó en la parte considerativa de la sentencia de primera instancia no obra prueba en el proceso que acredite la prestación del servicio, lo cual fue aceptado por la actora en el interrogatorio de parte donde manifestó que nunca les rindió cuentas a ellos, razón por la que se confirma la decisión de absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Costas. - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de marzo de 2021, conforme a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO – COSTAS. Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

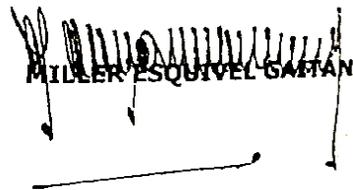
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RAIMONDO GIUSEPPE BONTEMPO
CONTRA TREEHOUSE CREATIVOS S.A. Rad. 2015 00732 03 Juz 28.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

RAIMONDO GIUSEPPE BONTEMPO demandó a TREEHOUSE CREATIVOS S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios 8 a 10.

- Se declare la existencia de una relación laboral entre las partes.
- Pago de salarios adeudados.
- Reajuste del salario conforme al IPC.
- Sanción por no afiliación del trabajador a un fondo de pensiones.
- Cesantías.
- Intereses de las cesantías.
- Indemnización por no haber consignado las cesantías del trabajador en un fondo Art 99 de la ley 50 de 1990.
- Sanción por retención y no pago de los intereses sobre el auxilio de cesantías.
- Vacaciones.
- Primas de servicios.
- Indexación.
- Uso de las facultades Ultra y Extra Petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 4 a 8. Manifiesta que el 1º de septiembre del 2011 las partes celebraron un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar a favor de la accionada y de forma exclusiva la labor de director Creativo, cumpliendo con un horario de 8 am a 6 pm incluyendo el sábado, recibiendo un salario mensual de \$5.000.000, siguiendo las ordenes de su empleador y realizando sus funciones de manera personal y sin recibir llamado alguno de atención.

Informa que no le pagaron nunca sus vacaciones, no fue afiliado a la caja de compensación familiar ni a la ARL, y su salario real fue dividido por la empresa con el fin de evitar pagar impuestos, pagándole \$2.000.000 por concepto de salario, \$1.500.000 por otros conceptos y fuera de nómina, \$1.000.000 por gastos de representación, y \$500.000 por gastos de rodamiento, sin ser ejecutados los gastos de representación pues el trabajador hacia sus funciones dentro de la empresa y no desempeñaba labores comerciales. La parte demandada el día 18 de marzo de 2014 ordenó que Raimondo Giuseppe que no podía volver a ingresar a la compañía con el fin de finalizar la relación de trabajo, por lo que le adeudan la liquidación de las prestaciones sociales y acreencias laborales a pesar de los requerimientos verbales que ha realizado al accionante.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad el 3 de noviembre de 2015 (fl. 37) se notificó a la demandada y una vez corrido el traslado la pasiva **TREEHOUSE CREATIVOS S.A.** contestó la demanda en los términos del escrito visible en folios. 54 a 78.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de celebración del contrato de trabajo a término indefinido con el demandante y negó los demás hechos de la demanda.
- Formuló como excepciones de mérito las de legalidad y plena vigencia del pacto de exclusión de pagos no constitutivos de salario; calidad de pequeña empresa de la sociedad demandada y aplicación a su favor de la ley 1429 de 2010; inexistencia de la obligación; cobro de no lo debido; pago total o parcial de las obligaciones laborales, temeridad deslealtad y mala fe del demandante y su apoderado al promover la acción y enriquecimiento injustificado.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 1º de junio de 2021 en la cual absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; declaró probados los medios exceptivos propuestos por la demandada y condenó en costas al demandante.

Llegó a esa determinación por encontrar que se acreditó conforme a la Cámara de Comercio que se creó una sociedad donde el demandante figura como socio con un 50% de las acciones y se probó la existencia de un contrato de trabajo suscrito con la señora Lina María Silva Llamosa donde inicialmente se pactó como salario la suma de \$2.000.000 y se suscribieron cláusulas adicionales donde se definió pago no constitutivo de salario las suma de \$1.000.000 por concepto de gastos de representación y \$500.000 por auxilio de rodamiento.

Por otra parte, observó a folio 86 que se allegó con la demanda, un otrosí donde la señora Lina María Silva Llamosa figura como trabajadora y el señor Bontempo (hoy demandante) como empleador, en el que se acuerda que ella recibiría \$1.500.000 como gastos de representación y \$1.500.000 por auxilio de rodamiento sin naturaleza salarial, por lo que consideró que entre las partes lo que existió fue un acuerdo consensuado para establecer los salarios y los mencionados pagos que no constituían salario, teniendo en cuenta que la sociedad recién iniciaba y que entre las partes se pactó una variación en el salario conforme al acta de asamblea del 30 de agosto de 2011 donde figuran como socios el demandante y la señora Lin María Silva Llamosa con el 50% de acciones cada uno y donde se da cuenta que el salario debió ser reducido por bajas ventas.

Señaló que se demostró con la prueba documental el pago de salario con los desprendibles de nómina; las vacaciones fl. 88, 147 y 149, así como la afiliación a salud, a pensiones y cesantías. Igualmente, el pago de la liquidación de prestaciones efectuado ante el juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo consideró que no existió incumplimiento por parte del empleador en las obligaciones laborales y en consecuencia absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda y declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada con costas a cargo del demandante.

Recurso de apelación

EL DEMANDANTE: Interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia por cuanto se declaró probada la tacha de la testigo cuando no incurrió en manifestaciones alejadas de la verdad, por el contrario la señora Carolina manifestó que el demandante fungía como director creativo realizando sus funciones en su casa que habitaba con ella que es su esposa lo que fue ratificado por la demandada, porque lo no podía prosperar la tacha por lo que debe tenerse en cuenta el testimonio por parte del tribunal para tomar las decisiones pertinente. En cuanto a los salarios se debe tener en cuenta la ley que no permite que se excluya en ninguna circunstancia la primacía de la realidad sobre las formas, pues las cláusulas son ineficaces como quiera que la demandada aceptó que el actor era el director creativo y no era el encargado de hacer cierre de negocios y no era parte comercial de la empresa o parte operativa, y el hecho de ser socio no relevaba a la demandada de cumplir sus obligaciones laborales. Que el demandante no tenía que desplazarse para ejecutar su labor, ni el demandante cerraba los negocios por no manejo del idioma, por lo que no se probó por la demandada y no se puede desprender del cargo que tenía ejerciera esas funciones, además de que la exclusión salarial superaba el 40% del ingreso del trabajador, por lo que considera que se aprovecharon la condición de extranjero del trabajador.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Indica que el testimonio de María Carolina Paz era válido, que no debía por que declararse la tacha de sospecha solo por el hecho der cónyuge del actor, sino que, se debía valorar su testimonio conjuntamente con las demás pruebas. Consideró que procedía el reajuste de salarios y prestaciones pero que, sin embargo, tuvo en cuenta acuerdos ilegítimos de beneficios que no constituyen salario y que le generaron perjuicios económicos graves.

Parte demandada: Pidió la confirmación de la decisión por cuanto los acuerdos que no constituían salario fueron voluntad expresa de las partes, además que el actor prestó sus servicios en dos empresas distintas, por lo que no existía exclusividad del trabajador, que ostentaba también la calidad de accionista.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*.

El objeto de controversia en el presente asunto radica en determinar si el auxilio de rodamiento y los gastos de representación que se encuentran excluidos como factor salarial en el otrosí suscrito entre las partes, constituyen en realidad factor salarial, por ser ineficaz el mencionado acuerdo, para lo que se observa que no existió controversia entre las partes respecto a la vinculación laboral, así como tampoco respecto de la terminación del vínculo.

Sobre el particular debe señalarse que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que se trate de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; que se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; se trate de pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, en la parte destinada al transporte y representación; y los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, para incorporar pagos que no fueron objeto del acuerdo de exclusión salarial.

En concordancia con lo anterior, para establecer si un determinado emolumento acordado en un otrosí como excluido de factor salarial, debe analizarse si el concepto al que se le resta esta incidencia salarial, en verdad constituye una remuneración directa del servicio, esto es, si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado, si es habitual o permanente y si ingresa efectivamente al patrimonio del trabajador.

Adicional a lo anterior y en relación con las pruebas aportadas, la demandada se encuentra inconforme con la aceptación de la tacha de sospecha presentada contra el testimonio de la señora María Carolina Paz Giraldo, dado el parentesco con el demandante pues es la esposa, para lo que se hace necesario señalar que la tacha no implica que la recepción y que valoración de esta prueba se torne improcedente, sino que exige del juez un análisis más severo para determinar el grado de credibilidad que ofrece el testimonio. En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C790 de 2006 donde expresó que para el evento en que los testigos sean sospechosos por encontrarse en situaciones que afecten su credibilidad o imparcialidad, la declaración si puede recibirse, pero debe apreciarse con mayor severidad.

La testigo María Carolina Paz Giraldo manifestó ser la esposa del demandante desde hace 17 años, dice que iniciaron la sociedad TREEHOUSE en su casa en el tercer piso y luego se trasladaron, que tenía un horario laboral normal de lunes a sábado; que habían otras personas que trabajaban con ellos y él estaba encargado de un grupo pequeño de diseñadores y al principio la oficina quedaba en la misma casa y **cuando se trasladaron de la casa, trabajaba unos días desde la oficina y otros desde la casa**, que él no entendía mucho el idioma y no conocía como funcionaban las cosas en lo laboral. Que ella se enteró que no le estaba haciendo los aportes correspondientes y que **la socia era quien manejaba todo el tema legal. Que el salario era de \$5.000.000 y no sabía cómo estaba compuesto**, pero que **él siempre estaba en la oficina porque era el jefe de producción**, que hacían reuniones y se sacaban actas de ellas en la que se aprobaban muchas cosas, aunque no en todas las reuniones estaba él. **Que no tenía jefe inmediato. Que abrieron la empresa ellos dos (Lina María y Raimondo) que eran los socios y al mismo tiempo trabajaban en la misma empresa y después**

vinieron los otros empleados. El trabajo era el diseño de empaques. Indica que Bontempo es una empresa de publicidad y desarrollo de empaques.

Para valorar el testimonio, la Sala también tomará en cuenta las demás declaraciones allegadas al proceso a fin de determinar si en realidad su testimonio ofrece dudas o demuestra parcialidad, ya que por ser la esposa del demandante debe valorarse de manera más detallada.

La representante de TREEHOUSE CREATIVOS S.A. manifestó que si se suscribió el contrato de trabajo como director creativo, **labores que ejecutaba en horario flexible a veces desde su casa y otras no, lideraba la parte gráfica y creativa de la agencia, revisaba las artes y las propuestas para enviarle a los clientes y propuestas que se iban a presentar, iban los dos a recibir las propuestas para que tuviera conocimiento de ellas, respecto a la cláusula de exclusión salarial expresó que como eran socios estipularon de mutuo acuerdo un básico y dependiendo de los ingresos irían liquidando los auxilios que se estipularon en los otrosí.** Que se hacían desplazamientos permanentes porque por ser socios hacían reuniones, la mayoría del las veces en conjunto pero que la encargada de cerrar los negocios era ella, que los auxilios eran para peajes y gasolina cuando se desplazaban a Chía, Tocancipá, otros clientes en Bogotá así como a los lugares donde se encontraban con los impresores a revisar las impresiones y que incluso viajaron fuera de la ciudad, que algunas de sus labores las hacía desde Cali a donde viajaba con frecuencia con su familia y que incluso los dos iban a recibir las solicitudes comerciales. En relación con la certificación del 2014 indicó que ella si la suscribió. **Que la finalización de la relación se dio por solicitud del demandante y que no tenía jefe inmediato por ser socios ya que los dos tenían firma conjunta en el banco por lo que los pagos debían hacerse de manera conjunta.**

Juan Francisco Paz Montufar, representante legal del demandante RAIMONDO BONTEMPO conforme a la documental que obra a folio 362 a 365, manifestó que el actor tuvo contrato de trabajo con la demandada desde el 1º de septiembre de 2011 hasta el 18 marzo de 2014, que existía una cláusula adicional de exclusión salarial y que el actor no conocía las normas y por eso firmó el documento. Que la labor del demandante era de director creativo, y no laboró para Bontempo Ideas Gráficas,

que al principio las oficinas funcionaron en la residencia y después cuando se abrió la oficina, se desplazaba todos los días a la oficina.

Así las cosas, debe señalarse que el dicho de la señora Paz Giraldo genera contradicción únicamente respecto del salario, pues **las declaraciones coinciden en que el actor a veces trabajaba desde su casa y otras veces asistía a la oficina pero que siempre iba a la oficina, que los dos (Lina María y Raymondo) eran socios de TREEHOUSE y que el demandante no tenía jefe.** En relación con el salario la testigo dice que era de \$5.000.000 contrario a lo que se observa en el contrato de trabajo que obra a folios 14 a 18 y que fue aportado por el demandante, que en su primer folio indica "SALARIO \$2.000.000"; sin embargo ello no genera la aceptación de la tacha de sospecha.

Para resolver sobre el punto del salario y los factores contenidos en el otrosí, se pasa a revisar las demás pruebas aportadas, teniendo en cuenta lo manifestado por la recurrente respecto a la ineficacia del otrosí, pues la sola declaración de la señora María Carolina Paz Giraldo no acredita este aspecto.

Como documentales se aportaron las siguientes:

- Certificado expedido por la Cámara de Comercio el 28 de agosto de 2015 (fl. 23 a 25) la sociedad TREEHOUSE CREATIVOS SAS se constituyó mediante documento privado de asamblea de accionistas de fecha 24 de junio de 2011 e inscrita el 2 de agosto de 2011 y la señora SILVA LLAMOSA LINA MARÍA es la representante legal y el señor GIUSEPPE BONTEMPO RAIMONOD es el suplente.
- **A folio 242 obra certificación expedida por el Contador respecto a la conformación accionaria de TREEHOUSE CREATIVOS conforme a la cual lo socios son RAIMONDO GIUSEPPE BONTEMPO Y LINA MARIA SILVA LLAMOSA cada uno con el 50% de las acciones desde septiembre de 2011 hasta marzo de 2014 y que durante este periodo de común acuerdo se fijaron asignación salarial de manera idéntica conforme a los soportes contables así:**
 - De septiembre de 2011 a febrero de 2012 \$2.000.000**
 - De marzo de 2012 a julio de 2012 \$1.000.000**
 - De agosto de 2012 a junio de 2013 el salario mínimo legal**
 - De julio de 2013 a marzo de 2014 una suma de \$2.000.000**

Igualmente certifica que la empresa se acogió al artículo 5º de la Ley 1429 de 2010 respecto a la progresividad en el pago de aportes (2 primeros años gravables 0% y a partir de septiembre de 2013 el 75%)

- Contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre las partes el 1º de septiembre de 2011 para desempeñar el cargo de Director Creativo con un salario de \$2.000.000 y una cláusula adicional que estipula como pagos no salariales las sumas de \$1.000.000 como gastos de representación y \$500.000 como auxilio de rodamiento. (fls.14 a 19 y 34 a 85)
- Certificación expedida por TREEHOUSE CREATIVOS el 11 de febrero de 2014 conforme a la cual el demandante desempeñaba el cargo de DIRECTOR CREATIVO desde el 1º de septiembre de 2011 con contrato de trabajo a término indefinido devengando un salario de \$2.000.000 más gastos de representación por \$1.500.000 y auxilio de rodamiento por \$1.500.000. (fl. 22)
- A folio 86 se observa un otrosí donde se definen como pagos no salariales la suma de \$1.500.000 como gastos de representación y \$1.500.000 como auxilio de rodamiento; **sin embargo, este documento no es un otrosí al contrato del demandante sino un otrosí al contrato de la señora LINA MARÍA SILVA LLAMOSIA que se encuentra suscrito por el demandante señor BONTEMPO como empleador.**
- A folio 154 obra Acta No. 2 de Asamblea de Accionistas de fecha 30 de agosto de 2011 conforme a la cual la representación legal se encontrará en cabeza de la señora Lina María Silva; **“sin embargo, este cargo podrá cambiarse en cabeza de cada uno de ellos”** y que los cargos de director creativo y directora de cuentas que cada uno desempeñaba tienen contrato de trabajo con las prestaciones de ley y una bonificación que no es factor salarial.
- **Acta No. 05 del 8 de octubre de 2012 donde se indica que para evitar llegar a una disolución “los socios decidieron bajarse los salarios a \$1.000.000 hasta que se regule la situación” y fue aceptada la propuesta de pagar la seguridad social por el salario mínimo para bajar gastos. (fls. 156 a 158)**
- A folios 322 a 326 obra acta de asamblea No. 16 suscrita por el demandante conforme a la cual se presenta proyecto de plan de pagos de obligaciones tributarias de la sociedad.
- A folio 159 obra comunicación suscrita por el demandante de fecha 18 de marzo de 2014 dirigida a TREEHOUSE con referencia “retiro para cambio de contrato” y manifiesta ser fundador y accionista de TREEHOUSE vinculado con contrato

laboral desde el 1º de junio de 2011 y solicita el cambio de contrato por prestación de servicios según el Decreto 3230 de 2013 y su desvinculación como trabajador dependiente y vincularlo como contratista independiente.

- En la misma fecha TREEHOUSE expidió la comunicación que obra a folios 160 y 161 aceptando la solicitud respecto a la desvinculación, pero no lo acepta respecto a la vinculación como contratista independiente por desconocer los elementos esenciales del contrato realidad y por ser conocido por la empresa la existencia de la prestación de sus servicios simultáneos a BONTEMPO IDEAS GRÁFICAS SAS y por sus ausencias laborales.
- A folios 162 a 235 se observa el comprobante de consignación de la demandada a nombre del demandante por la suma de \$2.179.733 en las oficinas del Banco Agrario el que correspondió por reparto al Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá al que se anexó la liquidación de prestaciones sociales, la autorización de entrega, la constancia de envío y las comprobantes de COMPENSAR, POSITIVA Y FNA.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario «las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador», así como «lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones».

Ahora para determinar los rubros que constituyen salario es aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que se debe verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá de la denominación que se le dio en el otrosí (CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019), toda vez que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL12220-2017).

Revisadas en conjunto las pruebas aportadas por las partes al proceso es claro que el auxilio de rodamiento no constituye salario no solo porque se acordó expresamente entre las partes que no sería factor salarial y fue acordado incluso en asamblea, sino porque dicho concepto estaba destinado para desempeñar a cabalidad sus funciones, pues si bien puede decirse que al principio de la relación

laboral la oficina estaba en su misma casa, lo cierto es que trasladaron las dependencias a otro lugar **y según el dicho de su esposa el siempre asistía a su oficina**, y no como lo indica la recurrente respecto a que el demandante no tenía que desplazarse para ejecutar su labor, por lo que dicha suma era para el traslado a su oficina y en consecuencia no era para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.

En el mismo sentido debe resolverse respecto a gastos de representación, toda vez que es claro que él actor y la señora Lina María Silva eran los únicos socios, según los testimonios y la documental; y el demandante era el suplente del representante legal por lo que tenía facultades para actuar como representante legal de la sociedad, además conforme la folio 242 que es la certificación expedida por el Contador, respecto a la conformación accionaria de TREEHOUSE CREATIVOS los socios son RAIMONDO GIUSEPPE BONTEMPO Y LINA MARIA SILVA LLAMOSIA cada uno con el 50% de las acciones desde septiembre de 2011 hasta marzo de 2014 y que durante este periodo de **común acuerdo se fijaron asignación salarial de manera idéntica**, más aún cuando **todos coinciden en manifestar que el demandante no tenía jefe, actuaba en la asambleas y suscribía contratos de trabajo y otrosí como empleador (fl.86)** por lo que no se desvirtúa que no actuara en representación de la sociedad.

También esta demostrado que en calidad de socios (LINA MARÍA Y RAYMONDO) modificaron sus salarios según la misma certificación contable ya mencionada y conforme a las actas aportadas, **debido a situaciones de insolvencia económica que aún continúan presentando como se observa en la última acta aportada, así:**

De septiembre de 2011 a febrero de 2012 \$2.000.000

De marzo de 2012 a julio de 2012 \$1.000.000

De agosto de 2012 a junio de 2013 el salario mínimo legal

De julio de 2013 a marzo de 2014 una suma de \$2.000.000.

Por lo que no puede concluirse en primer lugar, que durante toda la relación laboral hubiera devengado el mismo salario, pues conforme a las pruebas documentales, ellos mismos modificaron su salario dadas las circunstancias por las que atravesaba la empresa y por otra parte es claro que el actor hacía uso del auxilio de rodamiento

o de los gastos de representación ya que eran necesarios para desempeñar a cabalidad sus funciones como empleado y como socio y suplente de la sociedad demandada.

Contrario a lo indicado en el recurso la representante legal de la demandada NO manifestó que el actor no era el encargado de hacer cierre de negocios o que no era parte comercial de la empresa, pues en su declaración manifestó que juntos realizaban las visitas a los diferentes lugares donde realizaban negocios y se observa que hacía parte de las asambleas que se realizaban, además de modificar de manera conjunta sus salarios debido a la situación económica de la sociedad, de donde se puede concluir como lo manifiesta la sentencia recurrida fue un acuerdo de voluntades entre los dos socios por cuestión de mejorar la situación de la empresa que aún para el año 2016 se encontraba presentando acuerdos de pagos en asamblea de la que seguía participando el actor.

En cuanto a la liquidación de las acreencias laborales, al no constituir factor salarial los conceptos que fueron incluidos en el otrosí no pueden tenerse en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, además de observar que se acreditó el pago de salario con los desprendibles de nómina de folios 90 a 153 y las vacaciones fl. 88 147 y 149, afiliación a salud fl. 215 y a Positiva 216 y FNA cesantías 154, 157 y 217 y liquidación de prestaciones al juzgado 33 Laboral fl. 262 a 235, por lo que está demostrado el cumplimiento de las obligaciones del empleador y en consecuencia habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo del demandante recurrente. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho a cada una de ellas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

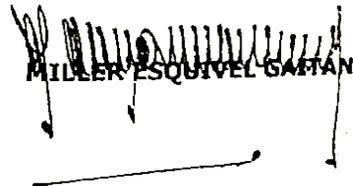
PRIMERO. – **CONFIRMAR la sentencia recurrida**, proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 1º de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : **COSTAS** Las de primera instancia se confirman. Las de segunda instancia estarán a cargo del demandante recurrente. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como costas en derecho a cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PEDRO ANTONIO MELLIZO ROBAYO Y ALICIA GARZÓN CASALLAS CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 00024 01 Juz. 30.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

PEDRO ANTONIO MELLIZO ROBAYO y ALICIA GARZÓN CASALLAS demandaron al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 20.

- Se reconozca la pensión de sobrevivientes desde la muerte del causante John Freddy Mellizo Garzón
- La indexación de la mesada y el ajuste conforme al IPC.
- Intereses Moratorios.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 19 a 20. Manifiesta que el señor John Fredy Mellizo Garzón, hijo de Pedro Antonio Mellizo Robayo y Alicia Garzón Casallas, nació el 09 de agosto de 1979 y se afilió al ISS el 01 de enero de 1998 y desde el 1º de febrero de 2002 se trasladó a Protección S.A. Menciona que John Freddy Mellizo falleció el 12 de diciembre de 2016 producto de una enfermedad, época para la cual había cotizado más de 750 semanas. Informa que los accionantes,

padres del causante, presentaron petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin embargo, les fue contestada de manera negativa con el argumento de que no reúnen los requisitos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 26) y corrido el traslado respectivo, la accionada **PROTECCIÓN S.A.**, contestó la demanda en los términos del escrito visible en folios 53 a 57.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y fallecimiento del causante; que había cotizado más de 750 al momento de su deceso; que los demandantes son los padres biológicos del fallecido, y la solicitud de reconocimiento pensional, así como la respuesta negativa y negó o manifestó que no lo constan los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de falta de legitimación por activa e incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica reclamada, buena fe por parte de la demandada, prescripción, y excepción genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta Laboral del Circuito puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 6 de julio de 2020 en la cual condenó a la demandada Protección S.A. declaró que los demandantes PEDRO ANTONIO MELLIZO ROBAYO y ALICIA GARZÓN CASALLAS tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes generada por la muerte de su hijo JHON FREDDY MELLIZO GARZÓN y condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a favor de los demandantes la mesada pensional en cuantía de \$689.455, en forma proporcional del 50% para cada uno, a partir del 12 de diciembre de 2016 con los reajustes legales y la mesada ordinaria adicional correspondiente. Igualmente condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a pagar la suma de \$18.303.069,5 para cada uno de los demandantes por concepto de retroactivo pensional causado entre el 12 de diciembre de 2016 y el 30 de junio de 2020. Fijó como mesada pensional para el

año 2020 la suma de \$438.901 para cada uno, equivalente al 50% del salario mínimo legal mensual vigente a cada demandante, y autorizó el descuento para seguridad social en salud. También condenó al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 22 de julio del 2017 y hasta que se efectúe el pago de las mesadas adeudadas. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a pagar \$2.300.000 por concepto de costas del proceso en favor de los demandantes.

Llegó a esa determinación al advertir que la norma aplicable para el caso es la Ley 100 del año 1993 en sus artículos 46 y 47, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 del 2003 e indicó que el causante no tenía cónyuge, compañero o compañera permanente, ni hijos al momento de su deceso, además de cumplir con el requisito de las semanas cotizadas en los 3 años anteriores a su muerte, pues acreditó 815,43 semanas para el momento del deceso y un saldo en su cuenta de ahorro individual de \$31.142.873. Con relación a la parte actora señaló, que demostró con las documentales y testigos allegados al proceso, que son los padres del fallecido y que dependían económicamente de manera parcial de este, pues el aporte que realizaba era necesario para el desarrollo digno de la vida de sus progenitores, pues a pesar de que Pedro Mellizo laboraba y recibía ingresos, Alicia Garzón siempre ha sido ama de casa y tiene una limitación en su mano izquierda, por lo que no son autosuficientes ya que sus ingresos económicos son bajos, generalmente el salario mínimo, y el único bien que tienen es una casa avaluada en \$10.000.000, que comparten con sus otros dos hijos, a quienes también ayudaba económicamente el causante. Resaltó, que si bien el hijo Cristian Mellizo, trabaja y destina una ayuda económica a sus padres ello lo hizo luego del fallecimiento de su hermano y esta colaboración no es suficiente ni cubre lo que destinaba John Fredy Mellizo (causante) para el sustento de los demandantes. Ordenó a Protección a que pagara la pensión de sobrevivientes en proporción del 50% a cada progenitor desde el 12 de diciembre del año 2016, fecha en que falleció el cotizante en monto inicial total de un salario mínimo, es decir \$689.455 para el año 2016, con los correspondientes aumentos legales y el retroactivo pensional, esto debido a que no puede ser inferior el valor de la mesada pensional al salario mínimo legal mensual vigente. Con relación a los intereses moratorios señaló que esta obligación se causa a partir de los dos meses de la fecha de solicitud de pensión, la cual se realizó el 22 de mayo del 2017, pues este es el plazo que indica la Ley 717 del 2001 que tienen las entidades de seguridad social para conceder el beneficio pensional, por lo que ordenó su pago a partir del

22 de julio del 2017 y hasta que se realice el pago de las mesadas pensionales. En cuanto a la indexación no accedió a esta pretensión por haberse condenado al pago de los intereses moratorios. Respecto a la excepción de prescripción indicó que el causante falleció el 12 de diciembre del 2016, momento en que se hizo exigible la obligación y al haberse presentado la reclamación de la pensión el 22 de mayo del 2017 y la demanda el 16 de enero del 2019, no transcurrieron los 3 años para la aplicación de esta figura jurídica.

Recurso de apelación

PROTECCIÓN: Manifestó que se realizó una errada valoración al material probatorio recopilado dentro del presente proceso por cuanto da por probado que la señora Alicia Garzón cuenta con una limitación física porque así lo indicaron varios de los testigos e incluso ella lo manifestó tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte, pero que no hay lugar a tal conclusión, ya que el estado físico o medico de las personas solamente se debe acreditar con una prueba idónea como lo es un dictamen médico, el cual brilla por su ausencia en este expediente.

Señala que el juez también indica que no existen bienes de fortuna diferentes a la casa que se encuentra en construcción, pero que no es necesario que las personas posean bienes o fortuna, basta con que se demuestre la existencia de ingresos para sufragar sus necesidades básicas y en este caso se encuentra demostrado que el demandante Pedro Antonio Mellizo se encontraba laborando al momento del fallecimiento del causante donde devengaba por lo menos un salario mínimo, con lo que precisamente podía sufragar sus gastos y los de su esposa de conformidad con el artículo 113 del Código Civil, pues le corresponde a los esposos esa ayuda mutua y el demandante hoy en día goza de una pensión de vejez con ocasión a esos ingresos que recibía.

Considera que en los testimonios existieron varias contradicciones y no fueron espontáneos, ya que estos consultaban a terceros que se encontraban cerca al momento de rendir su declaración, tan es así que el Juez les ordenó que se desconectarán después de rendir su juramento; que claramente había ciertas preguntas que no sabían responder haciendo referencia a la testigo Elsa Cañón. En cuanto a los interrogatorios de parte los demandantes indicaron que solamente contaban con la ayuda de sus hijos John Fredy Mellizo y Cristian Mellizo, ya que el

otro hijo de nombre Julián era estudiante, a lo cual la señora Ermencia Páez indica que el señor Julián sí trabajaba y que incluso ayudaba al hogar. Que la señora Elsa Cañón indicó que el señor Cristian no trabajaba y no ayudaba al hogar, pero que los mismos demandantes confesaron en interrogatorio de parte que sí les prestaba una ayuda.

Respecto a la ayuda económica que brindaba el señor John Fredy, la testigo Ermencia Páez indicó que el afiliado fallecido tan solo aportaba con mercado, ya que tenía que cubrir sus propios gastos, pero la señora Elsa Cañón indica que él aportaba con el recibo de la luz y con mercado, lo que claramente se contradice con la entrevista rendida por el señor Cristian Mauricio Mellizo Garzón y que se aportó al momento de dar contestación a la demanda, donde indica que él aportaba \$230.000 mensuales y también pagaba el recibo de la luz y que incluso señor Cristian dice que el señor Fredy no vivía en la casa con sus padres permanentemente, ya que él vivía en los lugares en donde presentaba el servicio. Sobre los intereses moratorios, indica que el término con el que cuentan las AFP para resolver las peticiones es de 4 meses y no de 2 meses como se impuso en la sentencia, más aún cuando existen varias circunstancias que hacen dudar a la demandada de la dependencia económica aunque sea parcial.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada: Solicito la revocatoria de la decisión por cuanto considera que no se demostró la dependencia económica de los actores respecto del causante porque si bien se afirma que aportaba para el mercado, no se indica si esa ayuda era constante y en que suma se realizaba, además, se tuvo por cierto el estado de salud de GARZÓN CASALLAS sin efectuar prueba idónea que certificara dicha situación, se dio credibilidad a los testigos cuando fueron contradictorios en sus expresiones y no se tuvo en cuenta que MELLIZO ROBAYO se encontraba laborando al momento del fallecimiento del causante, por lo que percibía un ingreso económico suficiente para solventar sus gastos y los de su familia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

No es tema de controversia, además de encontrarse acreditado en el proceso con la prueba documental, que el afiliado JOHN FREDDY MELLIZO GARZÓN era hijo de los demandantes conforme al registro de nacimiento visto a folio 2 y que falleció el 12 de diciembre de 2016 (fl. 6); que se encontraba afiliado a PROTECCIÓN S.A. y que había cotizado en forma continua sin interrupciones durante los tres años anteriores a su fallecimiento y por lo tanto superaba las 50 semanas requeridas. La inconformidad radica en que la demandada considera que no se demostró la dependencia económica de los demandantes respecto de su hijo fallecido y sobre la procedencia de la condena al pago de los intereses de mora.

Sustitución pensional

En cuanto a la pensión de sobreviviente la norma a tener en cuenta para resolver es la vigente a la fecha de fallecimiento del señor JOHN FREDDY MELLIZO GARZÓN que lo fue el 12 de diciembre de 2016 como se acredita con el certificado civil de defunción por lo que respecto a la inconformidad de la parte demandada en cuanto a la dependencia económica, se debe acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 47 de la Ley 797 de 2003, que señala que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este; toda vez que el artículo fue declarado exequible salvo la expresión (de forma total y absoluta) la cual fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-111-06 de 22 de febrero de 2006.

La sentencia SL 2012 de 2020 en un caso similar al aquí planteado manifestó lo siguiente:

"En efecto, conforme lo ha definido la jurisprudencia de esta Corporación, entre muchas otras, en las sentencias CSJ SL18517-2017, CSJ SL12185-2016 y CSJ SL816-2013, la

existencia de dependencia económica de la madre o padre en relación con su descendiente, es un asunto que debe establecerse en perspectiva de las particularidades de cada caso, por lo que importa determinar, primero, si el reclamante cuenta con ingresos adicionales, como quedó visto en el caso; segundo, si estos son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento y necesidades básicas y, tercero, si de ser precarios, el apoyo o ayuda económica, aunque fuere parcial, era determinante para llevar una vida en condiciones dignas, con el objeto de establecer si la dependencia del beneficiario, respecto del causante, es fundamental."

La parte demandada aportó al proceso como pruebas documentales las siguientes:

- Formulario de afiliación al Fondo de fecha 28 de febrero de 2002
- La recepción de documentos para el trámite de la pensión de fecha 2 de marzo de 2017
- Información de los solicitantes, (fls. 60 a 63) donde se indica que el fallecido convivía con sus padres y hermanos, que la señora Alicia no ha trabajado y dependía del su esposo y del causante en forma parcial en cuantía de \$800.000 para gastos de manutención. El señor Pedro Mellizo informó que laboraba en flores desde hace 21 años, que devengaba un salario mínimo para la época y que parcialmente dependía económicamente del afiliado.
- La declaración juramentada ante la Notaría 2ª de Chía, presentada por los demandantes en la que manifiestan que dependían económicamente del causante, pues la señora ALCIA GARZÓN no labora, no recibe ingresos y padece de una parálisis de la mano izquierda y el señor Pedro Mellizo labora como operario en un cultivo de flores y percibe un salario mínimo legal. Que su hijo no estaba casado, no tenía hijos y no existen otras personas con derecho a reclamar.
- Declaración juramentada de los demandantes respecto a que por su hijo no perciben pensión alguna.
- En la investigación casual del fallecimiento de Protección de fecha 13 de marzo de 2017 se indica que el señor JOHN FREDDY MELLIZO GARZÓN falleció por causa de enfermedad cardiovascular en el lugar de trabajo por infarto fulminante, era dependiente y laboraba para Seguridad Lagus Ltda.
- En el informe de Consultores e investigadores de siniestros (fl. 77) se entrevistó el 3 de abril de 2017 a Cristian Mellizo (hermano del causante) quien manifestó tener 32 años, que el causante vivía en casa de sus padres con sus hermanos, que su hermano Julián trabajaba como ayudante de construcción o en lo que le salga y vive en diferentes partes. Dice que pagaba la luz y daba \$230.000 para

alimentación y que no les colaboraba más pues tiene que asumir los gastos de su hijo y a su mujer además de pagar una deuda que tiene y el mantenimiento de la moto; que su hermano John Freddy le daba a su mamá \$300.000 y le colaboraba a su hermana con los gastos del niño. Menciona que después del fallecimiento de su hermano se sostienen con lo que devenga su papá y que su hermana empezó a trabajar hace 2 meses y él les sigue colaborando con los \$230.000 y que actualmente vive con sus padres, pero responde con los gastos de su hijo y su mujer.

- En la entrevista de Zulma Patricia Rojas Mellizo (fl.81), ella manifestó que el afiliado fallecido vivía en casa de sus padres con sus hermanos, que la señora Alicia siempre se ha dedicado al hogar y su tío Pedro Mellizo es operario en Flores La Aurora, la hija se dedicaba al hogar hasta hace un mes que empezó a laborar, y que antes su hermano John Freddy era el que cubría los gastos del niño porque el padre no le colaboró.
- Ana Dolores Mellizo Robayo (fl. 85) comentó que el causante vivía en casa de sus padres con sus hermanos y el sobrino y que Julián venía, pero vivía en las casas donde trabajaba. Que John Freddy era guarda de seguridad, no tenía mujer ni hijos. Alicia se dedica al hogar; Pedro es operario de flores y la hija no trabajaba para entonces porque tenía un bebé. Cristian era guarda de seguridad, pero no colaboraba porque tenía mujer y un hijo. Manifiesta que Freddy era el que más les colaboraba porque los otros hijos tenían obligaciones.
- De los informes aportados se puede concluir que la pareja (padres demandantes) tuvieron 6 hijos, 3 de ellos fallecidos, de sus hijos vivos Cristian Mauricio es guarda, tiene un hijo pero vive con ellos; Julián trabaja en oficios varios y no saben dónde vive y Alejandra es soltera, tiene un hijo y labora como operaria en flores y vive con ellos. Residen en un inmueble en la vereda Espigas Bajo de Sesquilé en mal estado. Que había sacado un préstamo de \$3.000.000 para su hijo, pero cuando falleció tuvo que terminar pagándolo. Pedro manifestó que su hijo Cristian no les colaboraba porque lo que él cubría solo sus gastos y debe cubrir los gastos del hijo que tiene, lo mismo que la hija Jenny Alejandra que tiene un hijo y John Freddy era el que le colaboraba ya que solo empezó a laborar hace un mes. En el informe se indica que el inmueble donde reside la familia está avaluado en la suma de \$10.199.000.

Status del causante

El causante JOHN FREDDY MELLIZO GARZÓN aún no se encontraba pensionado y para el momento su fallecimiento se encontraba afiliado a PROTECCIÓN S.A., y conforme a la comunicación de fecha 13 de junio de 2017 (fl.14) le fue negado el reconocimiento pensional a los demandantes quienes se presentaron a reclamar. Los demandantes son personas que residen en la vereda Espigar bajo del Municipio de Sesquilé con estudios primarios, que no tienen medios electrónicos a su disposición y recurren a familiares para correo electrónico y tienen un inmueble avaluado en \$10.199.000.

La demandante ALICIA GARZÓN CASALLAS manifestó que se dedica al hogar, no recibe pensión y está casada con el demandante (pedro Mellizo) desde 1993, que cuando su hijo vivía asumía la mayoría de los gastos de ella, porque ella no puede trabajar debido a un accidente en su brazo desde pequeña, que su esposo se dedicaba a trabajar en flores y devenga un salario mínimo; dice que su hogar estaba conformado por 6 personas, 4 hijos y ellos dos y cuando su hijo murió Julián y Alejandra no trabajaban y Cristian y Freddy aportaban al hogar, dice que Fredy pagaba una deuda que se tomó a nombre del papa que tenía una cuota de \$160.000 y que terminaron pagando ellos después de su muerte, viven en casa propia. No sabe con exactitud el salario que devengaba su hijo.

PEDRO ANTONIO MELLIZO ROBAYO manifestó que antes del fallecimiento de su hijo trabajaba en flores con un salario mínimo, su hogar está compuesto por Cristian (34), Yesiht (21) y Jenny (17) que colaboraban con el hogar Freddy y Cristian Mauricio (los dos trabajaban como guardas de seguridad) no conoce con exactitud el salario que devengaban. Dice que su hijo les dejó una deuda que tuvieron que pagar por un préstamo en la cooperativa a que él tomó como afiliado con una cuota de \$160 o \$170 no recuerda exactamente. Menciona que viven un lugar pequeño pero propio en una vereda del municipio de Sesquilé

ELSA MIRYAM CAÑÓN, dijo vivir en una vereda del municipio de Sesquilé, la demandante es madrina de confirmación de su hija, son casados hace 22 años, tienen 3 hijos vivos, conoció a Freddy quien trabajaba en celaduría en Tocancipá, falleció el 12 de diciembre de 2016 por un infarto, vivía en la casa de sus padres, era soltero, colaboraba en el hogar de sus padres para mercado y lo que más

podría, también en la salud de la mamá a la que llevaba a médico particular por problemas con la EPS; no sabe por cuenta de quien estaba afiliada a salud cree que por el esposo. Freddy pagaba los servicios de la casa y le ayudaba a los hermanos Alejandra no trabajaba en ese momento porque el niño estaba pequeño y Julián se rebuscaba con el trabajo por lo que no colaboraba con el hogar, pero ahora está en casa por cárcel. Que John Freddy les ayudaba para arreglar la casa porque es muy humilde, está en pisos de tierra y tiene 3 habitaciones y la sala que también la tienen como habitación. Respecto del hijo Eduard Leonardo dice que era el menor de la casa y falleció a los 16 años y aunque no recuerda en que año si sabe que fue antes de que falleciera Freddy. Menciona que Freddy le pedía prestado dinero para gastos de la casa cuando faltaba algo, le consta porque le dio dinero para el pago de servicios. Dice que Cristian Mauricio tiene esposa y un hijo y para entonces cree que tenía 30 o 32 años.

ERMENCIA PÁEZ manifestó vivir en Sesquilé vereda Espigas Bajo, es pensionada, estudios primarios, conoce a los demandantes por ser vecinos, sabe que la señora es ama de casa y el señor salió pensionado hace poco. Conoce los hijos de la pareja Freddy (fallecido) y Cristian, Jenny Alejandra y Julián. Dice que Freddy era celador, vivía con los padres, la mamá le arreglaba la ropa y la alimentación y él ayudaba para mercado y servicios y llevaba al médico particular a la mamá; lo sabe porque trabajó con Freddy. Que el papá trabajaba para la época con flores y ganaba el salario mínimo. Cristian ya no vive con ellos tiene esposa y un hijo. La casa es en ladrillo y Eternit, tiene 4 habitaciones, Freddy tenía una habitación para él solo. Los gastos de la casa eran de servicios y alimentación, Freddy no paga arriendo por la habitación porque los ayudaba económicamente. Alejandra era madre soltera y trabaja para su hijo y Julián trabajaba en lo que le salía en construcción, pero no colaboraba en el hogar y actualmente tiene casa por cárcel. Cristian trabajaba, pero poco colaboraba porque tenía su hogar, viene a la casa y a veces trae mercado, pero no más.

Si bien ella estuvo conectada a la audiencia lo fue cuando la señora Garzón iniciaba con sus generales de ley para su declaración y en ese momento se le tomó juramento y se le indicó que se retirara de la audiencia virtual, por lo que no puede decirse que conociera la declaración de la demandante. Señala la recurrente que se realizó una errada valoración al material probatorio recopilado dentro del presente proceso por cuanto da por probado que la señora Alicia Garzón cuenta con una limitación física

porque así lo indicaron varios de los testigos e incluso ella lo manifestó, pero que no existe un dictamen médico, que es la prueba idónea.

Sin embargo, por tratarse el presente asunto del reconocimiento de una sustitución pensional por el fallecimiento del hijo de los demandantes no se hace necesaria una calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la señora madre del afiliado para que se acredite su estado de salud, pues basta con la prueba testimonial ya que lo que se hace necesario acreditar es su dependencia económica respecto del causante, aunque no se encuentre incapacitada para laborar.

Respecto a que se requiere que se demostró la existencia de ingresos para sufragar sus necesidades básicas, es cierto que el demandante Pedro Antonio Mellizo se encontraba laborando al momento del fallecimiento de su hijo y que devengaba un salario mínimo; ello no puede considerarse un ingreso suficiente para el sostenimiento de su familia que para el momento se encontraba conformada por él, su esposa, su hija Jenny Alejandra y de su nieto (bebé para esa época), por lo que en efecto era necesaria la ayuda que percibía de su hijo John Freddy para cubrir los gastos mínimo para el sostenimiento del hogar, pues es claro que se trata de un salario mínimo para el sostenimiento de 4 personas, por lo que al ser sus ingresos precarios, el apoyo o ayuda económica que recibía de su hijo Freddy, aunque fuere parcial, era determinante para llevar una vida en condiciones más dignas, sin que el aporte de su hijo Cristian pudiera ser suficiente pues él mismo indicó en el informe que tenía esposa e hijo, además de deudas propias y el mantenimiento de su moto por lo que no podía colaborar con más.

Lo anterior, se concluye de la declaración de la testigo Elsa Cañón, quien manifestó que John Freddy “colaboraba en el hogar de sus padres para mercado y lo que más pudiera, también en la salud de la mamá a la que llevaba a medico particular por problemas con la EPS y le ayudaba a su hermana Jenny Alejandra que no trabajaba en ese momento porque el niño estaba pequeño y que Julián se rebuscaba con el trabajo por lo que no colaboraba con el hogar. Que John Freddy les ayudaba para arreglar la casa porque es muy humilde, está en pisos de tierra y tiene 3 habitaciones y la sala que también la tienen como habitación”, lo cual es corroborado con la testigo ERMENCIA PÁEZ quien manifestó que “Freddy era celador, vivía con los padres, la mama le arreglaba la ropa y la alimentación y él ayudaba para mercado y servicios y llevaba al médico particular a la mamá; lo sabe porque trabajó con

Freddy. Que el papá trabajaba para la época con flores y ganaba el salario mínimo. La casa es en ladrillo y Eternit, tiene 4 habitaciones, Freddy tenía una habitación para él solo. Julián trabajaba en lo que le salía en construcción, pero no colaboraba en el hogar. Cristian trabajaba, pero poco colaboraba porque tenía su hogar”

En cuanto a que en los interrogatorios de parte los demandantes indicaron que solamente contaban con la ayuda de sus hijos John Fredy Mellizo y Cristian Mellizo, ya que el otro hijo de nombre Julián era estudiante, a lo cual la señora Ermencia Páez indica que el señor Julián sí trabajaba, lo cierto es que esta testigo no manifestó que Julián colaborara en el hogar de sus padres, pues si bien manifestaron que laboraba “en lo que le salía en construcción” también indicaron que “no colaboraba en el hogar”, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que no tenía un trabajo estable y tampoco los demandantes manifestaron recibir su ayuda.

Así las cosas, como John Freddy era soltero y no tenía obligaciones y conforme a los testigos, pagaba los servicios del hogar, les ayudaba con la compra de mercado y llevaba a su señora madre al médico por los problemas que tenía con la EPS, es claro que era la persona que más colaboraba con los gastos del hogar y que su ayuda era relevante para cubrir los gastos mínimos de la casa, por lo que su ayuda era necesaria para el sostenimiento del hogar y en consecuencia los demandantes acreditaron los requisitos para tener derecho a la pensión reclamada.

Sobre los intereses moratorios, indica la recurrente que el término con el que cuentan las AFP para resolver las peticiones es de 4 meses y no de 2 meses como se impuso en la sentencia, más aún cuando existen varias circunstancias que hacen dudar a la demandada de la dependencia económica, aunque sea parcial, debe traerse a colación la Ley 717 de 2001 que dispone en su artículo 1º lo siguiente:

"El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho."

Acorde con la norma transcrita es claro que le asiste razón al fallador de instancia cuando impuso la condena al pago de intereses moratorios tomando en cuenta el término de 2 meses a partir de la presentación de la reclamación con los

correspondientes documentos (22 de mayo de 2017) y no el de cuatro meses como lo pretende la recurrente.

Por lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

Costas. – Se confirman las costas impuestas en primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

DECISIÓN

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

RESUELVE

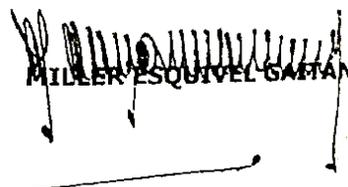
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de julio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS. SE CONFIRMAN las de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. Se fija como agencias en derecho la suma equivalente a UN MILLON DE PESOS. (\$1.000.000).

Notifíquese y cúmplase


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN DE DIOS BECERRA RODRÍGUEZ
contra JHON JIMY CASTAÑO BECERRA, NILSON CASTAÑO BECERRA, JOSÉ
RAMIRO CASTAÑO SERNA y HERDEROS INDETERMINADOS DE MARÍA
ESTRELLA BECERRA DE CASTAÑO. Rad. 2019 - 00709 - 01. Juz. 31.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JUAN DE DIOS BECERRA RODRÍGUEZ demanda a JHON JIMY CASTAÑO BECERRA, NILSON CASTAÑO BECERRA, JOSÉ RAMIRO CASTAÑO SERNA Y HEREDEROS INDETERMINADOS DE MARÍA ESTRELLA BECERRA CASTAÑO para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 a 7:

- En aplicación del principio de la primacía de la realidad se declare la sustitución patronal entre la causante MARÍA ESTRELLA BECERRA DE CASTAÑO y sus herederos, así como la solidaridad en el pago de las acreencias.
- Se condene a los demandados a pagar al demandante la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- La indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo
- Las cesantías causadas durante la relación laboral
- La sanción por falta de consignación de las cesantías
- La sanción por no pago de intereses a las cesantías de la Ley 52 de 1975
- Primas de servicios, vacaciones, aportes a pensión y aportes a seguridad social
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 5 que se resumen de la siguiente manera: Indica que actor que ingresó a prestar servicios a la señora MARÍA ESTRELLA BECERRA DE CASTAÑO el 9 de marzo de 2009 y hasta el 3 de mayo de 2019 en los almacenes de propiedad de la demanda mediante contrato verbal, desempeñando el cargo de oficios varios, vender muebles, recibir y entregar mercancías, aseo y atención de caja. Informa que el horario era de 11 am a 8 pm de domingo a domingo con dos días de descanso al mes y con un salario de \$900.000. Informa que después del fallecimiento de la señora BECERRA DE CASTAÑO continuó ejerciendo las mismas funciones bajo las órdenes de JHON JIMY CASTAÑO BECERRA, hijo de la señora MARÍA ESTRELLA, quien el 3 de mayo de 2019 le indicó que debía tomar un descanso y que lo llamaría posteriormente, lo que

no sucedió, por lo que los ha requerido en varias oportunidades para llegar a un arreglo respecto a las acreencias laborales.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad el 8 de noviembre de 2019 (fl.18); notificados los accionados y corrido el traslado respectivo, contestaron en los siguientes términos:

NILSON CASTAÑO BECERRA (fl. 26 a 36)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Negó los hechos planteados en la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la relación laboral, falta de causa sustantiva para la acción, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada.

JOSÉ RAMIRO CASTAÑO SERNA (fls. 41 a 49)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó el hecho relacionado con la citación ante el Ministerio para el reconocimiento de prestaciones y negó los demás hechos de la demanda.
- Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, buena fe y la genérica.

JOHN JIMY CASTAÑO BECERRA (No. 7 expediente digital)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Negó los hechos allí planteados.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de relación laboral, falta de causa sustantiva para la acción, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada.

EI CURADOR AD-LITEM DE LOS HEREDEROS INDETERMINADOS (No. 10 expediente digital).

- No se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Manifestó que no le constan los hechos.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y pago, buena fe y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 10 de junio de 2021 en la cual la cual se absolvió a los demandados de la totalidad de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante. Llegó a esta determinación luego de señalar que revisadas las probanzas allegadas al proceso no se encuentra acreditada la prestación del servicio del actor, carga de la prueba que le correspondía a la parte actora no obstante la presunción del artículo 24, pues debe acreditar por lo menos la prestación del servicio personal a los demandados. Señaló que el demandante allega copia del registro de defunción de la señora MARÍA ESTRELLA BECERRA el 11 de marzo de

2018, por lo que no pudo prestarle el servicio con posterioridad a dicha fecha como se indica en la demanda. En cuanto a la prueba de la prestación del servicio, señaló que de los interrogatorios no se podía concluir la prestación del servicio sino que el demandante tenía un carro con el que hacía acarreo en la cuadra, que convivía en la misma casa y la mamá señora María Estrella le daba alimentación y por eso él a veces le ayudaba, pero que hacía espumas y colchones en la casa donde vive que era de propiedad de ella quien además era quien pagaba los servicios, por lo que no encontró demostrada la confesión respecto a la prestación del servicio sino que ayudaba ocasionalmente a descargar por cuanto la señora Estrella le daba vivienda y alimentación por ser hermana del demandante. Respecto a la prueba testimonial compulso copias a los testigos OSCAR SANDOVAL y HUGO BOBADILLA por considerar que sus declaraciones fueron falsas, dadas las contradicciones encontradas en ella y consideró que no se probó la prestación del servicio sino una colaboración esporádica del actor en los almacenes de la señora María Estrella sin que se acreditara subordinación y dependencia como tampoco pago alguno. Reiteró que el demandante era hermano de la señora María Estrella y vivía en la casa de propiedad de ella, no pagaba arriendo ni servicios y tenía allí una fábrica de colchones de su propiedad, así como un vehículo con el que hacía acarreo; razones por las que absolvió a los demandados de las pretensiones de la demanda, condenó en costas al demandante y ordenó la remisión del proceso en el grado de consulta.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicitó que se revoque la decisión, en razón a que se encuentra demostrado que existió una relación laboral con María Estrella Becerra, además que, como consecuencia de su fallecimiento, existió sustitución patronal, situación que se corrobora con las declaraciones de los demandados que afirmaron haberlo visto en el establecimiento de comercio de la señora Becerra, realizar diligencias y recibir vivienda y alimentación en contra prestación a esas labores realizadas.

Parte demandada.

José Ramiro Castaño Serna: Pidió que se confirme la decisión, en razón a que no se demostró la prestación personal del servicio del actor respecto de la señora María Estrella Becerra, existieron contradicciones en las declaraciones dadas por los testigos, así como el interrogatorio absuelto por el actor en el que un tercero le indujo las respuestas.

Los demás demandados guardaron silencio en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del presente proceso en el grado jurisdiccional de CONSULTA toda vez que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador demandante, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo

Contrato de trabajo

Para que se configure un contrato de trabajo deben confluír unos elementos que están definidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que corresponden a la labor personal desarrollada por el trabajador, la continuada subordinación y la remuneración. Respecto a estos elementos se tiene que la labor debe ser realizada en forma personal por el trabajador, es decir, que no puede delegarse a otra persona; igualmente debe realizarse bajo la subordinación y dependencia continuada del empleador quien tiene la facultad de impartir órdenes al trabajador y este la obligación de acatarlas en todo momento, y por último la retribución, salario o remuneración como contraprestación de la actividad personal realizada por el trabajador.

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, por lo que le basta al trabajador demostrar la prestación del servicio para que se presuma que éste se dio bajo un contrato de trabajo, y en consecuencia se revisarán las pruebas testimoniales allegadas al proceso ya que no se aportó prueba documental.

En el interrogatorio de parte rendido por el señor JUAN DE DIOS BECERRA RODRÍGUEZ manifestó que es hermano de la señora MARIA ESTRELLA BECERRA y los demandados son dos sobrinos y el cuñado, que no recibió ayuda económica de su hermana que vive en esa casa lote hace 30 años para que la cuidara. Que ella lo contrató para que le administrara los almacenes y para hacer oficios varios, vendía y organizaba la mercancía, desde el año 2009 en un almacén de muebles que ella tenía y que ella le pagaba el sueldo, pero sin prestaciones, que trabajaban cuatro personas; que el salario fue de \$900.000; que las ordenes las daba su hermana y él hacía los pedidos y todo lo que se necesitaba; que en esa época no hacía acarreo sino al final porque no sabía manejar y le tenía conductor al carro y a él le pagaban un porcentaje por los acarreo de los almacenes de su hermana y otros. Que el almacén pagaba los acarreo. Que trabajo con su hermana hasta el 2019 en los almacenes de muebles María Becerra, que eran dos locales en el barrio Lucero donde venden muebles de hogar y oficina. Que lo retiró del servicio su sobrino porque estaba muy malo y no podía tener más trabajadores (quedó grabado en el audio que otra persona le estaba informando lo que debía responder) Que no firmó ningún documento. No estuvo afiliado a seguridad social y el tenía SISBEN. Que en su casa trabajaba haciendo colchones (2 o 3) y se los vendía a ella (su hermana), pues entraba a las 11 del día y trabajaba hasta las 8 o 9 de la noche de domingo a domingo y tenía un día de descanso al mes entre semana. Que la camioneta la compró con lo que le dieron por haber laborado 17 años en otras empresas. Que el otro hermano trabajaba con ella y cuando él se retiró, lo contrataron a él. Que no se pagó sus prestaciones siendo administrador, porque su hermana no lo autorizó y ella era la que le pagaba. Que trabajó con ella hasta (2017 o 2019) no recuerda, que ella falleció y él siguió trabajando con Jimmy, que fue quien quedó a cargo del almacén y él le pagaba.

JIMY CASTAÑO BECERRA, dijo que es transportador desde más hace 20 años, que María Estrella (mamá) tenía dos locales desde hace unos 30 años, el de la casa era de muebles y el otro muy pequeño al frente de la casa desde hace unos 10 años; que María Estrella los atendía con su papá hasta cuando se separaron. Que no estuvo presente y no conoce las relaciones laborales que tenían, iba muy de vez en cuando pues vivía aparte de sus padres. Que el demandante es su tío y ella siempre estuvo pendiente de ayudar a los hermanos, pero no sabe de vínculo laboral. Que ella nunca le dijo que el actor fuera empleado ni nada. Que cuando su mamá falleció los locales

quedaron en cabeza de su hermano y él, que en ese tiempo el demandante no les prestó ningún servicio, que tenían un señor que les colaboraba, pero de manera eventual. Que su mamá les suministró vivienda y alimento toda la vida a sus hermanos (demandante), porque ella era como una mamá para ellos y no le consta que el hiciera una retribución por eso. Que el demandante hace unos 5 años tiene un carro de hacer acarreos en la cuadra donde están los almacenes.

NILSON CASTAÑO BECERRA, dijo ser transportador y administra los locales desde que falleció su mamá (María Estrella), que tenía los locales hace unos 30 años con el primero y 8 o 9 con el segundo, son almacenes de venta de muebles, ella los administraba cuando vivía pues un local queda en frente del otro y había otros dos empleados pero no sabe como estaban contratados; no le consta que el demandante prestara sus servicios a su mamá; dice que vivieron en la misma casa mucho tiempo, y el actor aún vive en la casa de su papa, ella (mamá) les colaboraba con alimentación y él a veces le colaboraba en el almacén pero no sabe lo que hacía y no vio que le pagara sino que la relación era familiar. Dice que fallecida ella quedaron su hermano y él pendientes del almacén, tenían dos empleados desde cuando vivía su mamá y duraron solo un mes después que ella falleció. Que Juan de Dios no prestó servicios después del fallecimiento de la señora María Estrella, sabe que él hace acarreos y colchones en la casa donde viven.

JOSE RAMIRO CASTAÑO, es comerciante y esposo de la señora María Estrella, dijo que ella tenía dos locales comerciales, uno en la casa y otro en frente, desde hace más de 20 años y el otro 8 o 9 años, que venden muebles, ella administraba los dos locales por la cercanía, que el demandante le colaboraba porque ella lo mantuvo toda la vida con la comida y la vivienda en una casa donde ellos vivían inicialmente y que actualmente él sigue pagando los servicios porque no le han entregado el inmueble. Menciona que si el demandante estaba por ahí le colaboraba a descargar mercancía, pero no era de todos los días. No conoce que tuvieran contrato laboral. Sabe que el demandante hacía colchones y los vendía y tiene su carro de acarreos desde hace unos 4 años. No sabe de los empleados, porque no vivía con ella (María Estrella) desde hace unos 20 años, pero se visitaban todos los días. Cuando ella falleció los hijos quedaron administrando los almacenes, no tenían empleados.

OSCAR JULIO SANDOVAL GUZMÁN, manifestó ser transportador desde hace un año en el vehículo de Ramón Julio Becerra hermano del demandante. Conoce al demandante desde hace más de 15 años por ser su suegro, sabe que él también hace transporte de mercancías desde que salió del almacén hace unos 3 años; que Juan de Dios vive en el barrio Lucero Bajo pero no sabe de quien es el inmueble y siempre han vivido ahí; que antes era vendedor del almacén muebles Becerra y en esa época el testigo manejaba el carro del demandante; que siempre hacía de todo en el almacén que era de la hermana y luego del fallecimiento de ella quedó a cargo de los dos hijos y el papa de ellos. Que trabajan de domingo a domingo, abrían de 8 a 9 y hasta la 8 o 9 de la noche, los empelados abrían el almacén, José Becerra que también es hermano de la señora María Estrella y Juan de Dios, que trabajaron conjuntamente todo el tiempo, tenían casi la misma labor solo que Juan de Dios se encargaba de los arreglos de los muebles, no sabe el salario, pero que le pagaba la señora Estrella aunque no sabe con qué periodicidad; que Juan elaboraba colchones porque tiene esa fábrica desde que los conoce y en tiempos libres los hacía. Dice que el actor prestó servicios en el almacén unos 8 o 10 años, más o menos desde el 2010 y que dejó de prestar sus servicios después de que falleció su hermana; que le dijeron que saliera a descansar y ya no volvió, no recuerda cuando sucedió eso.

Ella (María Estrella) administraba el almacén y luego cuando enfermó había un señor Fabio y luego no sabe, porque dejó de frecuentar el almacén, pero no recuerda los tiempos con exactitud. Que Juan de Dios tenía el camión para acarreos y le entregaba cuentas por ser el dueño del carro, que también fue empleado del demandante hace unos diez años en la fábrica de colchones que él tiene con la esposa y que el actor trabajaba en la fábrica ocasionalmente fuera del horario de trabajo del almacén; los colchones los vendían a diferentes partes incluida la hermana. Que el camión del demandante señor Juan de Dios, lo manejó entre el 2016 a 2017 y trabaja en esa zona.

HUGO BOBADILLA CUADROS, manifestó que reside en el Barrio Lucero Bajo, se dedica a oficios varios hace cuatro años en la Calle 106 con Autopista. Conoce al demandante porque hace unos 30 años que son vecinos, han vivido toda la vida en un casa lote bodega, pero no sabe de quién es; que trabajó con la señora María Estrella hace unos 22 años; que Juan de Dios trabajó siempre con la hermanda, hace 25 o 26 años, en los almacenes vendiendo muebles al principio era el que hacía los colchones en la bodega donde viven y luego dejó de hacer colchones y empezó como vendedor hace unos 15 años como en el 2007 o 2008, no recuerda el año y hasta hace unos dos años (2019), no sabe de la remuneración pero sí que tenía sueldo pero no vio que le pagaran sino que se lo decía. Que le dijo la esposa del demandante, que le dieron vacaciones y después no lo volvieron a recibir.

De las pruebas así recepcionadas no se puede dar por demostrada la existencia de una relación laboral, en primer lugar, porque los testigos no son constantes y coherentes en sus declaraciones, pues Hugo Bobadilla indica que el actor laboró en el almacén desde hace 25 o 26 años y desde hace 15 años como vendedor, mientras que el otro testigo dice que laboró desde el año 2010. Por otra parte, el señor Bobadilla dice que laboró hasta el 2019 y el señor Sandoval dice que hasta hace 3 años (2017). Así mismo indica que José Becerra, que también es hermano de la señora María Estrella y Juan de Dios, trabajaron conjuntamente todo el tiempo en el almacén e incluso que tenían casi la misma labor solo que Juan de Dios se encargaba de los arreglos de los muebles, contrario a lo que manifiesta el mismo demandante quien expresa en el interrogatorio de parte que "el otro hermano trabajaba con ella y cuando él se retiró, lo contrataron a él".

Aunado a lo anterior hay que resaltar que en el interrogatorio de parte quedó grabado en el audio que otra persona le indicaba al demandante las respuestas que debía dar.

En concordancia con lo expuesto, no se demostró la prestación del servicio y si en algún momento el actor prestó servicios no demostró el tiempo durante el cual lo hizo, razón por la que debe confirmarse la decisión de primera instancia en cuanto no cumplió los requisitos del artículo 23 del C.S.T. para acreditar la existencia de la relación laboral.

Costas. - Las de primera instancia se confirma. Sin costas en esta instancia por tratarse dl grado jurisdiccional de CONSULTA.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO COSTAS.- Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

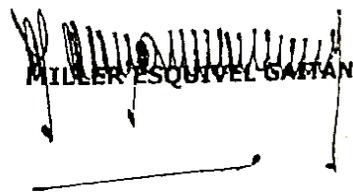
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIME MARÍN JIMÉNEZ CONTRA COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00071 01. Juz. 32º.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a proferir la siguiente

SENTENCIA

JAIME MARÍN JIMÉNEZ demandó a COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 6.

- Se declare que el demandante tiene derecho al pago de la devolución de aportes de acuerdo a la Ley 100 de 1993
- Se ordena a COLPENSIONES y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO emitir el bono pensional a favor de la AFP PROTECCIÓN
- Se ordene a la AFP PROTECCIÓN reconocer y pagar la devolución de aportes a que tiene derecho el actor
- La indexación de las sumas adeudadas
- Facultades ultra y extra petita
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 y 6. Señala que el demandante laboró en varias empresas privadas cotizando a COLPENSIONES y por último a la AFP PROTECCIÓN. Que cotizó con el magisterio oficial por lo que el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconoció al actor la pensión de jubilación mediante Resolución 7254 del 31 de diciembre de 2010 por aportes efectuados a entidades del Estado con las que laboró como docente, sin tener en cuenta los aportes efectuados con empresas privadas.

Señala que el 13 de diciembre de 2017 solicitó ante la AFP PROTECCIÓN la devolución de saldos por la imposibilidad de seguir cotizando y solicitó la devolución de los aportes efectuados a COLPENSIONES, sin pronunciamiento a la fecha por parte de la AFP PROTECCIÓN. Que el 11 de octubre de 2017 solicitó a COLPENSIONES el traslado de los aportes efectuados en el sector privado a la AFP PROTECCIÓN lo que fue respondido mediante comunicado del 24 de octubre de 2017 mencionando que el trámite para la emisión del bono pensional está a cargo de la AFP PORVENIR.

Informa que el 17 de octubre de 2017 solicitó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se aprobara el bono pensional, lo que fue negado mediante oficio del 8 de noviembre de 2017.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad el 22 de febrero de 2019 y notificada las accionadas y a la AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado correspondiente contestaron la demanda de la siguiente manera:

COLPENSIONES contestó la demanda en los siguientes términos: (fls. 60 a 66)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda relacionadas con COLPENSIONES.
- Aceptó el hecho relacionado con las cotizaciones recibidas por COLPENSIONES y las solicitudes presentadas y manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de buena fe de COLPENSIONES, prescripción, cobro de lo no debido y la innominada o genérica.

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como se observa a folios 83 a 93 y 122 a 132.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que el actor no tiene derecho a recibir prestación alguna del RAIS
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda, salvo los relacionados con la reclamación
- Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la casusa por pasiva y buena fe.

Por su parte la AFP PROTECCIÓN contestó la demanda en los términos que obran a folios 147 a 154.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó las reclamaciones y la afiliación al Fondo y manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación de devolución de saldos de los aportes que pretende el demandante traslade de COLPENSIONES a PROTECCIÓN, buena fe, imposibilidad jurídica de realizar la devolución de saldos de los bonos pensionales a cargo del emisor, responsabilidad del emisor del bono pensional en su pago a PROTECCIÓN para atender la devolución de saldos, inexistencia de intereses moratorios e indexación y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 28 de junio de 2021 en la cual declaró que el demandante JAIME MARÍN JIMÉNEZ tiene derecho a la emisión y redención del bono pensional por los tiempos cotizados al ISS hoy COLPENSIONES entre los años 1984 y 1999 y como consecuencia ordenó a PROTECCIÓN S.A. tramitar ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la emisión y redención del bono pensional y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO levantar cualquier tipo de restricción sobre el bono pensional que reclama el señor MARÍN JIMÉNEZ y una vez redimido el bono pensional PROTECCIÓN S.A. deberá determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez o la devolución de saldos conforme los artículos 64 y 66 de la Ley 100 de 1993, y establecido lo anterior proceder de conformidad con lo que se establezca frente al derecho pensional reclamado. Condenó en costas al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a favor del demandante y sin costas respecto de las codemandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

La juez A-quo señaló en la sentencia que el actor cuenta con 65 años al año 2021 y que se le reconoció pensión de jubilación por parte del magisterio a partir del 7 de septiembre de 2010 conforme a la Resolución 3274 de 2010. Que conforme al reporte de semanas de cotización allegado al expediente digital (fl. 77 a 82) el demandante cotizó 554 semanas al ISS entre el 3 de septiembre de 1984 y el 31 de agosto de 1999 con instituciones educativas y posteriormente se trasladó a la AFP PROTECCIÓN donde cotizó entre 1999 y 2003 también con instituciones educativas, donde solicitó la devolución de los aportes lo que no fue aceptado por la AFP.

Mencionó que la Ley 100 de 1993 establece en los artículos 66 y 67 lo relacionado con la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual de donde concluye que con las pruebas allegadas al proceso, las cotizaciones efectuadas por el demandante al ISS y a la AFP PROTECCION S.A. fueron efectuadas con ocasión a la vinculación del demandante al sector privado y que estas no se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del magisterio, por lo que es compatible la pensión de jubilación reconocida con la pensión de vejez o con la devolución de saldos por parte de la AFP, para lo que tuvo en cuenta la variación de la política por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y dispuso se emita el bono pensional correspondiente a las cotizaciones efectuadas al ISS y a la AFP entre los años 1984 y 1999 para lo que indicó que la AFP debe proceder a adelantar los trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la emisión del bono pensional y al Ministerio levantar cualquier restricción que exista para su expedición y hecho lo anterior, proceda la AFP a determinar de acuerdo a la suma existente, si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez o proceder con la devolución de saldos. Declaró no probadas las excepciones propuestas, pero no impuso condena en costas frente a COLPENSIONES ni a la AFP PROTECCION debido que su negativa se debió al actuar del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a quien condenó en costas.

CONSULTA

Se remitió el proceso en el grado jurisdiccional de CONSULTA, por lo que se revisará la condena impuesta en contra del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: No se pronunció en esta etapa procesal

Parte demandada: No hizo manifestación alguna en esta etapa del proceso.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el grado jurisdiccional de consulta se procede por la Sala a determinar si es procedente la expedición del bono pensional pretendida en la demanda, para lo que se tiene en cuenta que el demandante cuenta con 65 años de edad y que se le reconoció pensión de jubilación por parte del magisterio a partir

del 7 de septiembre de 2010 conforme a la Resolución 3274 de 2010 (fl.36 y 37 del archivo 01 del expediente).

También se observa a folios 62 a 82 el reporte de semanas de cotización allegado al expediente digital, conforme al cual el demandante cotizó 554 semanas al ISS y conforme al folio 168 cotizó 557,29 semanas entre el 3 de septiembre de 1984 y el 31 de agosto de 1999 con instituciones educativas de carácter privado y posteriormente se trasladó a la AFP PROTECCIÓN donde cotizó 111,43 semanas entre 1999 y 2003 para un total de 668.72 semanas cotizadas entre los dos regímenes.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público en sus alegatos manifestó que por cuestión de tiempo no se alcanzó a presentar el acta del comité de conciliación al respecto, pero que existe la disposición del Ministerio al respecto por lo que no mantenía lo manifestado en la contestación de la demanda.

Para resolver la Sala tendrá en cuenta lo indicado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL-2170 de 2019 donde indicó:

"Ahora, de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política se concibe por tesoro público el proveniente de La Nación, de las entidades territoriales y las descentralizadas. En ese entendido, se pagan con tales recursos, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de económica mixta en las que predomine el capital estatal y, en consecuencia, una pensión de jubilación otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del erario, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante.

No obstante, esta Sala ha determinado que si la pensión de jubilación se concedió únicamente en virtud de los servicios prestados al Estado, y la de vejez por contar con las semanas exigidas por ley derivadas de servicios prestados exclusivamente al sector privado, estas resultan plenamente compatibles.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que las pensiones de vejez reconocidas por el ISS hoy Colpensiones no son una asignación proveniente del erario, por ser este un mero administrador de modo que la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política no aplica en estos eventos (CSJ SL 24062, 14 feb. 2005, CSJ SL4413-2014, CSJ SL16083-2015, CSJ SL10671-2016)."

Respecto al origen de los recursos administrados por COLPENSIONES la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4538-2018, indicó que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales y COLPENSIONES solo actúa como su administrador, toda vez que las reservas pensionales no son de su propiedad, razón por la que cuando se trata de dos pensiones que tienen origen diferente y corresponden a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, y la de jubilación que se otorga por tiempo de servicio prestado al Estado, estas son compatibles.

En este caso la pensión de jubilación que se reconoció al demandante mediante la Resolución 7254 del 31 de diciembre de 2010 (fl. 36 37) lo fue por haber prestado sus servicios por 20 años de servicio como docente de vinculación nacionalizado, conforme al certificado de la historia laboral 180368 expedido por el Grupo de Certificaciones laborales de la Secretaría de Educación, según el cual el trabajador prestó sus servicios nombrado por el Decreto 238 del 21 de febrero de 1979 y renunció conforme a la Resolución 2841 del 26 de noviembre de 2009 a partir del 31 de diciembre de 2009.

Por su parte los aportes realizados al ISS y a la AFP PROTECCIÓN S.A. fueron efectuados por haber prestado sus servicios como docente en los Colegios Salesiano, El Minuto de Dios y Congregación Dominicas de Santa Catalina, los cuales son de carácter privado, por lo que esta prestación tiene su fuente en el sistema general de pensiones y los dineros no provienen del tesoro público, razón por la que se trata de dos prestaciones que tienen origen diferente y corresponden por una parte, a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo distintos, realizados con diferentes empleadores del sector privado, y por otra parte la pensión de jubilación que se otorga por tiempo de servicio prestado al Estado.

Conforme a lo anterior es procedente tal y como se dispuso en la sentencia objeto de consulta, que se expida el bono pensional correspondiente por parte del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para que una vez recibido por la AFP PROTECCIÓN, esta pueda resolver de conformidad con el capital acumulado, si el actor tiene derecho a la pensión de vejez o a la devolución de saldos.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

Costas. - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

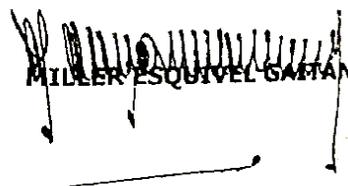
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de junio de 2021, conforme a lo expuesto anteriormente.

SEGUNDO. – Costas de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RICARDO JOAQUÍN VÁZQUEZ MARTÍNEZ CONTRA CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED. RAD. 2019 00136. JUZ 33.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

RICARDO JOAQUÍN VÁZQUEZ MARTÍNEZ demando a CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 2.

- Reliquidación de pensión de jubilación a partir del 22 de mayo de 1998 en cuantía de \$7.261.188 reajustada anualmente a partir del 1º de enero de 1999.
- En subsidio reliquidar la pensión a partir del 22 de mayo de 2003 en cuantía de 25 salarios mínimos legales reajustada anualmente a partir del 1º de enero de 2004.
- Pagar las diferencias entre las mesadas pensionales debidas y las que se venían pagando al acto, con la correspondiente indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 7 que se resumen de la siguiente manera: Informa que el demandante laboró para la sociedad ESO COLOMBIA LIMITED desde el 11 de febrero de 1971 al 30 de junio de 1995 quien asumía el

pago de la seguridad social en pensiones y por escisión trasladó parte de sus activos a ESSO PRODUCCIÓN INC que por haber cumplido 50 años de edad el 22 de mayo de 1998 la Sociedad INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION como sustituta de ESO COLOMBIANA LIMITED le comunicó el 2 de junio de 1998 el reconocimiento de la pensión de jubilación a partir del 22 de mayo de 1998.

Señala que el salario devengado era de \$5.849.128,41 de los cuales era factor variable la suma de \$804.295,08. Que entre la fecha en que terminó el contrato de trabajo (30 de junio de 1995) y la fecha de reconocimiento pensional (22 de mayo de 1998) se debió actualizar el salario promedio por lo que la base para liquidar la pensión era de \$9.681.584 por lo que el 75% equivalía a la suma de \$7.261.188, mientras que la demandada le reconoció la suma de \$4.076.520 que era el equivalente a 20 salarios mínimos cuando la Ley 100 de 1993 eliminó el tope máximo de las pensiones y la Ley 797 de 2003 elevó el tope máximo de las pensiones a 25 salarios mínimo y los límites máximos de cotización fijados en la mencionada ley fueron ajenos a la pensión de jubilación extralegal voluntaria, por lo que la demandada está en mora de pagarle las diferencias entre las mesadas pensionales que le corresponden y las que le han venido pagando. Que la demandada actualmente cambió su nombre a CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de esta ciudad el 15 de julio de 2019 (fl. 85); notificada la accionada (fl. 101) y corrido el traslado respectivo, contestó la demanda CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED en la forma y términos del escrito visible a fls. 113 A 126.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó los hechos relacionados con la prestación del servicio a ESSO COLOMBIA LIMITED, el reconocimiento de las pensiones por parte de la empresa, la escisión de la empresa y el reconocimiento pensional en la fecha indicadas en la demanda por el cumplimiento de la edad conforme a la normatividad vigente, pero no respecto del último salario devengado por el actor y negó los demás.
- Formuló como excepción previa la de prescripción y como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 13 de mayo de 2021 (fl. 140 a 141 y CD. No.2) en la que absolvió a la demandada CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Condenó en costas a la parte actora.

Llegó a esta determinación luego de establecer que la pensión surge conforme a la naturaleza jurídica de los activos asumidos por la demandada y señaló que la pensión reconocida al demandante no es voluntaria ni de carácter convencional o colectivo, sino de carácter legal en aplicación del artículo 260 del C.S.T. supeditada a los límites del artículo 35 de la Ley 100 de 1993 por lo que la base de cotización estaba limitada a 20 salario mínimos y que además, la base de cotización del actor tampoco superaba este límite. Por que consideró que la pensión se encontraba ajustada a derecho conforme al artículo 35 que no consideró que anulara el limite del tope de la pensión de jubilación, pues no se trata de una pensión voluntaria por lo que se aplicó el monto máximo establecido en el artículo 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 que se encontraba vigente al momento del reconocimiento pensional. Respecto a la pretensión subsidiaria en relación a que se le aplique el reajuste del limite conforme a la Ley 797 de 1993, lo que no reconoció por cuanto para ese momento ya se había reconocido al demandante la pensión y se habían fijado las reglas que regían el disfrute de la pensión, lo que es contrario al artículo 16 del C.S.T., máximo cuando no existe duda en la norma a aplicar y no se cotizó sobre 25 salarios mínimos legales vigentes por lo que no puede reconocerse la pensión con este tope para lo que también tuvo en cuenta el Acto Legislativo 1 de 2005 y por ello absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones propuestas.

Recurso de apelación

Parte demandante: Argumentó que no es cierto que cuando se reconoció la pensión se hizo teniendo en cuenta una Resolución de 1993 que fijó la afiliación de

los trabajadores petroleros se pueda aplicar al actor. Señala que en 1967 cuando el ISS asumió los riegos, se crearon 3 clases de trabajadores, los que ya tenían el derecho a la pensión que no era parte de la seguridad social; los trabajadores entre 10 y 15 años de servicios que eran pensiones compatibles y los de menos de 10 años de servicios. Que cuando el ISS llamó a las empresas petroleras a afiliar a sus trabajadores no podía llamar al actor porque ya había completado 20 años de servicios. Que el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 que decía que no podía haber pensiones superiores a ese tope no era aplicable al actor porque el demandante jamás cotizó y que en la comunicación del 2 de mayo la demandada le reconoció la pensión (fl. 62) pero no hizo referencia a ningún tope al valor de la pensión y que cuando el actor en 1998 cumplió los 50 años de edad, la norma no establecía topes porque el Decreto que reglamentó el artículo fue declarado inconstitucional conforme a la sentencia Rad. 11684/97 del Consejo de Estado, por lo que no se podía aplicar. Indica que las pensiones voluntarias para las personas entre los 50 y 55 años no esta sujeta a topes salvo que las partes lo acuerden expresamente para lo que citó las sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo de 2011 Rad. 42141; Rad. 6972 de 2015 y Rad. 1821 de 2019) y que la demandada no le dijo que pensión y que topes estaba aplicando sino que hizo referencia a la Ley para efectos de la salud que como pensionado tenía derecho, por lo que como las partes no acordaron limites, debe revocarse la sentencia y acceder a la pretensión principal.

En cuanto a la pretensión subsidiaria indica que no se trata de efectos retroactivos pues es una pensión en curso, por lo que hacia el futuro debe aplicarse el tope de 25 salarios mínimos y que la Corte Constitucional dice que la pensión puede sufrir aumentos hasta el nuevo tope máximo y la pensión del demandante permite la aplicación del tope máximo hasta la entrada de la nueva ley y a partir de allí aplicar los nuevos topes porque la pensión del demandante no es un derecho consolidado pues se causa mensualmente, por lo que considera que tiene derecho a la pretensión subsidiaria.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pide se revoque la decisión proferida y se reitera en los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

Parte demandada: Solicita sea absuelta de las pretensiones de la demanda en razón a que la pensión reconocida al demandante tiene un límite de monto máximo de 20 salarios mínimos legales mensuales, conforme a la normatividad vigente a la época del reconocimiento, aplicándose lo establecido en la ley 100 de 1993 y el decreto reglamentario 314 de 1994.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

Status de Pensionado del Demandante

En la comunicación de fecha 2 de junio de 1998 (fl. 29) INTERNATIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION comunicó al señor RICARDO JOAQUÍN VÁZQUEZ MARTÍNEZ que le reconocía la pensión de jubilación a partir del 22 de mayo de 1998 en cuantía de \$4.076.520.

Reliquidación de la pensión.

Conforme a las pretensiones y hechos de la demanda solicitó en su demanda la parte actora que se reliquide la pensión de jubilación reconocida a partir del 22 de mayo de 1998 a la cantidad de \$7.261.188 reajusta anualmente a partir del 1º de enero de 1999 en subsidio se reliquide la pensión a partir del 22 de mayo de 2003 en el equivalente a 25 salarios mínimos legales mensuales a partir del 1º de enero de 2004.

En el recurso de apelación señaló la parte recurrente que cuando el ISS llamó a las empresas petroleras a afiliarse a sus trabajadores no podía llamar al actor porque ya había completado 20 años de servicios. Que el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 que decía que no podía haber pensiones superiores a ese tope no era aplicable al actor porque el demandante jamás cotizó y que en la comunicación del 2 de mayo la demandada le reconoció la pensión (fl. 62) pero no hizo referencia a ningún tope al valor de la pensión y que cuando el actor en 1998 cumplió los 50 años de edad,

la norma no establecía topes porque el Decreto que reglamentó el artículo fue declarado inconstitucional conforme a la sentencia Rad. 11684/97 del Consejo de Estado, por lo que la pensión no está sujeta a topes salvo que las partes lo acuerden expresamente.

El primer punto para resolver es el relacionado el régimen aplicable a las empresas de petróleos, para lo que se tiene en cuenta que mientras que las empresas debían afiliarse a sus trabajadores en el lugar donde se encontraran operando, no existía dicha obligación para las empresas petroleras, toda vez que tanto el Decreto 1993 de 1967 como el Decreto 064 de 1968 dejaron a criterio de su Dirección General la fijación de la fecha en que iniciarían las cotizaciones para todos los riesgos y solo hasta el Decreto Ley 1650 de 1987 y el Decreto 3063 de 1989 se ordenó la afiliación obligatoria de los trabajadores nacionales y extranjeros de las actividades de exploración, explotación, extracción, refinación, transporte, distribución y venta de la industria del petróleo y sus derivados y la Resolución 4250 de 1993, finalmente indicó fijó como fecha definitiva de inscripción en el régimen de seguros sociales obligatorios el 1º de octubre de 1993. En 1993 se expidió la ley 100 y a partir de su vigencia adquirió carácter general la obligación de los empleadores de afiliarse al régimen de seguridad social en pensiones a sus trabajadores, incluidos los de la industria del petróleo.

Ahora para determinar el origen de la pensión reconocida al actor a fin de establecer cuáles son las normas para aplicar al caso, se dirá que el régimen jurídico general establecido para el pago de pensión de jubilación a los trabajadores del sector privado, como es el caso en estudio, con anterioridad a la Ley 100 de 1993 era la Ley 6 de 1945, que reglamentaba las relaciones entre empleadores y trabajadores, entre ellas la pensión de jubilación y que en su artículo 14 establecía:

"La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$ 1.000.000) estará también obligada

a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos esté situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;

b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de éstos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión."

Por su parte el artículo 12 de la mencionada Ley indicó que esta obligación iría hasta la creación de un Seguro Social, momento a partir del cual se sustituía al empleador y el ISS asumía los riesgos de vejez, invalidez y muerte; la enfermedad general, la maternidad y los riesgos profesionales de los trabajadores.

Ley 90 de 1946 en su artículo 72 estableció:

*"Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, **se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso.** Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores". (Negrilla fuera de texto)*

Así las cosas, la norma que venía rigiendo antes de la Ley 90 de 1946 era la Ley 6ª de 1945 que seguiría rigiendo hasta la fecha en que el ISS asumiera el riesgo, lo que no sucedió en este caso en que el trabajador no fue afiliado a seguridad social, por lo que estaba asignada al empleador la obligación de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

En la comunicación en que la demandada reconoce la pensión al actor (fl. 29) no se hace mención al cumplimiento de requisitos de carácter convencional, como tampoco indica que se trate de una pensión voluntaria, por lo que no puede

concluirse que se trate de una pensión voluntaria como se indica en la demanda, sino que se debe entender que se trata de una pensión legal, que se rige por las normas vigentes sobre la materia y a cargo del empleador por cuanto el riesgo no fue asumido por el ISS, acorde con el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 259, que señaló como regla general, lo siguiente:

"1. (...)

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto." (Negritas fuera de texto)

Conforme a lo expuesto y a la mencionada comunicación aportada, la norma que se aplicó al actor, teniendo en cuenta que su empleador no había sido llamado a efectuar cotizaciones al sistema de seguridad social no obstante haber laborado entre el 11 de febrero de 1971 y el 30 de junio de 1995, fue la ley 6 de 1945, norma que estaba rigiendo a la expedición de la Ley 90 de 1946, pues se reconoció la pensión conforme al artículo 14 que ordenaba pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados y en consecuencia por tratarse de una pensión legal, se encuentra sujeta a los topes máximos establecidos para su reconocimiento en la Ley, en este caso en la Ley 100 de 1993, norma que se encontraba vigente al momento en que le fue otorgado el reconocimiento pensional por parte del empleador en el año 1998.

En cuanto al tope máximo a reconocer, se tendrá en cuenta lo indicado en la sentencia C-078 de 2017 según la cual el tope máximo para el reconocimiento pensional se aplica tanto al sector público como al sector privado y señaló que "el límite de 25 SMLMV al IBC introducido con el inciso 4 del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, se enmarca dentro del margen de libertad de configuración legislativa y responde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, al asegurar de manera general la correspondencia entre el valor de la cotización y el monto de la pensión (salvo los casos regulados por el Gobierno Nacional), sin que ello desconozca el artículo 48 Superior, razón por la cual la expresión acusada será declarada exequible".

Ahora, conforme a la liquidación final de prestaciones sociales aportada al proceso y que obra a folio 27, el demandante devengó durante el último año de servicios la suma de \$70.189.541 es el valor que se indica allí como valor matriz, es decir que para el año 1998 devengó un promedio de \$5.849.128,41 y en consecuencia el 75% equivalía a \$4.386.846,31; sin embargo, como para el momento el tope para el reconocimiento de pensiones era de 20 salarios mínimos que equivalían a \$4.076.520, la demandada le otorgó la pensión en dicho tope por cuanto conforme a la Ley de 1993 la pensión a reconocer no podía superar dicho tope, como se observa en la comunicación de fecha 2 de junio de 1998 (fl.29), pues si bien en la comunicación no indicó la norma que aplicaba, revisadas las documentales aportadas se concluye que aplicó la norma vigente para ese momento, esto es la Ley 100 de 1993.

En cuanto a que por haber entrado en vigor la Ley 797 de 2003, se aplique el tope de 25 salarios mínimos a la pensión del actor, no puede accederse a la pretensión subsidiaria, toda vez para el momento en que se reconoció la pensión al demandante la norma que se encontraba en vigencia era la Ley 100 de 1993 y el derecho fue reconocido bajo los parámetros allí establecidos sin que se pueda aplicar una norma posterior, pues no existía para el momento en que se otorgó la prestación.

Ahora conforme a la sentencia citada por la recurrente en la demanda, es decir, la sentencia C-155 de 1997, es necesario resaltar que allí se indicó en la parte resolutive que "El límite máximo de las pensiones sólo será aplicable a las que se causen a partir de la vigencia de esta ley". En éste orden de ideas, se puede concluir que el límite de 25 salarios mínimos solo es aplicable a las pensiones que se causen a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003 y no a la del demandante que se causó en el año 1998 cuando estaba en vigencia la Ley 100 de 1993 que establecía un límite de 20 salarios.

En razón a lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS:

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de mayo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Las costas de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

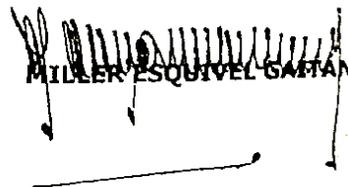
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FRANKLIN TORRES ARIAS CONTRA FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA Rad. 2015 – 00532 - 01 Juz. 36.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

FRANKLIN TORRES ARIAS demandó al **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 7 (demanda) y 124 (subsanción) del archivo 1 del expediente digital.

- Reconocimiento y pago de una pensión post mortem de carácter convencional en aplicación del Art. 11 de la Convención Colectiva de Trabajo.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Tasa de remplazo del 80%.
- Intereses de mora.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 100 a 103 (demanda) y 117 a 118 (subsanción) del archivo 1 del expediente digital. El 31 de marzo de 2008 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en calidad de hijo discapacitado de DIDACIO TORRES OLAYA (Q.E.P.D.) quien falleció el 1 de septiembre de 1995. TORRES OLAYA laboró para los Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 2 de abril de 1959 hasta el 19 de marzo de 1979. La demandada le requirió valoración

médica por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez. En Resolución No 319 del 19 de febrero de 2009 se indicó al demandante que no tenía derecho a la prestación porque del dictamen emitido por HUMANA VIVIR el 28 de septiembre de 2010 se advertía que el actor contaba con una PCL del 75.25% con fecha de estructuración 21 de agosto de 2006, esto es, casi 11 años después del deceso de su progenitor, decisión que fue confirmada en Resolución 850 de 2010. El 26 de junio de 2012, allegó dictamen de calificación con el que pretendió solicitar nuevamente la solicitud de reconocimiento pensional, el 7 de febrero de 2013 se le dijo que ese dictamen no era válido porque tenía que ser emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila, entidad que el 23 de diciembre de 2013 determinó que el actor contaba con una PCL del 66.30% con fecha de estructuración 18 de agosto de 1995. Allegada esta nueva valoración, la demandada mediante Resolución 1450 del 27 de junio de 2014, siguió negando la prestación, al considerar que al momento del fallecimiento del causante contaba solo con 55 años y conforme el Art. 11 Convencional se debía contar con 60 años de edad, requisito pendiente para poder estructurar el derecho.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 23 de noviembre de 2015 (fl. 129 archivo 1 Exp. Digital) y corrido el traslado, la accionada **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** contestó conforme al escrito visible a folios 133 a 139 del archivo 1 del expediente digital:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la vinculación laboral del señor DIDACIO TORRES, los extremos laborales, la fecha de fallecimiento y la reclamación de la pensión del 31 de marzo de 2008 presentada por el demandante.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe e inexistencia de las obligaciones reclamadas.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Seis laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió a la

demandada de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra. Llegó a esa determinación en síntesis al verificar que no se cumplen con los requisitos que establece el artículo 11 de la convención colectiva de trabajo, el cual exigía que el trabajador debía acreditar 15 años de servicios continuos o discontinuos en la empresa y tener 60 años de edad. En el proceso se estableció con el documento de identidad del causante que éste falleció de 55 años, y por esta razón al no contar con la edad requerida (60 años) en el asunto no era dable acceder al reconocimiento de la prestación pues no dejó causado el derecho. De otra parte, citó decisiones de la SL CSJ en las que se resolvió de la misma forma casos similares. También resaltó que, si en gracia de discusión el causante hubiese alcanzado a cumplir los 60 años de edad, también era menester que fuera un trabajador activo de los Ferrocarriles Nacionales lo cual tampoco se cumplía, y bajo estos razonamientos absolvió a la demandada.

Recurso de Apelación

El demandante insiste en que conforme al Art 1º de la Ley 12 de 1975 sí tiene derecho a la pensión de jubilación reclamada cuando éste falleciere antes de cumplir la edad siempre que haya consolidado el tiempo de servicio consagrado en la Ley o convención colectiva de trabajo. Que la CSJ en sentencia con radicado 24788 del 20 de septiembre de 2005, accedió a las pretensiones aquí elevadas donde se estudió una sustitución pensional similar a la del asunto. Citó una sentencia de febrero de 1984 donde la Corte indica frente a la pensión de jubilación, que no existe problema alguno para aplicar el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, pues prestados los servicios durante el tiempo legal o convencional si el trabajador fallece cuando lo está prestando, o después de haberlos prestado, sus beneficiarios tienen derecho a la pensión que le hubiera correspondido.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si el causante DIDACIO TORRES OLAYA cumplió con los requisitos establecidos en la convención colectiva de trabajo suscrita entre Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el Sindicato único nacional de trabajadores ferroviarios para acceder a la pensión de jubilación, para que la misma le sea reconocida a su hijo FRANKLIN TORRES ARIAS por su condición de discapacidad.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 18 a 27 del archivo 1 del expediente digital, contentiva de la solicitud presentada el 31 de marzo de 2008 de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente a favor del demandante, el oficio que requirió allegar dictamen de valoración de pérdida de capacidad laboral y la resolución 319 de 2010 que negó la solicitud presentada, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el inciso 1º del artículo 6º del C.P.T. y S.S.

Como elementos probatorios fueron allegados copia del documento de identificación del causante DIDACIO TORRES OLAYA, así como su registro de defunción de (fls. 2 – 153 y 3), copia del documento de identificación y registro civil de nacimiento del actor (fls. 4 y 5), declaración extrajuicio de dependencia económica del demandante respecto del causante (fl. 6), certificado de información de tiempo de servicio y salarios de DIDACIO TORRES OLAYA con Ferrocarriles Nacionales (fls. 7 a 17), solicitud presentada ante la demandada de reconocimiento de pensión de sobrevivientes del 31 de marzo de 2008 (fl. 18 a 21), oficio DPE 3194 del 8 de mayo de 2008, donde la demandada solicitó se allegara dictamen de valoración médico laboral emitido por la junta regional de calificación de invalidez (fl. 22), resolución 319 de 2010 que niega la pensión radicada en el 2008, (fls. 23 a 27 y 154 a 157), recurso de reposición interpuesto contra la resolución 319 de 2010 (fls. 28 a 30) junto con la resolución 850 de 2010 que la confirmó, en este acto administrativo se

requirió al demandante para que allegara dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación para verificar la viabilidad de la solicitud (fls. 31 a 34). Petición de reactivación de la prestación del 24 de mayo de 2012 y dictamen de PCL emitido por PREVENSA (fls. 35 a 41). Fallo de acción de tutela proferido por el H. Tribunal Superior del Huila - Sala Tercera de decisión Penal en la que se ordenó a la demandada resolver la petición en relación a la solicitud de pensión (fls. 44 a 51). Oficio GPE-201333100019961 donde se requiere el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (fls. 52 a 54). Dictamen No. 4566 del 23 de diciembre de 2013 (fls. 58 a 61), oficio del 14 de mayo de 2014 donde la demandada informa que elevo una solicitud a la Junta Regional la que una vez esté resuelta se procedería con el estudio de la pensión (fl. 62), resolución 1450 del 27 de junio de 2014 que negó nuevamente la prestación, decisión respecto de la cual se agotaron los recursos de ley (fls. 68 a 73) copia de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Ferrocarriles nacionales de Colombia y el Sindicato único nacional de trabajadores ferroviarios (fls. 88 a 99) copia de una sentencia que resuelve el recurso de casación interpuesto en un caso similar (fls. 74 a 87).

También se cuenta con el documento denominado P20 en el que se registra el tiempo laborado por el causante, cargo desempeñado y salario promedio (fls. 145 a 150), copia de los boletines de ingreso y retiro (fls. 151 y 152) y copia del reconocimiento de prestaciones por el que se pagaron cesantías al causante (fl. 151). De oficio la juzgadora de primera instancia mediante auto dictado en audiencia del 28 de noviembre de 2016 (fl. 178) ordenó incorporar reporte de consulta al RUAF del accionante (fls. 176 y 177) y ofició a la NUEVA EPS, AFP PROTECCIÓN y ARL SEGUROS BOLÍVAR para que informaran los periodos en que el actor estuvo afiliado, novedades y empleadores, las entidades contestaron así: i) ARL SEGUROS BOLÍVAR en los folios 189 a 191, ii) NUEVA EPS en el folio 192 complementado en el folio 20 y iii) AFP PROTECCIÓN en los folios 193 a 196. En auto dictado en audiencia del 10 de octubre de 2017 (fls. 215 y 216), el A quo ordenó una nueva valoración del demandante por lo que ordenó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila que calificara nuevamente al actor el cual no se llevó a cabo porque después de múltiples requerimientos no fueron cancelados los honorarios, razón por la que en audiencia del 9 de marzo de 2021 se declaró precluida la etapa probatoria y se profirió sentencia.

En el sublite el actor pretende el reconocimiento y pago de una pensión post mortem de carácter convencional en aplicación del art. 11 de la Convención Colectiva de Trabajo, vigente para el año 1978, la que le ha sido negada porque el causante y progenitor del demandante falleció a los 55 años de edad, por lo que no alcanzo a estructurar tal requisito. Dicha norma dispone:

"ARTÍCULO DECIMO PRIMERO – PENSIÓN DE VEJEZ. - *Los trabajadores que hayan prestado su servicio por un lapso no inferior a quince (15) años continuos o discontinuos a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a Entidades de Derecho Público y tengan la máxima edad de sesenta (60) años tendrán derecho a la pensión especial de jubilación por vejez en cuantía directamente proporcional al tiempo servido respecto a la que le había correspondido en caso de reunir los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena de jubilación.*

Este punto cobija el personal vinculado en la actualidad con contrato Individual de trabajo, entendiéndose que, si el tiempo prestado es exclusivamente a Ferrocarriles, la proporcionalidad."

Y para acceder a tal reconocimiento pensional, la parte actora solicita la aplicación del artículo 1º de la Ley 12 de 1975, que prevé:

"ARTÍCULO 1º.- *El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas."*

Respecto a las pensiones extralegales y la revisión de los requisitos de causación, La Sala recuerda que el análisis de su procedencia depende de las condiciones que fueron expresamente pactadas en el acuerdo colectivo, así por ejemplo, si la pensión pactó su aplicación a ex trabajadores de la empresa, el requisito de la edad es una variable que no está atada a la vigencia de la relación laboral sino a una condición personal que no puede ser manejada como un requisito para la estructuración del derecho, sino como una condición de exigibilidad. Pero sí la norma convencional exige para el reconocimiento de la pensión, además de cumplir con la edad y el tiempo de servicios, que la vinculación con la empresa al momento de acreditar las exigencias establecidas para acceder a la pensión este vigente, tal como ocurre en este caso, es evidente que todos estos elementos deben concurrir para que pueda nacer el derecho perseguido. Sobre este tema, la SL CSJ en la sentencia SL609-2017 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, en cuanto a la interpretación y aplicación de cláusulas convencionales, precisó que cuando las partes no estipulan expresamente que la pensión convencional puede ser causada con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, la única lectura posible de la cláusula convencional,

conforme el artículo 467 del CST, es que el derecho procede siempre y cuando se reúnan los requisitos mientras esté en vigor el vínculo laboral. En esta sentencia se precisó lo siguiente:

"Ahora bien, la jurisprudencia de la Corporación ha considerado entre otras, en sentencia CSJ SL, 23 ene. 2008, rad. 32009, reiterada en la sentencia CSJ SL8655-2015, que esa regla general atinente a que las previsiones convencionales no se extienden allende la vigencia de los contratos de trabajo, admite una excepción, cuando las partes de común acuerdo así lo dispongan, y prevean la extensión de sus efectos a situaciones ulteriores, sin que ello implique vulneración del ordenamiento jurídico por no existir prohibición expresa al respecto. Sin embargo, esa situación por ser excepcional, debe quedar consagrada de manera expresa, clara y manifiesta.

Así se pronunció la Corporación, en las providencias referidas:

Conviene agregar que en principio es cierto que legalmente se descarta la extensión de las disposiciones convencionales a situaciones acaecidas después de terminados los contratos de trabajo en tanto así lo consagra el categórico imperativo legal del artículo 467 del C.S. del T., sin embargo, es posible que las partes, dentro de su autonomía, acuerden dicha extensión, sin que ello sea per se contrario al orden público o a normas superiores-, considera sin embargo, que en tales eventos la obligación debe quedar expresa y explícitamente estipulada, precisamente por ser una excepción al principio legal contenido en la norma que se acaba de señalar, que impone el deber de su consagración manifiesta, clara e inequívoca."

Así las cosas, la juez de instancia no se equivoca al absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones perseguidas, pues en el asunto en efecto DIDACIO TORRES OLAYA extrabajador de la extinta estatal férrea, falleció el 01 de septiembre de 1995, data para la cual su contrato de trabajo ya había finalizado, ya que su vinculación laboral se extendió entre el 02 de abril de 1959 al 19 de marzo de 1979, para un total de 19 años, 10 meses y 9 días, no obstante el requisito de la edad no lo alcanzó a consolidar, pues conforme copia de su cedula de ciudadanía TORRES OLAYA nació el 11 de abril de 1940, por lo que a la fecha de su deceso contaba con 55 años de edad. Por esta razón no es posible acceder a las suplicas de la demanda pues los requisitos de edad y tiempo de servicios que prevé la norma convencional tienen que ser acreditados en vigencia de la relación laboral, ya que tal cláusula aplica únicamente a los trabajadores activos de la empresa, sin que sea dable dar aplicación al artículo 1º de la Ley 12 de 1975, ya que en el asunto existe norma expresa que regula el reconocimiento de pensional el cual no hizo alusión alguna a los ex trabajadores.

Bajo las anteriores consideraciones se **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **confirman**. Las de alzada estarán a cargo de la parte **demandante**, fíjense como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos (\$500.000).

DECISIÓN

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

RESUELVE

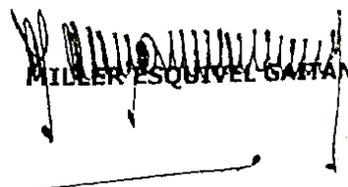
PRIMERO. – confirma la sentencia del 9 de marzo del 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos (\$500.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAÑÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MERY YOLANDA PULIDO CORTES
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
Rad. 2019 – 00165 01. Juz. 39.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MERY YOLANDA PULIDO CORTES demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de fl. 17

- Reconocer y pagar la pensión de vejez
- Costas del proceso
- Facultades Ultra y Extra Petita

Los hechos de la demanda se describen a fls 9 a 13. Manifiesta que la demandante nació el 5 de abril de 1960 y cumplió 57 años el 5 de abril de 2017. Informa que trabajó en el Hospital Salazar de Villeta y cotizó a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca entre el 1 de agosto de 1981 hasta el 30 de junio de 1995; para el ISS entre el 1 de julio de 1995 al 31 de diciembre de 1997; al fondo de Pensiones Horizonte desde el 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2006 y al ISS desde 1 de enero de 2007 al 13 de noviembre de 2009.

Manifiesta que solicitó a Colpensiones el 17 de marzo de 2017 la corrección de su historia laboral y el 18 de abril de 2017 el reconocimiento pensional que fue negado mediante Resolución SUB-89286 del 6 de junio de 2017 porque según la entidad no se contaba con el número de semanas requeridas, por lo que presentó recursos de reposición y apelación, recursos que le fueron resuelto en el mismo sentido. Indica

que el 3 de agosto de 2017 volvió a solicitar la corrección de su historia laboral y Colpensiones respondió diciendo que ya le había sido corregida. Así mismo mencionó que en 2018 Colpensiones allegó respuesta en la que manifestó que el empleador Hospital Salazar Villeta tenía intereses por pagar a la seguridad social y hasta que no fueran cancelados por parte del empleador no se verán esos periodos reflejados en la historia laboral. Por último, señala que cuenta con 1454,31 semanas.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad el 26 de agosto de 2019 (fl 431) notificada la accionada y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en los términos del escrito visible de fls. 436 a 441 y la subsanación fls. 450 y 451.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados a la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha en que cumplió 57 años, la solicitud de actualización de historia laboral realizada a esta entidad y su correspondiente respuesta, la solicitud de pensión de vejez y sus respectivas respuestas, así como los recursos presentados y la respuesta expedida respecto al no pago de las cotizaciones por parte del empleador y la no inclusión de estos periodos en la historia laboral de la demandante. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda.
- Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses de mora ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica o innominada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de la Ley 100 de 1993 en un monto de \$2.226.390 pesos por 13 mensualidades anuales con los reajustes correspondientes. Condenó al pago de retroactivo causado entre el 5 de abril de 2017 y la fecha en que sea incluido en nómina de pensionados,

el que liquidó a la fecha de la sentencia en la suma de \$113.540.790 los cuales deberá pagarse debidamente indexados. Autorizó a COLPENSIONES a realizar los descuentos de salud y la condenó en costas.

Llegó a esa determinación al advertir que aunque la actora no es beneficiaria del régimen de transición por no cumplir los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005, se observa que Colpensiones no adelantó los trámites correspondientes para cobrar los periodos en mora de las cotizaciones realizadas, por lo cual, se tienen en cuenta los periodos reportados como trabajados pero no cotizados con el Hospital Salazar Villeta, reconociendo 226.63 semanas de diferencia, ya que es responsabilidad de la administradora de pensiones que sean cobrados. Por consiguiente, la actora entre tiempos cotizados y tiempos laborados contaba con 1475 semanas por lo que acredita los supuestos de hecho de la norma para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 5 de abril del 2017 en que cumplió la edad requerida.

En lo relativo al IBL dijo que se debe tener en cuenta el de los últimos 10 años cotizados antes del reconocimiento de la pensión con una tasa de remplazo de 63.45% por tener más de 1300 semanas cotizadas. Por otra parte, respecto a la prescripción mencionó que no han transcurridos los 3 años para su aplicación, esto teniendo en cuenta la fecha de la radicación de la demanda y la fecha en que la accionante solicitó el reconocimiento pensional.

Recurso de apelación

Parte Demandada COLPENSIONES: Presentó recurso de apelación en razón a que al momento de hacerse el estudio pensional por solicitud de la actora se encontró que esta solo había cotizado 1206 semanas y al no ser beneficiaria del régimen de transición no cumplía con el requisito de 1300 semanas cotizadas para concederle la pensión de vejez. Dijo que no basta que en la historia laboral aparezcan semanas en 0 y que Colpensiones no haya realizado el cobro coactivo, sino que debió probar la parte actora los extremos laborales, salarios y elementos del contrato, y así mismo que Colpensiones no puede asumir con su propio patrimonio la falta de los aportes cotizados por parte de los empleadores.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se confirme al fallo proferido debido a que la actora cumplió con todos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, como lo es la edad y las semanas cotizadas, y que este beneficio pensional fue solicitado

a Colpensiones, el cual se negó a reconocerlo y a hacer las correcciones y actualizaciones de las semanas cotizadas con base a las certificaciones aportadas al proceso del pago oportuno por parte del empleador Hospital Salazar Villeta.

Parte demandada: Solicitó se revoque la sentencia por cuanto no cumple con los presupuestos establecidos en el Art 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria del régimen de transición, y tampoco cumple con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez bajo esa normativa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"

Pretende la parte actora el reconocimiento de la pensión de vejez por considerar que se debe contabilizar el tiempo que laboró en el Hospital Salazar de Villeta y cotizó a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca entre el 1 de agosto de 1981 hasta el 30 de junio de 1995; el tiempo cotizado al ISS entre el 1 de julio de 1995 al 31 de diciembre de 1997 y al fondo de Pensiones Horizonte desde el 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2006 y nuevamente al ISS desde 1 de enero de 2007 al 13 de noviembre de 2009, pues no obstante que solicitó a Colpensiones la corrección de su historia laboral fue negado porque según la entidad no se contaba con el número de semanas requeridas, ya que el empleador Hospital Salazar Villeta tenía intereses por pagar y en consecuencia no se verían reflejados en la historia laboral, no obstante que cuenta con 1454,31 semanas.

Por su parte COLPENSIONES manifiestas que al momento de hacerse el estudio pensional solo había cotizado 1206 semanas ya que no basta que en la historia laboral aparezcan semanas en 0 y que Colpensiones no haya realizado el cobro coactivo, sino que la demandante debió probar los extremos de la relación laboral, los salarios y elementos del contrato. Considera que Colpensiones no puede asumir con su propio patrimonio la falta de los aportes por parte de los empleadores.

Revisada la documental aportada al proceso se tiene que como prueba de la existencia de la relación laboral se aportó a folio 26 el certificado de información laboral (formato 1) que acredita el tiempo laborado con la ESE HOSPITAL SALAZAR DE VILLETa por los siguientes periodos:

- Desde el 1º de agosto de 1981 hasta el 30 de junio de 1995 periodo durante el cual cotizó a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL
- Con la misma entidad laboró desde el 1º de julio de 1995 al 31 de diciembre de 1997 cotizado al ISS
- Del 1º de enero de 1998 al 30 de abril de 2009 cotizado al Fondo HORIZONTE
- Del 1º de mayo de 2009 al 13 de noviembre de 2009 cotizado al ISS

En cuanto a los salarios devengados durante estos periodos se observan a folio 28 a 36 especificando mes a mes los valores devengados.

Adicionalmente, respecto a los periodos en mora se tiene que a folios 48 y 49 se encuentra la respuesta dada por COLPENSIONES a la actora, sobre el recibido de la solicitud de reconocimiento pensional donde se indica que recibió entre otros, 1 folio con el Formato 1 "certificado de información laboral" y 1 folio con el "Formato 2 Certificado de salario base"

A folios 56 y siguientes obra el recurso de reposición presentado por la actora donde aportó las certificaciones laborales que acreditaban haber laborado de manera continua con la ESE HOSPITAL SALAZAR DE VILLETA entre el 1º de agosto de 1981 al 13 de noviembre de 2009 y a folio 71 se observa la solicitud de corrección de la historia laboral indicando uno a uno los periodos que no se habían contabilizado en la historia laboral y que si habían sido laborados en la ESE sin que COLPENSIONES demostrara dentro del proceso haber realizado trámite alguno para el cobro de los valores que consideraba estaban en mora.

Por último, obra a folios 89 y siguientes la respuesta dada por COLPENSIONES el 1º de febrero de 2018 donde le manifiesta a la actora que los pagos por los ciclos cancelados no fueron suficientes para cubrir los valores totales correspondientes a las cotizaciones, quedando intereses pendientes por cancelar y que hasta tanto no se realice el pago de los valores pendientes no se verán acreditados en la historia laboral.

Sobre los aportes en mora tiene definido la corte que la existencia de semanas de cotización en mora no es razón para negar el derecho pensional deprecado, por cuanto no pueden trasladársele al asegurado las consecuencias de la omisión del empleador en el pago de los aportes, si la entidad administradora de pensiones no demuestra que realizó el cobro de lo adeudado en debida forma, es decir, como lo ordena el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

La sentencia SL-2541 del 22 de julio de 2020, indicó sobre el particular lo siguiente:

Así pues, el trabajador dependiente cumple con su deber de cotizar, realizando la labor para la que fue contratado, y es al empleador, con posterioridad a la afiliación, a quien, de conformidad con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le corresponde realizar el pago a la administradora pensional. De no hacerlo en término se generan unos intereses moratorios. La norma consagra:

ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

Por lo tanto, antes de que la administradora de pensiones traslade las consecuencias del no pago de los aportes al afiliado a sus beneficiarios, debe probar que previamente, cumplió con su obligación de manera diligente, que no es otra sino la de realizar las correspondientes acciones de cobro, tal y como lo dispone el artículo 24 ibídem. Pues es responsabilidad suya garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados, norma que reza:

ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo. "

En este orden de ideas, la falta de pago no es motivo para negar el reconocimiento de la prestación pensional pretendida, pues para el afiliado es inoponible, el incumplimiento de la obligación que está a cargo de su empleador y además porque la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2633 de 1994 contienen mecanismos y acciones que obligan a las administradoras de pensiones a realizar los cobros, incluso de forma coactiva, respecto de las cotizaciones que se encuentren en mora y en este caso contabilizadas las semanas en mora y las semanas cotizadas la actora cumple con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 por haber cotizado 1475 semanas y en consecuencia tiene derecho a la pensión de vejez a partir del 5 de abril del 2017 en que cumplió la edad requerida.

En lo relativo al IBL en efecto, como señaló el A-quo debe tenerse en cuenta el de los últimos 10 años cotizados antes del reconocimiento de la pensión con una tasa

de remplazo de 63.45% por tener más de 1300 semanas cotizadas, por 13 mesadas y en cuantía de \$2.226.290 toda vez que revisadas las operaciones aritméticas se encuentran ajustadas a derecho.

De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

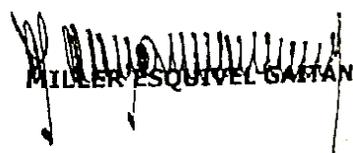
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de lazada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁNGEL RAMÓN LÓPEZ DÍAZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y AFP PORVENIR. RAD. 2020 00011 01 JUZ 31.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ÁNGEL RAMÓN LÓPEZ DÍAZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES y la AFP PORVENIR para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 a 7.

- Indemnización Sustitutiva o devolución de aportes.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 6. Nació el 3 de octubre de 1954. El actor se dedicó al ejercicio de la docencia tanto en el sector público como en el sector privado. El 15 de marzo de 2010, obtuvo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación mediante resolución No. 1118 del 15 de marzo de 2010. Durante su vida laboral estuvo vinculado como docente en distintos colegios privados de Bogotá desde 1997 al 2001. En este tiempo le fueron cotizadas y debidamente canceladas un total de 487,43 semanas. Al no cumplir los requisitos para acceder a

una pensión de vejez, el 27 de abril de 2017 solicitó ante Colpensiones la devolución de saldos aportados equivalente a la indemnización sustitutiva de la pensión, petición que fue rechazada. El 25 de mayo de 2017 elevó reclamación ante la AFP Porvenir con el fin que le efectuaran la correspondiente devolución de aportes respecto a los aportes realizados en Colpensiones. A través de comunicaciones de fechas 6 de junio y 27 de octubre de 2017, la administradora niega la solicitud, bajo la "incompatibilidad del bono pensional con la pensión vitalicia según lo establecido en la resolución No. 1118 del 15 de marzo de 2010". El último salario reportado como ingreso base de cotización hasta el 7 de febrero de 2001 corresponde a la suma de \$1.079.170. Hasta la actualidad no se le ha reconocido ni pagado la indemnización sustitutiva y/o devolución de aportes que por ley tiene derecho.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La AFP PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visible en el expediente digital (CD fl. 62).

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la petición elevada por el demandante ante Porvenir S.A. y las respuestas del fondo de pensiones a la solicitud.
- Propuso como excepción previa; falta de litisconsorcio necesario.
- Formuló como excepciones de mérito; compensación, buena fe de la AFP Porvenir S.A., hecho de un tercero, prescripción y genérica.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 40 a 45.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la mayoría de los hechos y no le constan los trámites adelantados por el actor ante el rechazo de la solicitud, el trámite interno extraoficial, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y el interés personal del actor para incoar la demanda ordinaria.

- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

En auto del 13 de agosto de 2020 que obra en el expediente digital (CD fl. 62) se dispuso a petición de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., **la integración del litis consorcio necesario con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales**, quien contestó la demanda en los términos del escrito visible en el expediente digital (CD fl. 62).

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el reconocimiento de la pensión de jubilación.
- Formuló como excepciones de mérito; ausencia de responsabilidad de la Nación, buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró que la pensión de jubilación que reconoció el Magisterio al actor, es compatible con la devolución de saldos cancelada el 7 de marzo de 2017 por la AFP PORVENIR S.A., ordenó el reconocimiento y pago del bono pensional que se generó con ocasión a las cotizaciones realizadas a COLPENSIONES comprendidas entre el 18 de julio de 1989 al 31 de enero de 2001, condenó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES a generar el bono pensional por las 487,43 semanas cotizadas al ISS y le ordenó a PORVENIR a que una vez cuente con el bono pensional pague al demandante la devolución de saldos. Llegó a esa determinación al advertir que la pensión de jubilación reconocida al actor por parte del Magisterio es compatible con la devolución de saldos deprecada, como quiera que cada una de las prestaciones cuenta con una financiación diferente, el origen de los recursos no son los mismos y no es dable entender que los aportes realizados como particular al ISS son recursos públicos y mucho menos constituyen la prohibición prevista en el art. 128 de la

Constitución Política, por ello, ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que emitiera el bono pensional por la totalidad de las semanas cotizadas al ISS.

Recurso de apelación

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES apeló la sentencia porque no encuentra asidero jurídico que permita determinar que los recursos discutidos sean públicos, por lo tanto, son incompatibles con el bono pensional deprecado y es Colpensiones la entidad facultada para reconocer los tiempos cotizados mediante la indemnización sustitutiva y/o la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual. Considera que la Corte Constitucional debe abordar un estudio de fondo para definir el origen de los recursos y zanjar la controversia al respecto.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada

COLPENSIONES: Solicitó que se confirme la decisión en lo atinente a la absolución de su representada, por cuanto el actor nunca estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y por ende, no procede reconocimiento alguno de bono pensional o indemnización sustitutiva.

PORVENIR: Solicitó se confirme la decisión, sin embargo, esgrime argumentos de un proceso que no guarda relevancia con el caso objeto de estudio, como quiera que allí, habla de asuntos relativos a trabajadores de la flota mercante y en el presente proceso la profesión del demandante era docente y se discute la procedencia de la devolución de saldos y la emisión del bono pensional.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES en los puntos en los que fue condenada y no fueron apelados. De igual manera, esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES sea quien emita el bono pensional de tiempos cotizados del actor o si, por el contrario es Colpensiones a quien le asiste esa responsabilidad.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma mediante derecho de petición presentado ante Colpensiones el 27 de abril de 2017 (fls. 23 a 24), en el que solicitó la devolución de saldos correspondiente a la densidad de semanas cotizadas en el ISS en su momento, con lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionado de LÓPEZ DÍAZ, como quiera que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció en Resolución No. 1118 del 15 de marzo de 2010, una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 4 de octubre de 2009, en cuantía de \$ 1.840.289 (fls. 18 a 20) y para ello, tuvo en cuenta los tiempos de servicio como docente en el Distrito.

Compatibilidad entre la pensión otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la devolución de saldos a cargo de PORVENIR.

Se encuentra que PORVENIR S.A., el 7 de marzo de 2017 efectuó el reconocimiento y pago de la devolución de saldos a favor del actor en una suma de \$81.899.083

(expediente digital CD fl. 62). A su turno, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público considera que el demandante al ser parte de un régimen exceptuado, las disposiciones del sistema general de seguridad social no le son aplicables, aunado al hecho de que el bono pensional se financia con recursos de naturaleza pública.

En lo que respecta a la exclusión del sistema general de pensiones, se advierte que el actor efectuó aportes al sistema en el ISS entre el 18 de julio de 1989 y el 31 de enero de 2001, para un total de 487,43 semanas (fl. 21), con los empleadores Colegio El Carmen Teresiano, Colegio del Sagrado corazón de Jesús Bethlemitas y Hermanas Bethlemitas, las cuales se ajustan a derecho, como quiera que el origen de estos aportes se efectuó en su condición de trabajador particular. Posteriormente, en vigencia de la ley 100/93, el demandante se trasladó (25 de enero de 2001) al RAIS administrado por PORVENIR (expediente digital CD. Fl. 62), donde continuó realizando los aportes pensionales en virtud de su vinculación con las instituciones educativas Hermanitas Bethlemitas Provincia del Sagrado Corazón de Jesús, Colegio del Sagrado Corazón de Jesús y Hermanas Bethlemitas Provincia del Sagrado Corazón de Jesús, donde realizó aportes por los periodos marzo de 2001 - agosto de 2016 (expediente digital CD fl. 62), traslado que conforme el art. 61¹ de la ley 100/93 también resulta válido, ya que el actor en su condición de trabajador particular, no estaba inmerso en ninguna de las causales de exclusión previstas en la norma citada. Aunado a esto, el artículo 279² de la Ley 100/93, señala que los educadores tienen un régimen de compatibilidad entre las pensiones percibidas a través de ese régimen exceptuado (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) con las otorgadas en el RPM y el RAIS, sin que se pueda entender que esta norma lo que predica, es su exclusión del sistema general de pensiones, tan es así que el artículo 31 del Decreto 692 del 29 de marzo de 1994 (Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993) estableció:

“Artículo 31. Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores. Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el

¹ **ARTÍCULO 61. PERSONAS EXCLUIDAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.** Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

a. Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público.

b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

² Así mismo, se exceptúa a los **afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, creado por la Ley 91 de 1989, **cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.** Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

En este orden de ideas, es claro que los docentes cuentan con la posibilidad de acumular cotizaciones en cualquiera de los regímenes que previó la ley 100/93, a efectos de incrementar la prestación económica por los riesgos de IVM o entrar a disfrutar de ambas prestaciones en virtud de la compatibilidad que contempla el art. 279 *ibidem*, y es por esta razón que la afiliación efectuada al ISS y el posterior traslado al RAIS resulta válido. En lo que respecta al bono pensional, es de acudir a lo previsto en el art. 115 de la ley 100/93, el cual prevé:

"ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.

El artículo 119 *ibidem* dispone que los bonos pensionales serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de entrar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco (5) años, y el canon 121 de la misma ley, señala que la Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. En ese orden, al haberse trasladado el actor del RPM al RAIS, a éste le asiste el derecho a que se reintegre la suma total correspondiente a los aportes sufragados al ISS, con la consecuente expedición del bono pensional tipo A, a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual reúne la totalidad de los aportes que realizó al sistema y que tiene como objetivo financiar en conjunto la prestación anteriormente reconocida y cancelada por la Administradora de Pensiones el 7 de marzo de 2017 en la suma de \$81.899.083, a título de devolución de saldos, los cuales están previstos en el artículo 66³ de la ley 100/93, y proceden cuando el afiliado que al cumplir la edad de 62 años (hombre – art 65⁴ ley 100/93) no haya cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no haya acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrá derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional si a éste hubiere lugar.

Así mismo, este capital está llamado a financiar la prestación demandada, en la medida en que representa los aportes que hizo el demandante para construir su prestación pensional y tiene derecho a que le sean devueltos, sin que sea dable interpretar que tales cotizaciones mutaron al erario público por el hecho de que sea el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien tiene a cargo la obligación de emitir el bono. De otra parte, tampoco es dable entender que los aportes efectuados al ISS son dineros de la referida naturaleza, en atención a la restricción prevista en

³ ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS. *Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.*

⁴ ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. *Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.*

el artículo 128 constitucional, pues el origen de los emolumentos que administra COLPENSIONES están integrados por aportes privados de trabajadores y empleadores y no son los mismos que tuvo en cuenta el Magisterio para reconocer la pensión de invalidez (tiempos de servicio), criterio que se acompasa con lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 451 de 2013⁵ citada en la sentencia SL 5092 de 2019 y SL 2649-2020, donde se reiteró la compatibilidad que existe entre la pensión de jubilación oficial como docente y la pensión de vejez a cargo del ISS, ya que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pueden simultáneamente prestar servicios a instituciones privadas y esto les permite financiar la prestación a cargo de la demandada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de noviembre de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

⁵ 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 resultaba 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. Ha dicho la Sala:

“A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo. (negrita fuera de texto).

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) como agencias en derecho.

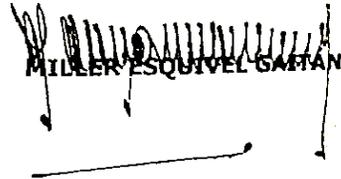
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN