



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-002-2013-00171-02

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: PEDRO TOMAS MINA SOLIMAN Y OTROS
Demandado: EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A. Y OTRO.
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 25 de enero de 2018 (25/01/18) por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura (V), que no accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor PEDRO TOMAS MINA SOLIMAN y AGUSTINA POTES AHOON en nombre propio y de su menor hijo CARLOS DANIEL MINA POTES, YURANY MINA POTES, CAREN MINA POTES, GEIDY JULIETH MINA POTES, AURA LINA MINA POTES y LUCIANA MINA SOLIMAN, por conducto de apoderado judicial interpusieron *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de la EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A., y solidariamente contra SERVICIOS EMPRESARIALES S.A., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

En cuanto a la demanda, presentada el 2/07/13 y subsanada (fl. 75), se presentó como recuento fáctico, que el señor PEDRO TOMAS MINA SOLIMAN celebró contrato de trabajo el 21 de septiembre de 2009 con la sociedad SERVICIOS EMPRESARIALES S.A., quien lo asignó a la sociedad EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A., para desempeñarse como liniero electricista de obra y afines, devengando un salario promedio de \$742.980 pesos. Que el 02 de agosto de 2010 el actor y su compañero el señor MAURICIO CARREÑO se desplazaban en el vehículo de placas NTU269 propiedad de la empresa EPSA S.A., para atender un daño eléctrico en la Calle 1 entre la 16 y 17 del barrio la playita en la ciudad de Buenaventura con aviso No. 265588. Ya en el sitio, un individuo ataca al

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 66 Control estadístico por secretaria.

vehículo lanzándole una piedra que golpea la cara del actor generándole una herida con abundante sangrado y que por su gravedad fue llevado de urgencias a la CLINICA CONFAMAR hoy COMFENALCO, donde le toman una radiografía, le suturan la herida y le diagnostican FRACTURA DE HUESOS DE LA NARIZ y HEMATOMA EN EL OJO IZQUIERDO.

El día 15 de septiembre de 2010, le realizan una cirugía en el ojo izquierdo en la CLINICA OFTALMOLOGICA DE CALI con el fin de recuperar la visibilidad, que le dejó una pérdida de capacidad laboral del 27,53% conforme al dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ de fecha 25 de abril de 2012.

Narra que como consecuencia de la herida y posterior intervención quirúrgica, la médica laboral y la terapeuta ocupacional ordenaron unas recomendaciones laborales para reubicar al actor que no fueron tenidas en cuenta por su empleador, que lo exponían a la luz solar y al contacto de material orgánico en los ojos, cuando fue asignado a funciones de mensajería y al área de almacén como apoyo de inventario, lo que agravó la lesión en el ojo.

La anterior demanda fue admitida mediante auto del 7/10/13 (fl. 87), notificada por curador ad litem a la sociedad SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.S. (fl. 110) y directamente a la sociedad EPSA S.A. el 30/11/15 (fl. 119), se pronunciaron oponiéndose a las pretensiones y presentando excepciones que atacan el nacimiento del derecho pretendido, adicional a prescripción y cosa juzgada (fl. 132-150 y 252-259).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (AUDIO 5 MIN 00:16)

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura (V), mediante sentencia No. 004³ del 25 de enero de 2018, determinó que las pruebas valoradas no dan cuenta de ninguna condición como empresa de servicios temporales por parte de la demandada Servicios Empresariales y que la codemandada EPSA haya sido una empresa usuaria, pues en todo el plenario no hay prueba donde se pueda constatar una intermediación ilegal entre las demandadas Servicios Generales y EPSA. Contrario a esto el certificado de existencia y representación legal y los contratos de servicios suscritos entre estas, dan cuenta de un verdadero contratista independiente y verdadero empleador del actor e igualmente se puede colegir que EPSA ostenta la calidad de beneficiaria de los servicios prestados.

En este sentido, se mantiene la declaratoria de existencia del contrato de trabajo entre el actor y la demandada Servicios Empresariales en la modalidad a término indefinido entre el 21 de septiembre del 2009 y el 31 de agosto de 2011. Como la decisión fue absolutoria, el despacho no encontró solidaridad posible entre las demandadas servicios empresariales y EPSA.

Sobre la culpa del empleador, aseveró que debe estar demostrado el nexo entre las causas del accidente o enfermedad y se debe probar la negligencia del empleador en virtud de los artículos 56 y numerales 1 y 2 del artículo 57 del CST. Para estos efectos, mencionó que las probanzas analizadas no dan cuenta de una falta de diligencia del

³RESUELVE PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el actor PEDRO TOMAS MINA SOLIMAN y la demandada SERVICIOS EMPRESARIALES SAS., en la modalidad a término indefinido, entre el 21 de septiembre de 2009 y el 31 de agosto de 2011. SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE CULPA EN CABEZA DEL EMPLEADOR, propuesta por la demandada SERVICIOS EMPRESARIALES SAS., por las razones expuestas. TERCERO: ABSOLVER A LAS DEMANDADAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAS., EPSA SA ESP., y al llamado en garantía AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., de todos los cargos formulados en su contra por el actor PEDRO TOMAS MINA SOLIMAN Y OTROS. CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandante. Liquidense por secretaría. QUINTO: CONSULTAR ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Buga, en caso de que la sentencia no fuere apelada, por ser contraria al actor.

empleador ni que haya incumplido sus obligaciones de protección y seguridad, o que no entregó al trabajador instrumentos adecuados de protección.

Relató que ciertamente existió el accidente de trabajo, pero no hay pruebas de que permitan afirmar que el empleador generó las condiciones para que se produjera, entre otras cosas, porque conforme a la descripción señalada por el actor en el informe del accidente de trabajo del empleador o contratante se manifestó que se encontraba en el vehículo buscando una dirección cuando le lanzaron una piedra golpeándole la frente causándole una herida abierta, es decir que el hecho generador de la afección en salud del actor durante la ejecución de sus labores a favor de la demanda servicios empresariales, no deviene necesariamente de la culpa del empleador ni relación o nexo causal, pues tal acto provino en forma repentina por un tercero.

Si bien el actor continuaba sufriendo de la afección de salud expresó que también es cierto que de manera alguna se puede afirmar que el empleador servicios empresariales haya causado tal deterioro, pues las 5 reubicaciones buscaron cumplir las recomendaciones temporales y definitivas emitidas por medicina laboral y la terapeuta ocupacional y en ninguna circunstancia se evidencia que ese fuera el móvil de la supuesta y continuada afección en el ojo. Analizó que las reubicaciones y constancias dejadas por el empleador y las diligencias de reubicación no permiten observar una presunta culpa en el deterioro del ojo del actor cuya lesión deviene del accidente de trabajo. En esos términos, no encuentra el despacho que la sistemática situación de salud del demandante con posterioridad al accidente de trabajo haya sido creada por el empleador Servicios Empresariales, como consecuencia de las 5 reubicaciones.

RECURSO DEL APODERADO DEL DEMANDANTE (AUDIO 5 MIN 31:02)

En primer lugar, consideró que el despacho en el pronunciamiento de la sentencia no hizo un análisis de las pruebas en conjunto en el marco de las reglas de la sana crítica, tal como lo solicitó en los alegatos de conclusión, reclamando como relevante que se hubiese analizado a fondo la historia clínica, las recomendaciones hechas por la terapeuta en salud ocupacional al patrono sobre la reubicación del trabajador y como debía reubicarlo, y como que de las pruebas habría sido necesario valorar las reubicaciones que se le hicieron al trabajador.

Mencionó que esas tres cosas, había que analizarlas integralmente y no aisladamente porque de ahí se desprende precisamente la culpa del empleador que es lo que se está alegando. El patrono al no hacer esas reubicaciones de manera pertinente agravó la situación de salud del demandante, si lo ubica idóneamente a lo mejor ese evento de pérdida del ojo del señor, porque obviamente tuvo un accidente, pero no estaba perdido. Sin embargo, en ese transcurso de tiempo en los tratamientos y en la reubicación pierde el ojo por un glaucoma que le da.

Entonces aseveró que es muy importante mirar estos aspectos; es ahí donde radica la culpa del empleador al no haber atendido, mencionando que la demanda no refiere que hubo culpa del patrono en el accidente de trabajo, eso no se discute, por ello el despacho no hace un análisis de la causa de manera congruente, ya que lo solicitado es la culpa del empleador por la afectación que sufrió el señor en el ojo y por lo tanto, reclama que la sentencia sea revisada en ese sentido, acerca de cuáles fueron los hechos y las pretensiones, dos cosas que sistemáticamente entrelazadas por las que enuncia un fallo

justo, sin análisis superficiales y de acuerdo a jurisprudencia de la Corte Constitucional, en donde las pruebas deben analizarse de la manera más precisa y clara.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo, se pronunciaron al respecto:

La llamada en garantía AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, si bien el demandante fue contratado por Servicios Empresariales S.A., mediante contrato de trabajo, quedó probado que dicha empresa se dedicaba a prestar servicios de outsourcing o por actividades en el área operativa y administrativa de empresas de servicios públicos domiciliarios; actividades que fueron pactadas entre EPSA E.S.P. como beneficiaria de los servicios y Servicios Empresariales S.A. como empresa prestadora de servicios. No se demostró intermediación laboral, aunado a que esta última cumplió con las obligaciones laborales respecto del demandante.

La EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. EPSA E.S.P., a su vez, solicitó la confirmación del fallo, teniendo en cuenta el principio de consonancia, pues del recurso de apelación, no se mostró inconformidad con la absolución que se hiciera frente a la empresa EPSA y se limitó su inconformidad frente a la culpa del empleador.

Por su parte, la empresa SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.S. dijo, que de acuerdo a la sentencia de primera instancia, el actor no cumplió con la obligación procesal de demostrar en forma plena los actos o hechos de donde pudiera haber surgido la obligación invocada, en los términos previstos en el artículo 167 del CGP, aplicable por analogía, a la luz del 145 del CPTSS; insiste en que no existe responsabilidad por parte de SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.S. en la ocurrencia del accidente de trabajo que sin culpa sufrió el demandante, no habiendo lugar a responsabilidad frente a la pérdida de capacidad laboral, solicitando la confirmación del fallo.

CONSIDERACIONES

Con la delimitación que corresponde al principio de congruencia -numeral 7º artículo 25 del CPTSS y 281 del CGP-, en tanto sujeto a las materias objeto del litigio resolviendo conforme artículo 61 del CPTSS y de acuerdo con la indicación probatoria por relevancia al asunto discutido, se desata el fin que convoca esta Sala, conforme se expone,

El problema jurídico concierne en determinar si derivado del accidente ocasionado al trabajador el empleador no atendió en debida forma las recomendaciones médico-laborales conllevando la ocurrencia de culpa del empleador deprecada y la procedencia de las condenas que derivan de la misma.

No existe controversia respecto de la relación laboral que unió al trabajador y la demandada Servicios Empresariales S.A.S. por contrato a término indefinido entre el 21/09/09 y el 31/08/11, para desempeñarse como liniero electricista de obra y afines, devengando un salario promedio de \$742.980 pesos. Sobre la ocurrencia de accidente el día 02/08/10 cuando se desplazaban en vehículo de propiedad de la empresa EPSA S.A.

por acto de violencia le fue diagnosticado fractura de huesos de la nariz y hematoma en el ojo izquierdo. Que posteriormente le realizan una cirugía en el ojo izquierdo con el fin de recuperar la visibilidad, dejándole una pérdida de capacidad laboral del 27,53% conforme al dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 25/04/12 (fl.31-34), origen laboral con fecha de estructuración 02/08/10.

Teniendo en cuenta dicha situación, la médica laboral y la terapeuta ocupacional ordenaron unas recomendaciones laborales para reubicar al actor, reubicaciones que se alega no fueron atendidas en debida forma por el empleador, ya que lo exponían a la luz solar y al contacto de material orgánico, al realizar funciones de mensajería y almacén, lo que al entretener del actor agravó la lesión en el ojo situación que constituye, según el recurso de apelación, en principio la razón fundamental de la culpa alegada, no así el acto mismo del accidente.

Bajo estos presupuestos se definirá lo concerniente al instituto de la culpa del empleador la cual es consagrada en el artículo 216 del CST, al respecto la Ley 776 de 2002, y la Ley 562 del 11 de julio de 2012 por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones; norma que en su artículo 1º señala la definición del *Sistema General de Riesgos Laborales* y en el artículo 3º la de "ACCIDENTE DE TRABAJO" como "todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte", agregando la norma que es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Asimismo, el artículo 4º señala que "Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes."

Luego entonces, se insiste para el caso en estudio el hecho que involucró al trabajador fue sin duda un accidente de trabajo pues se presentó por causa o con ocasión del trabajo, ahora bien, bajo el principio de consonancia, el análisis sobre la culpa del empleador se establece concretamente en los hechos 12 a 14 que señalan que la empleadora no tuvo en cuenta las recomendaciones hechas por la médica laboral y terapeuta ocupacional de la ARL SURA al reubicar al actor, así:

- a) En marzo 26 de 2011, en el área de facturación como acompañante de lector
- b) En el área de mensajería.
- c) Del 16 al 31 de mayo de 2011 en el área de almacén como apoyo para inventario.
- d) Del 1 al 18 de junio de 2011 en el área de archivo físico de órdenes de servicio.
- e) Del 5 al 22 de julio de 2011 en el área de procesos de órdenes de servicios con el archivo y organización de documentos.

Reubicaciones anteriores que señala generaron un deterioro en los ojos y agravaron la visión, el soportar la luz del sol sin la dotación adecuada por encontrarse en constante exposición, generando mucho dolor en el ojo izquierdo lesionado e irritación en el ojo derecho por el esfuerzo, además por encontrarse en zonas de abundante polvo lo que le

agrava aún más la lesión e irritación, al sentir fuertes dolores de cabeza y finalmente deterioro en el ojo derecho con enfoque de una sombra en la visión que le impide ver las letras, por lo que considera se incumplió con su obligación de brindar protección y seguridad al trabajador.

Frente a este aspecto puntual, la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa del empleador en la ocurrencia de accidentes de trabajo o el agravamiento de sus consecuencias, en sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral SL13653 de 2015, se puntualizó:

"(...) esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Radicación N.º 37897 16 Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..." (CSJ SL2799-2014)».

Adicionalmente, como lo subraya la censura, ha dicho que a pesar de lo anterior "...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores" (CSJ SL7181-2015)».

Esto es, la Corte ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Al respecto pueden verse decisiones como las CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 may. 2006, rad. 26126, entre muchas otras)."

De allí que, es pertinente verificar si la encausada incumplió las medidas de cuidado y protección a esta endilgadas, de allí que analizadas las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es preciso indicar que la carga probatoria inicial que posteriormente puede ser compartida, se encuentra en primera medida en cabeza del convocante a la Litis, ya que en esta radica demostrar que la actividad desplegada conllevase un riesgo superior al soportable por este, originada en la omisión o acción negligente del empleador, situación que en el presente caso no ocurrió, pues si bien en el desplegar de los hechos expuestos por el actor no se desprende elementos constitutivos del nexo causal entre las recomendaciones laborales y la desatención del riesgo por parte de la demandada de la actividad de reubicación propiamente dicha, no así del hecho del accidente, ya que esta circunstancia deja entrever que no correspondió a un hecho conexo u intrínseco de los lugares y actividades asignados para la prestación del servicio, ya que no se aporta al plenario tan siquiera prueba sumaria que dé cuenta de las condiciones ambientales de los lugares donde fuese reubicado, al contrario de esto el informe de reubicación de cargo de fecha 25 de julio de 2011 (69-70), evidencia la concurrencia del empleador a las recomendaciones médico laborales en el sentido de tratar de ubicar el cargo temporal que más se adecue a las condiciones establecidas por la ARL, no dejándolo

indefinidamente en un solo puesto de trabajo, sino trasladando al mismo ante las inconformidades presentadas por este, sin evidenciarse con claridad la línea temporal entre las circunstancias perturbadoras que han debido ser claramente demostradas y la concurrencia del empleador en atender la situación.

Ahora, si bien no se determina con claridad el uso de elementos de protección específicos para cada labor adelantada, del contexto de los cargos indicados donde fuese y conforme las reubicaciones indicadas, las mismas se dieron en las áreas de facturación, mensajería, almacén como apoyo para inventario, archivo físico y de procesos de órdenes de servicios con el archivo y organización de documentos, por lo que se establece, por ejemplo, que no se está tratando un tema de manejo de alturas o de materiales peligrosos, sino a nivel administrativo y asistencial, lo cual deslegitima el uso de elementos específicos de protección, por tanto considera esta Sala, que no se encuentra demostrada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, los cuales, si fueran causa eficiente del aseverado agravamiento generarían la obligación de indemnizar al trabajador y su entorno por los perjuicios causados. Empero bajo lo expuesto no sería dable despachar condena alguna relacionada con culpa del empleador ya que es impropio sostener con certeza que la conducta endilgada al empleador, que por su actuar se agravara el estado de salud del actor, no se encuentra debidamente acreditada. Por demás se cuenta con el dictamen que tiene por fecha de estructuración el 2/08/10, día del accidente, prueba que refuerza el hecho que la lesión sufrida fue una y que la misma no degeneró o agravó en una mayor pérdida de capacidad laboral que pudiese relacionarse probadamente en actos culposos del empleador.

Teniendo en cuenta aquellas restricciones "2. Restringir actividades que impliquen exposición directa a la luz solar y artificial; 3. Restringir actividades motoras"; recomendación de carácter indefinido fecha 22/07/11 (fl. 68), que establecen la posibilidad de continuar realizando las actividades de "técnico electricista" evitando contacto material orgánico con los ojos, la exposición directa a la luz solar y artificial, actividades motoras finas utilizando obligatoriamente elementos de protección personal como monogafa y con estrictas normas de higiene personal. Se verifica a su vez el informe de reubicación de cargo del 25/07/11 (fl. 69-70) establece las reubicaciones realizadas al actor y las inconformidades presentadas en la ejecución de cada uno de estos, lo que conllevó las diversas reubicaciones enunciadas (fl. 69-70).

Por su parte la demandada aporta comunicación de fecha 30/08/11 (fl. 189) y el dictamen pérdida de capacidad laboral (fl. 194-196), debe mencionarse que los testimonios practicados ELIECER POSSO MINA (AUDIO 3 MIN 22:00), PATRICIA DAVILA (AUDIO 3 MIN 48:55) y JULIO CESAR MURILLO ROSAS (AUDIO 3 MIN 1:03:38) no brindaron información médica y técnica en cuanto a la incidencia de las condiciones del sitio de trabajo y su correlación con el resultado por pérdida de capacidad laboral. Mencionando que, sobre lo decidido, en anterior recurso de apelación sobre la excepción previa de cosa juzgada (acta de conciliación del 16-09-11), la Sala 1 de Decisión Laboral de este Tribunal, concluyó la existencia de diferencias entre el objeto y las partes ahora involucradas, de allí revocó el auto que en su momento la tuvo por demostrada.

Razones que edifican confirmar la decisión objeto del recurso, y con ello la absolución total por las condenas solicitadas, aunado que el titular de la relación jurídica sustancial corresponde al trabajador y que aun en subsidio de lo afirmado, por quienes se presentan al litigio en diferentes calidades, deben estarse a lo reglado por el artículo 216 del CST, del que se ha ilustrado en rigor de sus premisas que no puede establecerse soporte

probatorio, conforme artículo 167 del CGP, antes 177 del CPC (artículo 145 CPTS), en relación al nexa verídico, entre la existencia alegada del agravamiento de las secuelas del accidente, el reporte probado de las condiciones ambientales descritas en la demanda del sitio o lugar de trabajo y la relación de estas a la PCL establecida.

Costas a cargo del actor, sin agencias en derecho, sin recurso de apelación, se habría conocido en grado jurisdiccional de consulta - cuando por todas las pretensiones, en que no existe oposición, se presenta absolución-.

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

RESUELVE

PRIMERO: -CONFIRMAR- la Sentencia proferida el 25 de enero de 2018 por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura (V), siendo demandantes PEDRO TOMAS MINA SOLIMAN quien se identifica con C.C. N° 16.474.865 y AGUSTINA POTES AHOON quien se identifica con C.C. N° 66.743.112 en nombre propio y de su hijo CARLOS DANIEL MINA POTES, YURANY MINA POTES quien se identifica con C.C. N° 38.671.343, CAREN MINA POTES quien se identifica con C.C. N°1.111.749.606, GEIDY JULIETH MINA POTES quien se identifica con C.C. N°1.111.772.648, AURA LINA MINA POTES quien se identifica con C.C. N°29.221.171 y LUCIANA MINA SOLIMAN quien se identifica con C.C. N° 31.379.805, en contra de la sociedad SERVICIOS EMPRESARIALES SAS quien se identifica con NIT. N° 809.007.911-1 y EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A. quien se identifica con NIT. N° 800.249.860-1, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas a cargo del actor, sin agencias en derecho, en esta instancia.

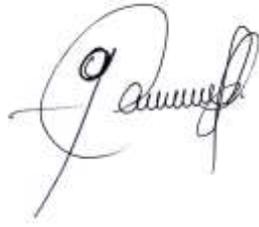
Notificado por estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

4af45fb06db9166b1c4d4e069e564b35db00927d8dcb27464f8ac2247dbb2832

Documento generado en 06/08/2020 01:35:08 p.m.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Guadalajara de Buga¹. Sesis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-111-31-05-001-2014-00388-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS ENRIQUE RODRIGUEZ CORTES
Demandado: INGENIO PROVIDENCIA S.A.
Litis consorte: ARLEX MAURICIO CAICEDO SOTO
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 16 de enero de 2018 (16/01/18) por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Buga, que absolvió de todas las pretensiones a la sociedad demandada.

ANTECEDENTES

El señor LUIS ENRIQUE RODRIGUEZ CORTES por conducto de apoderada judicial interpuso *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de INGENIO PROVIDENCIA S.A., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Buga.

Pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo alegado como existente entre los demandantes y la sociedad demandada, en los siguientes extremos:

- Del 08/02/12 al 20/02/13

Junto a la concurrencia de accidente laboral el 20/02/13 y el pago de prestaciones sociales, incapacidades, tratamientos, del porcentaje de PCL que se determine por entidad competente o pensión respectiva si fuese mayor al 50%.

Solicitud de condena que se fundamentan en indicar, en síntesis, que el actor fue contratado verbalmente el 06/02/12 por el ingeniero MAURICIO CAICEDO en

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 69 Control Estadística.

representación del Ingenio Providencia para realizar reparaciones en la Hacienda La Loma, adecuarla al cultivo de caña de azúcar del ingenio. Indicó que el señor CAICEDO era el encargado de reclutarlo ocasionalmente para realizar Labores como la limpieza y adecuación de la tierra para la plantación en diversas adendas. Señala que ha guardado algunos recibos de pago generados por el Ingenio donde le cancela su salario dentro de los extremos señalados. Además de haber prestado sus servicios en la HACIENDA LA LOMA, HACIENDA SAN JOSE GARCES Y HACIENDA LA CECILIA, productoras de caña para el INGENIO PROVIDENCIA SA, como operario de motosierra, en horario de 7:00 a.m. a 4:00 p.m. incluyendo domingo, instrucciones impartidas por el señor Luis Enrique Rodríguez por medio de los mayordomos que el Ingenio tiene en cada hacienda y relacionado por el señor Caicedo quien era el que le cancelaba su salario los días sábados y domingos en las oficinas de la Hacienda SAN JOSE GARCES.

Señala que las labores fueron ejecutadas de forma personal obedeciendo las instrucciones y cumpliendo el horario de trabajo establecido, sin recibir llamado de atención por mal comportamiento, que el jornal pactado era de \$70.000 aumentado a \$75.000. Enseña que el 20/02/13 cuando llegó a prestar labores sobre las 6:30 a.m. en la Hacienda La Loma se cayó en una zanja quedando con un dolor fuerte en la mano en que se apoyaba, situación de la cual el mayordomo de la hacienda fue informado, pero ningún representante del ingenio se presentó al lugar de los hechos y mucho menos al sitio donde fue llevado. Expresa que no se encuentra afiliado al régimen de seguridad social y adicionalmente tampoco ha tenido capacidad económica para acudir como particular, por lo que llamó a su hijo para que lo traslade al hospital en Buga presentando el SOAT de la moto; a quien ya ingresado le encuentran fractura de epífisis inferior de cubito y radio del brazo izquierdo, con reducción cerrada y osteosíntesis, con 120 días de incapacidad.

Que por los anteriores días ha reclamado al ingeniero Caicedo, quien ha dilatado respuesta, con la promesa de que le dará más trabajo. Indica que no cuenta con medios económicos para realizarse las terapias sugeridas por el médico tratante. Que el demandado no le cancelado prestaciones sociales e incapacidades generadas por el accidente, a Seguros Colpatria por el valor de la atención primaria recibida, ni el tratamiento futuro de recuperación, la pérdida de capacidad por no encontrarse afiliado a la seguridad Social, teniendo en cuenta que el actor sostenía moral y económicamente a todo su núcleo familiar.

Pretensiones por las cuales se solicita se condene al pago de prestaciones sociales, la sanción moratoria del artículo 6 CST modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2002, las incapacidades generadas por el médico tratante, las terapias realizadas a la fecha, los medicamentos suministrados, los gastos de movilización como consecuencia de las dos cirugías realizadas, los pagos de las futuras terapias de rehabilitación, el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral dictaminado o la pensión respectiva indexada, indemnización por él lucro cesante, indexación e intereses corrientes, intereses moratorios y reajustes sobre las anteriores sumas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min 19:14)

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Buga, mediante sentencia del 20 de abril de 2017, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolviendo a la demanda de todas y cada una de las pretensiones, al haber tenido por supuesto que no fue plenamente demostrado que entre el actor, la demandada y el

litisconsorte necesario existiese una relación de carácter laboral, exponiendo como tesis que el demandante en interrogatorio desvirtuó la presunción de la existencia del contrato alegado, ya que manera libre y espontánea manifestó tener autonomía para desempeñar sus labores en la actividad para la cual fue contratado, trabajando 4, 5 o 6 días podando los árboles, adecuando el terreno y que a veces no había trabajo, aceptó que existieron interrupciones de 3 días en las funciones, no negó encontrarse disponible para poder atender requerimientos de otros clientes a quienes les hubiese podido prestar el servicio e indicó que el Ingenio tenía un mayordomo que lo recibía y le decía dónde cortar los árboles pero si tenía que hacer una vuelta, él lo manifestaba y no tenía ninguna implicación, que el pago lo efectuaba el ingeniero Mauricio o su asistente cada 8 días y que la forma de contratación lo dijo fue a través de una invitación que este realizó, que era el propietario de las herramientas y medios de producción, lo cual evidenció la forma como comercialmente actúa, sostuvo que es independiente registrado en Cámara de Comercio y que el Ingenio no tenía ninguna injerencia respecto a horarios, o turnos, órdenes o subordinación.

Expuso el a quo que de la prueba testimonial recaudada, Carlos Alberto Cerón y Mauricio Zapata no fue posible derivar, bajo el principio de la libre formación del convencimiento, la existencia de los tres elementos que configuran la relación laboral ya que no dieron luces concretas sobre la relación que pudo unir al actor con el Ingenio Providencia, al contrario dieron cuenta de una modalidad independiente de trabajo, destacando que el actor tenía su herramientas y del accidente que se invoca mencionó que de esas declaraciones se obtuvo datos abstractos, indirectos y poco claros, que sobre la subordinación mencionó el actor se encontraba rodeado de varias personas pero en la cual no se podía determinar claramente quién le da ordenes al demandante, testimonios contrastados con el de la ciudadana Carolina Vivas quien como coordinadora de selección del Ingenio Providencia explicó los procedimientos, desconociendo porque no había sido vinculado a la seguridad social el actor, lo que da cuenta de la informalidad con la que el actor se desempeña.

Concluye indicando que si bien contra el litisconsorte necesario llamado a juicio pesa un indicio grave por no haber contestado la demanda, no puede derivarse una hipotética condena en su contra con fundamento en ese simple indicio, ya que debe encontrarse fortalecido y acompañado de una prueba, circunstancia que no aconteció, señalando que la actividad del actor es de prestación de un servicio, situación ajena a la relación laboral pretendida.³

RECURSO APELACIÓN PARTE ACTORA (min. 1:04:07)

Solicita revocar la sentencia por ser ilegal e ir en contra del derecho de la seguridad social, por no haber valorado en debida forma las pruebas bajo la sana critica y el acervo probatorio suficiente que la sustenta, por lo que solicita se garantice la seguridad jurídica y el debido proceso, dándole la debida valoración a las pruebas documentales aportadas, como los recibos de pago por parte del Ingenio Providencia, demanda laboral por medio de la cual se reclama el pago de prestaciones sociales y las derivadas de su accidente laboral destacando el trámite procesal adelantado, señalando que en auto de 11 de enero del 2018 integró

³ "SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No 01: RESUELVE: PRIMERO: AL INGENIO PROVIDENCIA SA Y AL SENOR ARLEX MAURICIO CAICEDO de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor LUIS ENRIQUE RODRIGUEZ por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, propuesta por el INGENIO PROVIDENCIA S.A., haciéndose extensiva al Litis consorte, por las motivaciones esbozadas en el presente proveído. TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante y a favor del INGENIO PROVIDENCIA SA y del Litis consorte ARLEX MAURICIO CAICEDO., Inclúyase como AGENCIAS EN DERECHO el valor de \$100.000.00 Mcte, para cada uno, líquidos por secretaria una vez en firme la presente sentencia CUARTO: CONSULTA: En evento de no ser apelada la presente providencia remítase el expediente al Superior a efecto que se surta el grado jurisdiccional de Consulta NOTIFIQUESE Y CUMPLASE"

debidamente al litis consorte necesario quien no contestó en la oportunidad indicada, sin embargo de la contestación de la demanda de él, se da luces favorables a su representado. Señala que el juez no le dio valor probatorio a los testigos presentados por la parte demandante ni a las evidencias físicas, del cual se puede evidenciar que el patrono era definitivamente el Ingenio Providencia, por lo que quedó probado que el actor tenía contrato laboral desde el día 8 febrero del 2012 hasta el 20 de febrero del 2013 día en que se accidentó en el lugar de trabajo, que sus funciones eran de operario de motosierra y en razón a esto se le adeudan sus prestaciones sociales y en razón a no estar afiliado al régimen de seguridad social debe hacerse cargo de las incapacidades adeudadas de las terapias causadas, las futuras, los medicamentos y la indemnización por su pérdida de capacidad laboral, si se encontrará superior al 50% la pensión respectiva, reseñando los principios constitucionales como el artículo 25, principio de lo formal sobre las formas, la confesión ficta o presunta y principio de la buena fe.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, se procedió a admitir conocimiento; y a correr traslado para alegatos, conforme al artículo 15 del Decreto 806 de 2020, oportunidad que aprovechó el litisconsorte y presentó los siguientes argumentos por cuenta de su apoderada judicial, en nombre del señor ARLEX MAURICIO CAICEDO, expuso que conforme lo expuesto en sentencia de primera instancia se pudo determinar que el demandante estaba inscrito en Cámara y Comercio, siendo el dueño de los implementos, que iba para ofrecer sus servicios; servicios que realizaba a quien lo requiriera, quedando demostrado en el proceso que no existieron elementos necesarios para que se configurara un contrato de trabajo entre el Ingenio Providencia y mucho menos frente a su representado. Solicita la confirmación del fallo apelado.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse consiste en establecer la existencia de una relación entre el accionante y el Ingenio Providencia S.A, en virtud del principio de la primacía de la realidad, y si del mismo nació una relación de trabajo en los términos previstos por el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo. Una vez establecido este primer derrotero, se verificará por parte de esta Sala, la procedencia de las pretensiones de pago de prestaciones sociales, indemnizaciones y auxilios deprecados.

Debe manifestar esta Sala que en el presente proceso se debe determinar si se demostró la subordinación y prestación del servicio del accionante, para resolver lo anterior se tiene en cuenta las declaraciones rendidas y la documental aportada al plenario.

Bajo este parámetro y analizado el artículo 53 Constitucional el cual consagra este principio de la *"primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"*, ha de indicarse que esta figura no es más, que aquel contrato, que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador independientemente a la denominación que a esta se le dé y del cual sea verificable el cumplimiento de los parámetros señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, que corresponden a una prestación personal del servicio, subordinación y salario, anotándose además que en aplicación de la

presunción legal consagrada en el artículo 24 del CST solo basta con demostrar la prestación personal del servicio para presumir el vínculo de carácter laboral, ya que elementos como la subordinación y el salario son presumibles generando la inversión de la carga probatoria, tal como lo señaló la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral bajo radicado 22259 de 2004.

Indicados anteriormente los extremos laborales pretendidos, la prosperidad de las pretensiones resulta como respuesta del deber de demostrar efectivamente la prestación en beneficio del Ingenio Providencia S.A, carga probatoria que recae exclusivamente en la parte convocante del litis, que el mismo debe ser prestado de manera personal y exclusiva por el trabajador, y se deben acreditar los extremos de la relación laboral.

De allí es pertinente analizar que de la documental aportada: certificado de existencia y representación legal de la demandada (fl. 9-13), recibos de pago denominados "memorandos" (fl. 14 a 3), historia clínica del actor (fl. 34-74), incapacidades médicas (fl. 75-77), contrato de trabajo del señor ARLEX MAURICIO CAICEDO SOTO (fl. 115-117), dan cuenta de una prestación del servicio como operador de motosierra, el cual se realizaba sin ser consecutivos ya que se presentan de forma aleatoria para las mensualidades de febrero de 2012 a abril de 2013 y del cual se extrae la aceptación de pagos por parte del actor por una actividad de corte en la hacienda La Loma, sin que en los documentos se especifique quien fue el beneficiario de ese servicio, pues si bien se encuentran bajo el logo del Ingenio Providencia S.A., se referencia a la actividad cancelada "*asunto: pago jornales motosierra*" por "*HDA. SAN JOSE GARCES*" como beneficiario, lo que permite concluir que con los documentos aportados no se puede demostrar el elemento prestación personal del servicio a favor del Ingenio Providencia S.A. y aunque de la contestación de la demanda por el convocado al litigio pudiese inferirse que este haya existido en beneficio de aquel fin que corresponde al cultivo de caña de azúcar, ya del hecho del accidente indicado y el tratamiento ante el hospital San José de Buga, donde en el protocolo de ingreso a urgencias se estipula (fl. 47) "*ingresa paciente de sexo masculino consciente y orientado sus 3 esferas tiempo, lugar y persona, caminando por sus propios medio, refiere que llega consultando porque "me caí de una moto"*", lo que da cuenta de la concurrencia del hecho indicado por el actor, propiamente un eje básico de la demanda indicaría que el accidente enunciado no guardó relación con las actividades de corte que se concluye serian aquellas por las cuales la parte actora edifica su demanda, por demás que no existe algún hecho que conecte el accidente de tránsito con la actividad material de la alegada prestación del servicio.

Ahora bien, pasando al análisis de las declaraciones en reseña por relevancia se observa:

En interrogatorio de parte al demandante se enseña que no pasó por proceso de selección en el Ingenio Providencia S.A. Que el 20/02/13 no reportó el accidente y fue atendido por el SOAT, reportándolo como accidente sufrido en una moto. Indica que su actividad básica es el manejo de motosierras para arreglar y cortar árboles, los cuales son propiedad de este y que cuenta con 5 de estas. Sobre el accidente manifiesta que ocurrió cuando llegaba a las 6:30 a.m. a la finca la Loma donde había un cerco eléctrico, pasó por debajo y allí había unas zanjas, al intentar saltarla una cuerda que está bajita le hizo la zancadilla y cae en la zanja, señalando que ya se encontraba trabajando dentro del predio. Expresa que cumplía un horario de 7 de la mañana a 4 de la tarde, labor que fue encomendada por el ingeniero Mauricio y que de febrero del 2012 a febrero del 2013 únicamente trabajo en esa finca porque no

tenía más contratos señalando que no estaba disponible para realizar otros trabajos, no habiendo trabajado con el ingeniero Caicedo con anterioridad.

Indicó que fue contactado por un empleado del Ingenio quien le manifestó que necesitaban una persona para hacer unos cortes y ser contactado telefónicamente por el ingeniero Caicedo quien le manifestó que fuera a hacer unos trabajos en el Ingenio, señala desconocer el origen de su pago, el cual lo hacía directamente este o por medio de un muchacho cada 8 días, diario de \$75.000, que laboraba entre 4, 5 o 6 días y en oportunidades hasta el domingo y festivos, señala que en ocasiones el trabajo se ve interrumpido entre 2 o 3 días. Sobre su actividad diaria afirma que el ingeniero Mauricio tenía un mayordomo que está encargado del trabajo y era este quien le decía el corte y que cuando tenía que ausentarse le informaba y que este no le indicaba incidencia por esto. Indica trabajar con motosierras hace más de 40 años, que cuenta con cámara de comercio para desarrollar su labor y que su servicio lo ofrece por medio de tarjetas que reparte registrado como independiente en la cámara de comercio desarrollando su labor como prestación de servicio a domicilio.

Señala que las ordenes a este emanadas provenían de Ingeniero Caicedo quien actuaba por medio de sus mayordomos, que nunca fue afiliado a seguridad social pero que si lo manifestó ante su empleador. Que al momento del accidente este indica que fue un tractorista quien le dio la mano y señaló que se llamó al mayordomo, pero este no mando a nadie para socorrerlo, entonces por sus propios medios fue al hospital y con su hijo tramitó su atención con el seguro de la moto en razón a que no tenía con que pagar.

Indica estar afiliado al Sisben, señala sobre su labor que este organizaba el terreno o los árboles que había que talar que no tenía alguien que le estuviera vigilando o direccionando e indicando cómo talar, que si bien tuvo contacto con directivo de la demandada desconoce su nombre, solo los mayordomos que son los que manejan el personal. Sobre afiliaciones al sistema de seguridad social señala que el ingeniero Caicedo le dijo que no lo podía afiliar porque costaba mucho y que si quería que el actor lo hiciera. (min. 6:04)

Por su parte el representante legal del Ingenio demandado expresó que desconoce cuántas fincas tiene contratada en la zona norte para realizar la labor productiva, así como los trabajadores que allí laboran para realizar limpieza de cercos y árboles, señalando que cuentan con una oficina que es la encargada de hacer los contratos externos al Ingenio y esos contratos por medio de oferta. Aclara que las actividades externas al objeto misional se realizan por ofertas mercantiles como contratación externa, labores como pintura, como montajes específicos de alguna maquinaria, si hay que hacer podas o alguna circunstancia de estas y que son muchas las actividades que se pueden hacer por medio de ofertas que no constituyen las actividades normales de producción de azúcar. Indica que la adecuación de terrenos para la siembra de caña se hace con gente propia con contratos a término fijo con los trabajadores de Ingenio Providencia. Que el proceso de poda tiene procedimiento específico, tiene unos permisos ante las autoridades ambientales frente a los procesos de intervención en zonas que hay que adecuar, por esta razón se hace frente a una oferta mercantil para que sean las entidades que respondan y tengan una cantidad de características que exige la ley, para cumplir con el seguimiento del Ingenio, que se cuenta con una oficina dedicada al seguimiento que hacen auditorías de las contrataciones por lo que se hacen por fuera del Ingenio para que esas contrataciones estén de manera adecuada. Indica que dentro de los terrenos hay

personas o hay instituciones que no están vinculadas directamente al Ingenio, que las personas directas están vinculadas a la seguridad social ya que han pasado un proceso de contratación y vinculación directa frente al actor indica que no se encontraba vinculado dentro de los registros, desconociendo la ocurrencia del accidente. Señaló que cuentan con terrenos para siembra de caña en las haciendas la Loma, San José Garcés y la Cecilia, pero desconoce si allí debían realizarse trabajos de adecuación de motosierra de poda de árboles para adecuar terrenos para siembra de Caña. Indica que el señor Alex Mauricio era director de zona de campo para el Ingenio desconociendo la fecha de vinculación quien tenía bajo su responsabilidad una zona específica de trabajo dentro de las tierras del Ingenio Providencia. Que las haciendas son tierras propias o en alquiler, pero estaban bajo la responsabilidad de Ingenio Providencia, que son tierras que están bajo cuentas de participación y no son directamente de Ingenio (como un alquiler de la tierra), concluyendo que el señor Caicedo no tiene dentro de sus funciones contratar de manera directa, que lo hace si él lo requiere dentro de sus actividades, que entre la otra instancia y pueda hacer la contratación. (min.34:26)

El señor ARLEX MAURICIO CAICEDO SOTO en interrogatorio narró que para el año 2010-2011 cuando el Valle del Cauca se estaba inundando debido a las lluvias en la Hacienda San José Garcés el río Cauca estaba a punto de romper un dique y todas las labores se concentraron en detener que se entrara a la Hacienda, ese momento llegaron muchas personas, se requería una persona con una motosierra para que sacara punta a unos palos grandes que usaron como pilotes para detener la erosión del dique y en ese momento fue que conoció al actor, desconoce quién lo llamo, solo que lo vio trabajando allí y que nunca le dio órdenes, ya que a los únicos que le daba órdenes era a los mayordomos, ya que este manejaba 2300 hectáreas en caña en 53 haciendas, por lo que indica no estaba presencialmente en ninguna de las haciendas, solo las visitaba cada 15 días. Señala que el pago al actor se realizaba por intermedio de un contratista el mayordomo autorizado por este y que su función se supeditaba a dar órdenes al mayordomo sobre derrumbar ciertos árboles, resembrar, regar labor que se hacía por intermedio de pago a un tercero pago que se generaba cada ocho días verificada la labor con las tarifas del Ingenio, dineros que salían de este, que sobre el accidente fue informado dos o tres días después y que supuestamente había sido un accidente en derrame árboles, pero después indica que le fue informado que el accidente había sido en moto, el único subordinado era el mayordomo, relata que a Luis Rodríguez no le dio órdenes, expresando que cree que los mayordomos le decían lo que tenía que hacer (min 59:35).

CARLOS ALBERTO CERON declaró que es amigo del actor, señaló sobre el accidente tener conocimiento que fue pasando una reja y se cayó, en el municipio de Sonso sobre las 6:30 a.m. que en si no presenció el accidente, solo que se acercó allí con un trabajador que estaba en la misma hacienda recogiendo madera para aprovechamiento por recomendación del actor, señaló que el actor trabajaba con el Ingenio por el dicho del mismo destrozando con la sierra una madera; enseñó que su ayudante Eyber vio caer al actor en el momento en que se lastima la mano y que allí fue donde acudió a socorrerlo y que supone fue transportado por el hijo de aquel al hospital, pero no puede dar certeza al no haberlo presenciado, señaló conocer al actor como trabajador independiente y que estaba presente allí porque le informaron de la existencia de una madera para aprovechamiento (min. 1:10:13).

EYBER MAURICIO ZAPATA expresó que al actor lo conoce laborando con el Ingenio arreglando madera y cosas así en la finca las Lomitas como una persona independiente arreglando árboles, que tiene el manejo de herramientas propias del oficio. Sobre el accidente señaló que estaba en el sector cuando se accidentó a unos

100 metros donde estaba recogiendo una madera, cuando fue donde él estaba recostado ya accidentado, que ya había estado en la finca y fue allí donde resbaló. Señala que el actor trabajaba podando, pues llegaba con maquinaria, esta arrancaba unos árboles y él llegaba con la motosierra y los iba picando supone que este recibía órdenes, pero desconoce de donde provenían, y si allí se encontraba personal propio del Ingenio quien no desconoce al ingeniero Alex Mauricio Caicedo Soto. Aclara que el actor como independiente es quien hace trabajos por ahí contratados con distintas áreas (min. 1:21:29).

CAROLINA VIVAS GUTIERREZ expresó no conocer al actor quien no paso por selección de personal y que no existe personal del Ingenio vinculado o haciendo labores que no pase por selección de personal ya que todas las personas que firman contrato deben realizar el proceso evaluación, consistente en un requerimiento al departamento de selección con un formato que justifica el perfil que dice quiénes son los candidatos que van a iniciar un proceso, pasa por una serie de etapas de evaluación entrevista técnica, psicológica, una prueba, exámenes médicos, un estudio de seguridad, una visita domiciliaria y si la persona cumple correctamente con el perfil es entregado al departamento de nómina quien lleva a cabo todo el proceso de contratación. Indica que el ingeniero Alex Mauricio era jefe de zona norte, persona que garantizaba la productividad de la caña en toda la zona norte y que la contratación de personal no era una de sus funciones desconociendo la contratación de quienes laboran en las fincas en cuentas en participación, indicando que la demandada si posee sistemas de control para verificar la vinculación al sistema de seguridad social desde el año 2005, concluyendo que el cargo de oficios varios es una función de personal vinculado directamente a la empresa (min. 1:36:21).

De las declaraciones se logra establecer que el hoy demandante prestó sus servicios de corte de árboles y alistamiento de terrenos para cultivo de caña de azúcar, que la labor pudo ser contratada por los mayordomos de las haciendas La Loma, San José Garcés y la Cecilia, de forma verbal, pero de dicha situación no se encuentra certeza, solo se presume del dicho del señor ARLEX MAURICIO CAICEDO SOTO, quien señala haber visto al actor en la citada labor, labor que fuese encomendada por este, como trabajador directo de la demandada Ingenio Providencia a sus subalternos (mayordomos), sin embargo desconoce la real contratación celebrada por estos con el actor, si se encontraba realizando una actividad de mitigación por el tema de inundaciones, pero en lo básico se advierte que dicha labor mantiene contornos como una actividad independiente del actor, labor que manifiesta este en el interrogatorio practicado por su experticia en el corte y tala quien tan solo se circunscribe a desarrollar la labor en el espacio indicado por los mayordomos o sobre las unidades ya derribadas.

De los testimonios de CARLOS ALBERTO CERON (MIN 1:10:13) y EYBER MAURICIO ZAPATA (MIN 1:21:29), se establece que la actividad del actor, no fue de manera ininterrumpida en la hacienda la Loma, ya que de estos se puede determinar que la labor ejercida, más que ser una labor constante y plenamente ejercida a favor del Ingenio, corresponde a una prestación del servicio particular de corte, a pedido de la persona o entidad que lo solicite, servicio que es prestado por el actor como trabajador independiente, situación que contrasta con el dicho del actor que manifiesta contar con inscripción en Cámara de Comercio de su actividad, lo que a todas luces evidencia, que la labor ejercida por este se presta con sujeción a una temporalidad variada, el cual, se encuentra ajeno de algún elemento subordinante, al desarrollarse este de forma personal pero de acuerdo a la experticia, desligado de una estructura jerárquica o de producción sobre la materialidad de la labor de la

tala de árboles, por demás del señor Mauricio Caicedo manifestó desconocer formas de contratación, ajeno a alguna ejecución de oferta mercantil emitida a la sociedad demandada, ya que del testimonio de CAROLINA VIVAS GUTIERREZ se logra evidenciar que el Ingenio traído a juicio cuenta con protocolos de contratación externa específicos a los cuales en ningún a aparte del presente proceso se hicieron alusión.

Igualmente se verifica que en cabeza de las convocadas a juicio no obró potestad sancionatoria y disciplinaria sobre el actor, tanto así, que el solo pedimento de permiso para excluirse temporalmente de la labor encomendada no presentaba inconveniente alguno para los mayordomos de las haciendas, lo que refuerza la conclusión que el actor obraba libremente en desarrollo de su actividad comercial.

Finalmente, es preciso indicar que del acervo probatorio no se encuentran elementos contundentes que permitan variar la decisión adoptada en instancia, toda vez que el mismo refiere a una contratación de orden civil para la ejecución de una labor determinada, es decir un trabajo enteramente independiente, por lo que los documentos aportados contrastados con los testimonios recaudados no revisten caudal procesal que lleven a concluir que la intervención que realiza el Ingenio y sus representantes preceptúe un modelo de contratación de carácter laboral y al indicarse la ausencia de material probatorio que brinde a esta Sala certeza absoluta sobre la estructuración de la realidad entorno a la prestación del servicio alegado, aunado al hecho que en el desplegar probatorio tampoco se logró demostrar el rol que corresponde al señor Juan Carlos Caicedo, de quien aparece su nombre en los recibos de pago de jornales aportados por el actor, que si bien tienen logos de la sociedad demandada, el asumirlos como provenientes de esta requería por lo menos que se concretara la condición de actuación de aquel ciudadano, el que en función de buscar una prueba vinculante para el Ingenio, solo fue mencionado como una persona externa al demandado en la contestación extemporánea presentada por este (fl. 150), aun así si se tomara aquel ciudadano -Juan Carlos Caicedo- como representante de la demandada, se volvería a la misma condición indicada sobre la insuficiencia en el rol de subordinación por cuenta del actor, en la labor de corte de árboles, presupuesto para deprecar cualquier condena.

De esta forma, la sentencia del a-quo será confirmada, en su totalidad conforme lo expuesto.

Costas a cargo del apelante, sin agencias en derecho toda vez que sin recurso se habría conocido bajo artículo 69 del CPTSS

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria del 16 de enero de 2018, proferida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Buga, en donde fue demandante el señor LUIS ENRIQUE RODRIGUEZ CORTES identificado con C.C. N° 6.192.834 y demandada la sociedad INGENIO PROVIDENCIA S.A. con NIT 891.300.238-6 y vinculado ARLEX MAURICIO CAICEDO SOTO identificado con C.C. N° 94.476.210 por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas a cargo del apelante, sin agencias en derecho

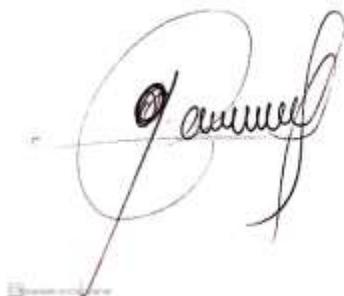
Notificado por Estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Consuelo Piedrahita D.

CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**b5234bb27717d0d9e1ea1316c807e91470bc805abf84bf817d124aa12e147
908**

Documento generado en 06/08/2020 01:35:53 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-05-001-2015-00206-02

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO
Demandado: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y OTROS.
Asunto: APELACIÓN.

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS quien presentó impedimento, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 6 de junio de 2019 (6/06/19), por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tuluá (V).

ANTECEDENTES

La señora, CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO, por conducto de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá.

Como pretensiones solicitó el reconocimiento del 50% del derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor JHON JAIRO PEREZ RIVERA, desde el 13 de julio de 2010 y el 100% hasta el instante en que su hijo deje de percibir el porcentaje reconocido por su derecho, los intereses moratorios e indexación causada (fl. 48 C-1).

La demandante fundamentó las pretensiones en los hechos indicados a folios 44 y 45 del expediente manifestando que contrajo matrimonio católico con el señor JHON JAIRO PEREZ RIVERA, siendo su cónyuge hasta el momento de su muerte ocurrido el 13 de julio de 2010; que dicha relación procreó un hijo; que el causante se encontraba afiliado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., dejando cotizado un total de 153.28

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 63 para control estadístico.

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO
Demandado: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y OTROS.
Asunto: APELACIÓN.

semanas en los 3 años anteriores a su deceso. Que solicitó ante la demandada la pensión, la cual fue negada mediante escrito del 29 de marzo de 2011.

La demanda fue admitida mediante auto del 23 de octubre de 2015, ordenado la notificación de la demandada, y la vinculación del Ministerio Público (fls. 51-53).

La sociedad PORVENIR contestó demanda presentado oposición a las pretensiones; manifestó que frente a la pretendida pensión, también se hizo presente a reclamar la señora FRANCY ELENA PEÑA MORALES, en calidad de compañera permanente del causante, por la cual solicitó su integración al litigio (fl. 159); y solicitó llamar en garantía a la sociedad MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (fl. 126 y sig.); propuso las excepciones de fondo prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva y por activa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, incompatibilidad entre la indexación y los intereses moratorios reclamados, pago, compensación, buena fe de la demandada (fl. 67-83). De igual manera la entidad demanda inició demanda de reconvención.

El a quo mediante auto del 25 de enero de 2016, tuvo por contestada la demanda por parte de la sociedad Porvenir S.A; realizó el llamamiento garantía (fl. 223) e integró como litisconsorte necesario a la señora FRANCY ELENA PEÑA MORALES, ordenando su respectiva notificación; se admitió el trámite de la demanda de reconvención, corriendo el traslado respectivo (fl. 165-166). De manera oportuna se emitió pronunciamiento conforme auto del 13 de mayo de 2017 (fl. 301).

La litisconsorte FRANCY ELENA PEÑA MORALES, obrando mediante apoderado judicial, dio contestación a la demanda, pronunciándose frente a los hechos, y oponiéndose a las pretensiones; propuso las excepciones de ausencia de derechos reclamados; y solicitó se declarara a su favor ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del fallecido Jhon Jairo Pérez Rivera, y se condene al pago de los dineros correspondientes (fls. 184-187).

Por su parte, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, solicitando su desvinculación del presente proceso (fls. 253-267).

Así mismo, se ordenó la vinculación del señor JHON ALEXIS PEREZ DURAN, como litisconsorte necesario de la parte pasiva (fl. 306), quien omitió pronunciamiento alguno.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V.) mediante la Sentencia del 6 de junio de 2019, concluyó:

"PRIMERO: DENEGAR todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DENEGAR todas las pretensiones de la vinculada al proceso, señora FRANCY ELENA PEÑA MORALES.

TERCERO: CONDENAR en costas a cada una (...)"

APELACIONES

La apoderada judicial de la señora CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO, interpuso recurso de apelación, el cual sustentó señalando que del certificado de matrimonio se encuentra probada la vigencia del vínculo matrimonial entre la demandante y el señor JHON JAIRO PEREZ RIVERA, y el tiempo que lo cumplió desde 1999 hasta el 2005; que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que interesa para adquirir el derecho es haber cumplido los 5 años (min. 38:49 y sig.).

El apoderado judicial de la señora FRANCY ELENA PEÑA MORALES, también interpuso recurso de apelación manifestando que de la valoración probatoria se obtuvo la fractura de la relación, sin embargo la transcendencia de esta seguía entre ellos; dijo que los declarantes manifestaron que su prohijada era su compañera permanente, y que la relación no solo se mantuvo de carácter intencional sino que hacía parte del núcleo familiar de forma reiterada, ello frente al vínculo atenuado, solicitando revalorar las pruebas, pues si existió relación de 5 años entre mayo de 2005 a la fecha del deceso del causante. Igualmente, dijo que el Despacho incurrió en discriminación en la relación de compañeros permanentes, pues no es menos que la del matrimonio, debiendo acoger los criterios de la Corte, teniendo en cuenta que existiendo el concepto de familia pueda determinarse que el término de los 5 años de convivencia entre compañeros permanentes sea en cualquier tiempo, debiendo aplicarse la posibilidad de auscultar los 5 años de convivencia para este caso (min. 39:45 y sig.).

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, se procedió a su admisión; así mismo, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado para las alegaciones; vencido el mismo, se pronunciaron al respecto:

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., solicitó la confirmación del fallo de primera instancia, así como que se desestime las apelaciones interpuestas, teniendo en cuenta la inexistencia de dependencia económica que dé lugar a pensión de sobreviviente; que la señora CLAUDIA JIMENA DURAN, ni la señora FRANCY ELENA PEÑA, lograron demostrar el tiempo mínimo de convivencia, para determinar la existencia del derecho pensional.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSATIAS PORVENIR S.A., solicitó la confirmación de la sentencia absolutoria, teniendo en cuenta las pruebas practicadas de donde se concluyó que ninguna de las peticionarias, demostraron el término de convivencia con el causante para acceder al beneficio pensional reclamado, pues ninguna de las pruebas indicó que se hubiera cumplido con el término legal de convivencia con el causante; así mismo, dijo que el beneficio pensional se reconoce en un 100% a favor del menor JHON ALEXIS PEREZ DURAN, al demostrar la calidad de beneficiario del causante.

Conforme artículo 66 del CPTSS, el recurso de apelación procede a decidirse, con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la procedencia de la pensión de sobrevivientes en favor de la parte actora, en calidad de cónyuge del fallecido JHON JAIRO PEREZ RIVERA bajo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003; y en favor de la litisconsorte necesario FRANCY ELENA PEÑA MORALES en calidad de compañera permanente del mismo.

Del derecho pensional deprecado y su causación.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al tener origen el hecho generador el día 13 de julio de 2010, como ya se indicó, es la disposición marco de existencia de la pensión pretendida, al respecto los literales a) y b) de dicha norma regulan la vocación de beneficiaria que tiene la cónyuge o compañera permanente, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia de -mínimo- cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse la convivencia una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculos jurídicos o viceversa.

Cuando se alegue solamente convivencia de hecho, el lapso mínimo de cinco años de convivencia exigido por el legislador, debe ser satisfecho en el tiempo inmediatamente anterior al deceso del afiliado o pensionado, y para el evento en que la convivencia la alegue el cónyuge separado de hecho, pero con vínculo matrimonial no disuelto

Frente a este último vínculo marital vigente con separación de hecho, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 5169 de 2019, refirió que la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de "vínculo afectivo", "comunicación solidaria" y "ayuda mutua" que permita considerar que los "lazos familiares siguieron vigentes" para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3 del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Así mismo, reiteró que en sentencia SL2010 de 2019, la Corte explicó que la convivencia no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de la pareja, sino a las circunstancias que motivaron la separación, siendo por tanto equivocado tener una perspectiva de que pese a la separación de hecho se continué manteniendo un lazo afectivo con el esposo."³.

Dicho lo anterior, procede la Sala a resolver las apelaciones presentadas por las partes; previo a ello, es preciso mencionar que en el presente proceso quedó

³ Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 5169 de 27 de noviembre de 2019.

probado que el señor JHON JAIRO PEREZ RIVERA, falleció el 13 de julio de 2010, según certificado de defunción (fl. 24); que al momento de su fallecimiento tenía la calidad de afiliado al fondo demandado y que dejó generado el derecho a una pensión de sobreviviente para su grupo familiar como se obtuvo de la respuesta brindada por la demandada y el reconocimiento que se efectuó en favor de su hijo; que el señor PEREZ RIVERA y la señora CLAUDIA JIMENA DURAN contrajeron matrimonio el 24 de diciembre de 1999, vínculo legal, del cual no se demostró su disolución por tanto vigente al fallecimiento del señor Pérez, como consta del registro civil de matrimonio obrante a folio 23; relación de la cual se procreó un hijo nacido el 1 de septiembre de 1998 (fl. 19); que las señoras CLAUDIA JIMENA DURAN en calidad de cónyuge y FRANCIA ELENA PEÑA MORALES en calidad de compañera permanente, reclamaron ante la sociedad demandada la pensión de sobreviviente, la cual se resolvió de manera negativa para ambas; y que se concedió la pensión de sobreviviente en un 100% para JHON ALEXIS PEREZ DURAN, desde la muerte del causante (fl. 88).

Ahora bien, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en primer lugar por la demandante; al respecto, solicitó tener en cuenta la vigencia del registro civil de matrimonio que ocurrió el 24 de diciembre de 1999, teniendo por superado el término de los 5 años de convivencia entre la pareja, al haber durado la misma hasta el 2005.

En el caso puntual, luego de evaluada la prueba practicada en el curso del proceso, se colige que la señora CLAUDIA JIMENA, no obstante, contaba con menos de 30 años de edad⁴ para el momento de la muerte del causante, había procreado un hijo con el mismo, nacido el día 1 de septiembre de 1998 (fl. 19), y contraído matrimonio con el señor JHON JAIRO el 24 de diciembre de 1999; no ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión de su fallecimiento.

En primer lugar, es necesario mencionar que el registro civil de matrimonio entre JHON JAIRO y CLAUDIA JIMENA, no entrega muestra de la vigencia de la relación de convivencia de pareja, pues si bien es cierto, del contenido del documento, consta el acto jurídico el cual se encontraba vigente al momento de la muerte, al no evidenciar nota marginal de divorcio o disolución del mismo, frente a la real situación afectiva entre la pareja, no es un indicador del tiempo de la convivencia entre ellos; aunado a que la misma demandante, confesó la separación de hecho, no obstante no se pudo evidenciar hasta cuando permanecieron como un hogar, pues mientras ella manifestó que lo fue hasta junio o julio de 2005, las demás pruebas indicaron otras fechas, con las que no se puede tener claridad y certeza frente a la separación. Aunado a que se obtuvo conocimiento de la existencia de otras relaciones entre el causante y la señora FRANCY ELENA PEÑA.

En el caso puntual, luego de evaluada la prueba practicada en el curso del proceso, se colige en primer lugar que las declaraciones allegadas por RODRIGO DE JESUS MONTOYA y GLORIA AMPARO VALENCIA (fl. 25), que fueron ratificadas en audiencia (min. 02:19 y 11:30 audio 2), se contradicen de la documental rendida ante la Notaría Única de Bugalagrande, pues mientras en esa oportunidad al unísono, indicaron que la convivencia entre los señores JHON JAIRO PEREZ RIVERA y CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO, lo fue durante 7 años, contando desde la fecha de su matrimonio en 1999 hasta el 2006, en razón a una

⁴ fl. 21.

separación de cuerpos que tuvieron, en la audiencia ambos recalcan que los mismos vivieron juntos hasta el 2005; lo que resta credibilidad en sus dichos, pues para el año 2015 indicaron unos hechos que ahora en el 2019, han variado su sentido.

Igual sucede con los testimonios rendidos por ISMAEL ANTONIO MOSQUERA (min. 1:12:00 y sig.), JHON ALEXIS PEREZ DURAN: (min.. 1: 30:00 y sig.), KETY MARIA PEREZ RIVERA (min. 2:00:01), los cuales no alcanzan a dar certeza del elemento de la convivencia entre los nombrados por espacio no menor a 5 años en cualquier tiempo; asociado a que pese al haber manifestado que la pareja en mención hubiera convivido hasta el año 2005, no fueron consistentes en sus dichos, veamos:

El señor ISMAEL ANTONIO MOSQUERA, quien es el padre del causante, dijo frente a esta relación que la señora CLAUDIA JIMENA *le tuvo un niño, que cuando ellos terminaron el niño tenía por ahí unos 7 años; que ellos tuvieron un tiempo que volvieron, vivieron en su casa y luego se abrieron; que ellos se separaron por ahí unos 2 veces*; sin embargo, posteriormente al preguntársele en que año se había separado la pareja dijo *que no sabe en qué época se separó de la esposa, que cree que fue en el 2005; que ellos vivieron varios años, porque ella salió en embarazo, y vivieron con el niño*; y agregó que *el niño tenía por ahí 3 años cuando se separaron*. De esta última, declaración, no se logra obtener certeza de lo dicho, pues existe contradicción en las misma, si bien para el año 2005 el hijo de la pareja contaba con 7 años de edad, posteriormente, indicó que la separación de ellos, se dio cuando el hijo tenía por ahí 3 años, lo que ocasiona dudas al juzgador, pues no se podría brindar credibilidad a una parte de lo dicho, a fin de favorecer a la demandante.

Por su parte la señora KETY MARIA PEREZ RIVERA, señaló con total seguridad que la pareja *se había separado en el año 2006*, lo que tenía presente por cuanto para la misma época pasaba por igual situación; de lo manifestado, se tiene que lo dicho por ella, difiere del año de separación declarado por la misma actora, y alguno de los declarantes. Por tanto, de dicho testimonio tampoco se obtiene certeza del término de duración real de la relación.

Por su parte, el hijo de la pareja JHON ALEXIS PEREZ DURAN, aunque bien señaló que sus padres se separaron en junio de 2005, resulta ser contradictorio con la separación a los tres años antes enunciada, pues las pruebas recaudadas deben conformarse en un todo, y como se obtuvo de las anteriores, hubo contradicciones y aseveraciones diversas entre ellas.

CLAUDIA JIMENA DURAN COLORADO (min. 4 y sig.) confesó que convivió con el causante, hasta junio o julio de 2005, *que se separaron en el 2005, cuando vivían en Bugalagrande, la razón fue porque quería quedarse solo un tiempo; que para esa época él estaba solo, pero al pasar los meses tuvo una relación con la señora FRANCY*; sin embargo, de lo declarado por la señora FRANCY ELENA PEÑA MORALES se obtuvo que ella y el señor JHON JAIRO se fueron a vivir a Roldanillo en mayo de 2005, es decir, antes, de la fecha del rompimiento de la relación matrimonial.

De lo dicho en precedencia, que los declarantes no ofrezcan certeza de la subsistencia de una convivencia mínima entre la pareja por 5 años, tratándose del

cónyuge supérstite. De allí, que no exista prueba de acuerdo con los requisitos del caso enunciados que evidencie una vida marital y convivencia en las condiciones antes anotadas y exigidas por la ley, para efectos de reconocer a la señora CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor JHON JAIRO PEREZ RIVERA.

Ahora bien, respecto de la apelación presentada por el apoderado de la señora FRANCY ELENA PEÑA MORALES, en primer lugar hay que señalar que no se evidencia discriminación frente al tratamiento brindado como compañera permanente del señor JHON JAIRO PEREZ RIVERA, pues es la misma Ley y no el Juzgador de primera instancia, quien se encarga de establecer los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente, en tanto el operador judicial, se encarga de verificar el cumplimiento de dichos requisitos, conforme lo dispone el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la cual para su caso, el reconocimiento está supeditado a que se evidencie que hubo una convivencia de mínimo cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Revisadas las pruebas allegadas al proceso, con certeza se pudo obtener que la señora FRANCY ELENA no logró acreditar el tiempo mínimo de convivencia para hacerse acreedora a la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente, lo anterior, se obtiene en primer lugar, de la confesión realizada por la misma, cuando señaló al juzgado que iniciaron convivencia como compañeros permanentes en mayo de 2005, la cual duró hasta septiembre de 2009, cuando se separaron por inconvenientes de pareja que habían tenido, motivo por el cual el señor JHON JAIRO se fue de su casa, a vivir a la casa de sus padres (min. 3:001 y sig.); en tal sentido, teniendo en cuenta lo manifestado por ella, tan solo hubo una convivencia de pareja durante 4 años aproximadamente; lo que no permite predicar el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión pretendida.

Sumado a lo anterior, el testigo ISMAEL ANTONIO MOSQUERA, padre del fallecido, señaló que en efecto entre la señora FRANCY ELENA y su hijo *existió una relación la cual duró por ahí unos 2 años*; que Francy no lo asistió cuando JHON JAIRO tuvo el primer accidente, siendo su madre y hermanas las encargadas de su cuidado, es decir que con ello, además quedó desvirtuado que posterior a la separación, mantuvieran algún vínculo afectivo, comunicación solidaria, lazos familiares y apoyo mutuo, que permitirá considerar que aunque no vivieran juntos sostuvieran una relación de pareja. En consecuencia, si bien consta la relación, esta no fue permanente y continúa hasta la hora de la muerte, todo lo contrario, quedó demostrado que el causante, vivía con sus padres, y no sostenía una relación afectiva con su cónyuge, ni con su compañera permanente.

No varían las condiciones de convivencia efectiva, con los dichos de las señoras KETY MARIA PEREZ RIVERA (min. 2:00:01) y MARIA DEYSI MOLINA VALENCIA (min. 2:35:00), quienes coinciden en la existencia de la relación, de estos, como compañeros permanentes, sin precisar en qué momento inició, pero sí en que ellos tuvieron una separación con anterioridad al fallecimiento, por inconvenientes de pareja, lo que sumado a lo dicho por la interesada, ocurrió en septiembre de 2009, conllevando a predicar que los 5 años de relación como compañeros permanente no fueron alcanzados.

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO
Demandado: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y OTROS.
Asunto: APELACIÓN.

De tal manera, que contrario a lo señalado por el apoderado judicial, la señora FRANCY ELENA no demostró el cumplimiento de requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, al no acreditar los 5 años de convivencia como ya se dijo; incluso, en el caso hipotético, de contabilizar dicho término en cualquier tiempo, como lo pretende el apoderado en su apelación, las resultas serían las mismas, pues tampoco, quedó demostrado, que existiera una relación como compañeros permanentes con anterioridad a mayo de 2005, pues la señora FRANCY ELENA, fue determinante en señalar que antes de irse a vivir juntos, sostenían una relación de noviazgo, vinculo ante el cual no existe posibilidad de hacerse efectivo el derecho pensional.

En consecuencia, no existen razones para imprimir prosperidad a las apelaciones presentadas por los apoderados de las señoras CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO y FRANCIA ELENA PEÑA MORALES, motivo por el cual la sentencia de primera instancia proferida el 6 de junio de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tulúa (V), ruega su confirmación.

COSTAS

Costas en segunda instancia a cargo de la parte demandante, señora CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO, y litisconsorte necesario FRANCY ELENA PEÑA MORALES, y a favor de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.; sin agencias en derecho dentro de la segunda instancia en atención a que en subsidio de la apelación se habría conocido bajo artículo 69 del CPTSS, respecto de la demandante y al grado jurisdiccional de consulta surtido frente a los litisconsortes necesarios.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de junio de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tulúa (V), siendo demandante la señora CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO identificada con cédula de ciudadanía No. 29.305.855 y demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., obró como vinculada la señora FRANCY ELENA PEÑA MORALES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO. Costas en segunda instancia a cargo de la parte demandante, señora CLAUDIA JIMENA DURAN CORONADO, y litisconsorte necesario FRANCY ELENA PEÑA MORALES, y a favor de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.; sin agencias en derecho dentro de la segunda instancia en atención a que en subsidio de la apelación se habría conocido bajo art. 69 del CPT SIG., respecto de la demandante y al grado jurisdiccional de consulta surtido frente a los litisconsortes necesarios.

Notifíquese por Estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
(Con Impedimento)

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**4696628ed4aa8973fd5e86566505acb3d992b6d4b27c36676186ea083fb6
0137**

Documento generado en 06/08/2020 03:00:13 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-05-001-2015-0603-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: RAMIRO DE JESUS CANO CARO
Demandado: INGENIO SAN CARLOS S.A.
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la Sentencia proferida el 27 de junio de 2017 (27/06/2017) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (v), que declaró probadas las excepciones propuestas y absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora.

ANTECEDENTES

El señor RAMIRO DE JESUS CANO CARO por conducto de apoderada judicial interpuso *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de INGENIO SAN CARLOS S.A., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tuluá.

De conformidad con el artículo 69 del CPTSS, que ordena el Grado Jurisdiccional de Consulta cuando la sentencia es totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, como en el presente caso se estudiará el mismo, precisando que la demanda se presentó el 5/11/15 (fl. 74), admitida en auto del 19/04/16 (fl75), contestada en oposición a las pretensiones e indicando excepciones que atacan de fondo el nacimiento de la obligación (fl. 91-99)

En cuanto a la demanda, se presentó como recuento fáctico, en síntesis que el 21/01/08 el actor ingresó a laborar al INGENIO SAN CARLOS S.A, a través de la CTA COOSERLA y a partir del 10/10/10 directamente con esta última por contrato de trabajo a término indefinido como cortero de caña con un salario promedio de \$1.200.000, señaló que el 08/02/11 sufre una caída, la cual le ocasiona golpes en la espalda y le dificulta la movilidad y una vez valorado se pudo establecer que padece de lumbago postraumático, enfermedad degenerativa de columna cervical

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 68 Control estadístico por secretaria.

dorsolumbar, cervicalgia, pinzamiento de hombro izquierdo, tenosinovitis supraespinoso izquierdo, tenosinovitis del bíceps izquierdo, espondiloartrosis degenerativa, lesión de manguito rotador bilateral.

Narró que la EPS COOMEVA dio un concepto favorable de rehabilitación en cuanto al lumbago postraumático, que fue considerado como accidente de trabajo, que la entidad ARL POSITIVA acepta como accidente de trabajo el evento antes descrito con diagnóstico de trauma lumbar y señala que estas patologías no son derivadas de un evento traumático por lo que no hay lugar a calificar deficiencias y cerró el caso con pérdida de capacidad del 0%, calificación que adelantó a su vez la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle Del Cauca, calificando como "lumbago no especificado con PCL 0%", que el 26/09/12 la entidad COOMEVA califica el origen de la patología tenosinovitis del supraespinoso izquierdo y tenosinovitis del bíceps izquierdo como enfermedad profesional y la cervicalgia por espondiloartropatía degenerativa y lumbalgia por espondiloartrosis como enfermedad común.

Refiere que el 22/10/12 COOMEVA mediante escrito informa a la demandada las restricciones clínicas y recomendaciones reiteradas el 17/01/13 esta vez por un año, que el actor es reubicado en tareas de aseo, labor que le incrementa el dolor lumbar, cervical y del hombro, que el 05/03/14 la CLINICA ORIENTE actualizó la carta de recomendación a la empresa e informa que es necesario evaluar tareas asignadas, por tanto, es reubicado como vigilante portero donde no se respetó el promedio que tenía el trabajador y se le asignó un salario mínimo legal vigente.

Que para el 11/07/14, el médico tratante diagnosticó artrosis y pinzamiento subacromial y da de alta por no presentar patologías quirúrgicas, posteriormente el 22/07/14 COOMEVA informó restricciones clínicas por un tiempo de 6 meses, sin embargo, el 06/03/15, estando el trabajador en tratamiento, se le término el contrato aduciendo la configuración de la justa causas establecida en el artículo 82 numeral 1 y el numeral 8 del artículo 82 del CST, sustentada en el incumplimiento de prohibiciones por no encontrarse realizando la labor encomendada el 02/02/15 y presentar un informe inexacto con el objeto de engañar y obtener provecho indebido, que el empleador omitió solicitar permiso a la autoridad de trabajo, no realizó examen de egreso y no tuvo en cuenta que se encontraba en tratamiento en medicina física y rehabilitación para la calificación integral de invalidez, al tiempo que conocía su discapacidad.

Fundado en lo anterior, el demandante solicitó la declaratoria de ineficacia del despido por encontrarse en estado de debilidad manifiesta y no haberse solicitado permiso para tal acto final, con su consecuente reintegro a un cargo de iguales o mejores condiciones condenando al pago de salarios, prima, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización del artículo 26 Ley de la 361 de 1997 y reajuste salarial desde el 07/03/15 hasta el momento de su reintegro efectivo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tuluá, mediante sentencia del 27/06/17, declaró probadas la excepciones planteadas absolviendo de todas y cada una de las pretensiones incoadas, fundando su conclusión en el análisis de la omisión del permiso para despedir a un trabajador discapacitado, por ello dado que al despido debe proceder el procedimiento del artículo 26 de la ley 361 de 1997 cuando se trata

de persona en circunstancias de debilidad manifiesta, teniendo en cuenta que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 8 de febrero de 2011, calificado con una pérdida de capacidad laboral del 0.0% confirmada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y que el demandante no se hallaba incapacitado y tampoco se encontraba bajo restricciones laborales debido a que las últimas fenecieron el 22 de enero de 2015, destacó que sólo el conocimiento por parte del empleador de los padecimientos de salud no es suficiente para que resulte amparado por la estabilidad laboral reforzada derivada, sin que fuera acreditado el estado de incapacidad superior al 15%, al no existir prueba alguna que el demandante se hallaba incapacitado o bajo restricciones laborales o calificado con una pérdida de capacidad laboral, tomó avante las excepciones de carencia de la acción o derecho para demandar, inexistencia de la obligación, petición de lo no debido, pago, compensación y prescripción.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, se procedió a admitir el asunto; así mismo, se corrió traslado para alegatos conforme artículo 15 del Decreto 806 de 2020; vencido el mismo, el Ingenio San Carlos S.A. procedió a presentar alegatos en los siguientes términos:

La apoderada judicial de la parte demandada, solicitó la confirmación de la absolución de la sentencia de primera instancia, toda vez que quedó comprobado que el demandante no ostentó la calidad de invalido, al ser persona plenamente capaz de ejercer sus funciones laborales; que ha sido calificado con pérdida de capacidad laboral del 0% al momento de la terminación de su contrato de trabajo, por lo que tampoco sería procedente la indemnización de que trata la Ley 361; dijo que no existen fundamentos fácticos, legales ni jurisprudenciales, que confirme apreciaciones subjetivas del accionante, pues se trató de una terminación sin relación alguna con una patología general superada, tal como fue considerado por el Juez de Primera instancia.

CONSIDERACIONES

Con la delimitación que corresponde al principio de congruencia -numeral 7º artículo 25 del CPTSS y 281 del CGP- y de consonancia -artículos 66, 66 A del CPTSS y 328 del CGP-, en tanto sujeto a las materias objeto del litigio y apelación, resolviendo conforme artículo 61 del CPTSS y de acuerdo con la indicación probatoria por relevancia al asunto discutido, se resuelve el fin que convoca esta Sala, conforme se expone.

El problema jurídico que se debe resolver concierne a la procedencia del reintegro del actor verificando si el mismo era sujeto de estabilidad reforzada al momento de su retiro como este lo predica y de ser así se procederá al estudio de procedencia del pago emolumentos deprecados.

Es preciso resaltar que el estudio se enfocara principalmente en la valoración probatoria adelantada por el a quo en relación con las pruebas documentales aportadas bajo el contexto del principio de congruencia con relación a la finalidad de esta.

Teniendo en cuenta que el a quo desestimó la procedencia de la totalidad de pretensiones concernientes al reintegro y el pago de prestaciones e indemnizaciones con origen en un despido injustificado o despido indirecto es preciso recordar que las pretensiones del actor se encontraban enfocadas a demostrar que había sido objeto de despido el cual considera ineficaz conforme al art. 26º de la Ley 361 de 1997 y por consiguiente solicita su reintegro.

Para lo cual remitido el estudio a la documental aportada al plenario: concepto rehabilitación COOMEVA EPS (fl. 4), aceptación de la ARL POSITIVA del accidente de trabajo, diagnostico trauma lumbar (fl. 5-6), Calificación PCL ARL POSITIVA (fl. 7-10) determina origen profesional; evento accidente; PCL menor de 5%; fecha de estructuración martes 8 de febrero de 2011, calificación PCL de Junta Regional de Calificación de Invalidez del valle 09/07/12 (fl. 11-15) que determinó origen como accidente trabajo; diagnostico lumbago no identificado; fecha de estructuración 08/02/11 y PCL 0%, oficio de COOMEVA a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., notificando calificación de contingencia de origen tenosinovitis del supraespinoso izquierdo, tenosinovitis del bíceps izquierdo de fecha 26/09/12 (fl. 16), comunicación COOMEVA a la demandada del 26/09/12 notificación contingencia de origen cervicalgia por espondiloartropatia degenerativa y lumbalgia espondiloartrosis (fl 17), oficio emitido por la ARL donde está de acuerdo con la calificación de origen, Oficio de COOMEVA y recomendación ocupacional (02/10/12) (fl.18), oficios de COOMEVA con recomendación ocupacional de 22/10/12 y 17/10/12 (fl. 19-29) por 6 meses y 1 año respectivamente, consulta de seguimiento médico laboral donde se sugiere evaluar tareas asignadas por no ser compatibles con diagnósticos (fl.21), historia clínica (fl. 24-49), recomendaciones laborales 22/07/14 por el termino de 6 meses, carta de despido con justa causa (fl. 51) en la cual se expresó:

" (...) dando cumplimiento a la decisión tomada por el Comité de Relaciones Laborales, ratifica la medida de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa tomada en la comisión de reclamos del 4 de marzo de 2015, teniendo en cuenta que usted está incumpliendo con las prohibiciones como trabajador al no encontrarse realizando la labor encomendada el 2 de febrero de 2015, como se evidencia en el acta No 61 y para complementar presentó un informe inexacto a la empresa con el objeto de engañar y obtener provecho indebido. (...) hechos que se encuentran estipulados como incumplimiento de sus obligaciones especiales como trabajador de acuerdo a lo estipulado en el reglamento Interno de trabajo..."

Por su parte la pasiva aportó contrato de trabajo (fl. 100-102), recomendación de 21/10/11 por inasistencia a laborar el día 12/10/11 (fl. 103), informe de 02/02/15 respecto a accidente de tránsito (fl. 104), remisión por parte del jefe de seguridad Rubén Olivar de informe de accidente de tránsito presentado por Juan de Dios Gutiérrez - supervisor de seguridad (fl. 105-106), informe de 01/02/15 respecto a accidente de tránsito presentado por Jorge Vélez - auxiliar de cosecha (fl. 107), reporte de incidente realizado por el actor 02/02/15 (fl. 108), reporte de incidente realizado por John Alexis Zapata - coordinador de Alce 2 turno 2 (fl. 109), recomendación médica 04/08/14 (fl. 110), registro de pausas activas y reincorporación laboral de 29/05/14, en el que se suscribe compromiso por parte del actor (fl. 111), actas de comisión de reclamos N° 048, 061 y 064 (fl. 113-118), acta comité relaciones laborales 06/03/15 (fl. 119-120) donde se analizó las

conductas del actor, comunicación terminación de contrato de trabajo 06/03/15 (fl. 121), orden de valoración médica de retiro de 04/03/15 (fl. 122), autorización para retiro de cesantías, entrega de comprobantes de pago de seguridad social, liquidación definitiva de prestaciones sociales, consignación de la misma (fl.124-129).

En atención a la doctrina actual de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, debe observarse que en sentencia SL1360/2018 se partió del presupuesto que las razones existentes que fundamenten en forma objetiva la terminación del contrato de trabajo resultan legítimas, pues lo que se evita en la norma son los actos de discriminación, no obstante, el trabajador puede infirmar tal postulado, a quien le bastara demostrar el estado de incapacidad y con ello trasladar la carga de la prueba al empleador quien deberá demostrar la existencia de la justa causa, en concreto se mencionó:

"En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. 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 esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

(...)

Así las cosas, para esta Corporación:

La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.”

Los anteriores presupuestos, también conllevan a la confirmación de la providencia consultada, como se ha indicado sin que se demuestre incapacidad del actor, tampoco alguna enfermedad grave, aquellas catalogadas como desastrosas o que pudiera plantear la discusión de si la acción del empleador se encontraba directamente relacionada al estado de salud del trabajador, conllevan en no poder dar por demostrado el ánimo o fin discriminatorio al informar sobre la terminación del contrato de trabajo, bajo un procedimiento en que no solo se partió de la versión del empleador, sino que esta fue confrontada según la documental soporte de la comisión de reclamos en los conductores del camión y de los trabajadores que tuvieron contacto con el conductor de la motocicleta, quienes coincidieron en mencionar el abandono de la función de apoyo por parte del actor para una actividad de alto riesgo de accidente.

Se itera que el cambio jurisprudencial indicado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, sique manteniendo un eje en la demostración del estado de discapacidad, al respecto considera esta Sala que el mismo se consolida a través del informe pericial al respecto, sea dentro del trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral o el requerido dentro del proceso, pues una calificación en tal sentido permite establecer una notoriedad del estado de salud del actor aunado a la fecha de estructuración en vigencia de la terminación del contrato de trabajo o en subsidio de esta dentro del contrato de trabajo una relación por patologías existentes en su ejecución

Razón suficiente para desestimar las pretensiones invocadas, al no poder tener por ineficaz el despido realizado y por consiguiente el reintegro deprecado; conforme lo anterior, ha de confirmarse en su totalidad la sentencia objeto de consulta. *Costas a cargo del actor sin agencias en derecho por conocer en grado Jurisdiccional de Consulta.*

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el JUZGADO 1° LABORAL DEL CIRCUITO DE TULUÁ del 27/06/17, siendo demandante RAMIRO DE JESÚZ CANÓ CARO identificado con la C.C. 15.262.026 y demandada la sociedad INGENIO SAN

CARLOS S.A. con NIT 900460352-5, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del actor, sin agencias en derecho conforme lo expuesto.

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**e5704a280031894f82c014bd926bd94b9991e392e2120d7144be245c798b
47b0**

Documento generado en 06/08/2020 01:37:45 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-05-001-2015-00607-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WALDINA DIAZ ORTEGA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la Sentencia proferida el de julio de 2019 (02/07/19) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, que declaró que la actora tiene derecho a percibir el 100% de la pensión de sobreviviente causada por el señor JAIRO HUMBERTO COBO RODRÍGUEZ por la suma de un (1) SMMLV.

ANTECEDENTES

La señora WALDINA DIAZ ORTEGA por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tuluá (V).

Demandad que fue presentada el 25/11/15 (fl. 74) y admitida mediante auto del 30/06/16, con intervención de la ciudadana LUZ MARINA CORREA LUCUMI (fl. 98).

En cuanto a la demanda, se presentó como recuento fáctico, que la señora WALDINA DIAZ ORTEGA, convivió con el señor JAIRO HUMBERTO COBO RODRIGUEZ, desde el año 1993 hasta el 10 de Febrero de 2007, fecha en que ocurrió el fallecimiento del señor COBO RODRIGUEZ; que a pesar de que el señor JAIRO HUMBERTO COBO, era casado con la señora LUZ MARINA CORREA LUCUMI, con quien tuvo una hija de nombre ROCIO COBO CORREA, ellos se separaron cuando la descendiente tenía tres 3 años y quien para la fecha del fallecimiento tenía 27 años; que la señora WALDINA DIAZ ORTEGA cuidó al señor COBO RODRIGUEZ como consecuencia del lamentable accidente que tuvo al ser atropellado por un toro y quedar cuadripléjico, por lo que tuvo que ayudarlo en todo y nunca se separaron ni interrumpieron su relación por

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 64 Control estadístico por secretaria.

lo que familiares, amigos, conocidos y vecinos los reconocieron siempre como esposos.

Que la señora WALDINA DIAZ dependía económicamente del señor COBO RODRIGUEZ, pues era quien laboraba en los trapiches paneleros, mientras que ella se dedicaba a las labores del hogar y le llevaba los alimentos a su sitio de trabajo; que el Juez Primero de Familia de Palmira (V) emitió la sentencia No. 67-2014-00256-00, mediante la cual declaró que entre ella y el señor JAIRO HUMBERTO COBO RODRIGUEZ, se conformó una UNION MARITAL DE HECHO, y en base a ello se presentó la reclamación ante la entidad COLPENSIONES, quien en respuesta a la solicitud emitió la Resolución GNR 336454 del 27 de octubre del 2015, que resultó desfavorable sobre el reconocimiento de la pensión, por cuanto la señora LUZ MARINA CORREA LUCUMI también reclamó dicho beneficio; entidad demandada que en dicha resolución argumenta bajo las pruebas obrantes en el expediente la controversia entre el derecho reclamado por la señora WALDINA DIAZ ORTEGA, en calidad de compañera permanente, y la señora LUZ MARINA CORREA LUCUMI en calidad de conyugue, razón por la cual no tuvo certeza a quien corresponde el derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior solicitó se ordene el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en un 100% a la demandante como compañera permanente del fallecido señor JAIRO HUMBERTO COBO RODRIGUEZ, las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como la indexación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V), mediante sentencia³ No. 102 del 02 de julio de 2019, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR que la señora WALDINA DÍAZ DRTEGA, tiene derecho a percibir el 100% de la pensión de sobrevivientes dejada por el señor JAIRO HUMBERTO RODRÍGUEZ, identificado con cédula No. 6.288.675.

SEGUNDO: En consecuencia, de la declaración anterior, a partir de la ejecutoria de esta decisión COLPENSIONES pagar a la totalidad de la pensión de sobrevivientes dejada por el señor JAIR HUMBERTO RODRÍGUEZ, equivalente a un SMLMV a la señora WALDINA DÍAZ DRTEGA.

TERCERO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

CUARTO: Por haber sido desfavorable a la entidad demandada se concederá el grado jurisdiccional de CONSULTA."

CONSULTA

En el presente asunto la parte demandante no formuló inconformidad alguna frente al fallo de primera instancia por lo que se deberá conocer en el grado jurisdiccional

de la consulta en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de conformidad con lo preceptuado por el artículo 69 del CPTSS.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, se procedió a admitir conocimiento; así mismo, se corrió traslado para alegar conforme al artículo 15 del Decreto 806 de 2020; vencido el traslado la encartada COLPENSIONES ratificó los argumentos manifestados dentro del proceso en la primera instancia, indicando que ya existía acto de reconocimiento proporcional, sin que se evidencia negligencia alguna por parte de su representada.

Grado jurisdiccional de la CONSULTA que pasa a resolver la Sala con fundamento en el principio de la LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO y de la sana crítica de la prueba, contenidos en el artículo 61 del CPTSS, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la procedencia de la pensión de sobrevivientes en favor de la parte actora, en calidad de compañera permanente supérstite del pensionado fallecido bajo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Se tiene que es un hecho irrefutable la calidad de pensionado que ostentaba el señor JAIRO HUMBERTO COBO RODRIGUEZ, de conformidad con la Resolución GNR No. VPB 23671 del 31 de mayo de 2016 (fl. 63-66); que el mismo falleció el 10/02/07, según se colige del Registro Civil de Defunción, obrante a folio 22 del plenario.

Por lo que al tenor del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es requisito suficiente para, al momento del deceso, dejar la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios que cumplan las condiciones exigidas en la ley.

Ya en cuanto a la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, que alega la actora en su demanda, debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 en su artículo 47, el cual fue modificado por la regla 13 de la Ley 797 de 2003, al tener origen el hecho generador que es la muerte del pensionado el día 10/02/07 (fl.22)

Los literales a y b de dicha norma regulan la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia de –mínimo- los cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Contempló el legislador varias hipótesis fácticas que se pueden dar, ajustadas a la realidad social y que regulan casos de convivencia simultánea o de la existencia de varios beneficiarios de la prestación:

- (i) cuando existan dos o más compañeros permanentes con vocación de beneficiarios, la pensión se repartirá entre ellos, a prorrata del tiempo de convivencia (inc. 2 lit. b);
- (ii) cuando exista convivencia simultánea de un cónyuge y un compañero permanente, según el texto legal, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, encontrándose que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la consecuencia es que se divida la pensión en proporción al tiempo convivido;
- (iii) finalmente, se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital se haya roto de hecho y que la sociedad conyugal no se hubiere disuelto y, además, exista una convivencia del afiliado o pensionado con otro compañero permanente, caso en el cual le corresponderá a éste una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia y el resto le corresponderá al cónyuge, siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco años en cualquier tiempo.

De todas estas hipótesis, lo que se extracta es que la pensión de sobrevivientes premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse la convivencia una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculos jurídicos o viceversa.

Cuando se alegue solamente convivencia de hecho, el lapso mínimo de cinco años de convivencia exigido por el legislador, debe ser satisfecho en el tiempo inmediatamente anterior al deceso del afiliado o pensionado, y para el evento en que la convivencia la alegue el esposo separado de hecho, pero con vínculo matrimonial no disuelto, los cinco años correrán en cualquier tiempo.

En el caso puntual, luego de evaluada la prueba practicada en el curso del proceso, se colige tal cual lo concluyó el a-quo, que la señora WALDINA DIAZ ORTEGA ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del deceso del señor JAIRO HUMBERTO COBO RODRIGUEZ.

Lo anterior, se desprende, en conjunto, de la declaración extra proceso realizada por el causante en el 04/02/05 (fl. 19) de donde se colige que para dicha data convivía por un lapso superior a catorce (14) años con la señora Diaz Ortega y que la misma dependía económicamente del causante; certificación de afiliación Servicio Occidental De Salud SOS (fl 10-12) donde registra como grupo familiar y en especial como beneficiaria la señora Diaz Ortega para el 05/02/13; así mismo se verifica

Formulario de vinculación y actualización al sistema general de pensiones administrado por el ISS (fl. 13) en donde se establece como beneficiaria nuevamente a la actora; comunicaciones de fechas 28/06/06 (fl. 14), abril de 2006 (fl. 26-28) y respuestas emitidas por Servicio Occidental De Salud SOS (fl. 30-31), en la cual la actora actuando en calidad de representante o de persona a cargo solicita la prestación de servicios médicos y el pago de incapacidades, situación anterior que se presenta en razón al estado de salud que venía presentado el causante desde el 27/11/05 momento desde el cual se encontraba en "estado vegetativo" y por tanto la presencia de la actora en el trámite de las citadas solicitudes ante la entidad prestadora de salud, no son extrañas, al tenerse estas como un apoyo al causante por ser persona a cargo del mismo; decisión de fecha 31/08/06 frente a trámite de acción de tutela radicado 2006-155 adelantada ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira (v) (fl. 38-44), la cual da cuenta de acción de tutela adelantada por la actora en representación del causante por medio de la cual solicita reconocimiento y pago de pensión de invalidez para su representado dar respuesta a petición de evaluación médica laboral con el fin de establecer su calificación de invalidez, impugnación presentada al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga (fl. 45-50) que confirma la decisión; decisión proferida por el Juzgado 1° de Familia de Palmira el 19/11/15 en proceso ordinario de existencia de unión marital de hecho adelantado por la hoy actora contra la señora Luz Marina Correa Lucumi, Roció Cobo correa y demás herederos del causante señor Cobo Rodríguez, donde se declaró probada suficientemente la unión marital entre el causante y la actora desde el año de 1993 hasta la fecha de fallecimiento el 10/02/07 (fl. 67-72), estableciendo a su vez que la convivencia con la esposa allí demandada señora Correa Lucumi ya no se presentaba.

En sustento de las apreciaciones establecidas a este punto, se encuentran las declaraciones recogidas en el desarrollo del trámite ordinario que dan cuenta de lo siguiente:

OSCAR EMILIO RODRIGUEZ quien manifestó ser el esposo de una hermana de ella y que la conoce hace más o menos 42 años y que a la señora Correa Lucumi no hace mucho, porque él testigo vivió en el Cabuyal donde la conoció y para ese momento no tenía familia ni esposo. Que conoció al señor COBO porque trabajó con él en el trapiche la María en el año 1990, y siguieron siendo amigos hasta cuando se trasladó a Tuluá donde se conoció con su cuñada la señora Waldina. Luego se trasladó a Santa Elena con la señora Waldina y siempre la presentó como su esposa. Que nunca comentaba nada sobre la señora Correa Lucumi solo que tenía una hija pero que se había desentendido de ella. Cuando el señor se accidentó la señora Waldina no pudo ir a recogerlo porque no tenía los recursos, y que cuando ya pudo ir, la señora Correa Lucumi ya lo había recogido y se lo había llevado a Cabuyal, hasta donde sabe aún estaba vivo para ese momento, luego se dieron cuenta que murió y no se enteraron de cuando fue su entierro. Que para los exámenes médicos y demás la señora Waldina fue quien lo acompañó (min 3:45).

La ciudadana MIREYA RODRIGUEZ GIL expresó que a la Señora Waldina Diaz la conoce más o menos desde 1995, cuando se fue a vivir con su primo el señor COBO a la ciudad de Santa Elena. Que sabe que la señora Waldina tiene una niña de una relación anterior y de la hija de su primo no volvió a saber de ella desde que la niña tenía como 3 años cuando se dejó con su primera esposa. Que cuando su primo se accidentó la señora Waldina no lo abandona y mantenía muy pendiente de él; sin embargo, no lo fue a visitar. Que la señora Correa Lucumi lo sacó de la Clínica y se

lo llevo a Cabuyal, luego murió y allá lo velaron, esto se lo conto la señora Waldina. Que el señor Cobo nunca dejo su hogar y siempre estuvo presente. Que no sabe si el señor Cobo aportaba dinero para su hija. Que el señor COBO murió el 10 de febrero de 2007, que duró 15 meses enfermo. Durante ese tiempo la hija no lo visitó y la señora Waldina hacia rifas y otras cosas para llevarle lo que necesitaba. Que ella era beneficiaria en salud del señor Cobo y él era quien llevaba la carga del hogar (min 00:20:45).

SILVIA LEONOR OSORIO COBO por su parte relató que es sobrina del señor Cobo, y conoce a la señora Waldina desde que su tío se la llevo a vivir a Santa Elena, eso fue por el año 1996. Que su tío estuvo perdido muchos años e incluso pusieron un anuncio en una emisora. Indica que cuando él llegó nuevamente, al darse cuenta que lo estaban buscando, llego con la señora Waldina. Que conoció a la Señora Correa Lucumi cuando ella estaba muy pequeña y supo que tuvieron una hija. Que conoció a esta hija con el accidente del señor Cobo y que apareció por que le dijeron que él había muerto. Que nunca se separó de la señora Waldina y lo sabe porque viven muy juntos y nunca visito a la señora Correa Lucumi. Desde el accidente no pudo volver al hogar porqué estaba muy mal, pues estuvo 15 meses en el hospital. Para llevarle las cosas necesarias hacían rifas y otras cosas hasta que les dijeron que se lo tenían que llevar, hasta que un día la señora Waldina les dijo que la señora Luz Marina se lo había llevado. Cuando lo fue a visitar nunca vio a la señora Luz Marina, pero supo que Waldina y Luz Marina se encontraban en el hospital y tenían confrontaciones. No asistió al entierro de su tío porqué cuando se lo llevaron solo estuvo 2 o 3 días, hasta que les llego la noticia de su fallecimiento. Indica que no tiene conocimiento si su tío le aportaba dinero a su hija, y esta nunca se acercó a pedir nada. Solo apareció cuando supo que él se había accidentado. Conoció que la señora Luz Marina lo visitaba en el hospital, pero no sabe si le aportó algún elemento de cuidado (min. 00:34:00).

El señor JHOAN SEBASTIAN BARANDICA OSORIO relató que es sobrino del señor Cobo y que Conoce a la señora Waldina por que convivió con su tío, que a la señora Luz Marina la conoció desde el accidente. La señora Luz Marina y su hija iban a la casa que la señora Waldina y su tío compartían a hacerle daños en su casa, tales como dañar chapas, abrir ventanas con palos, etc. Que tiene entendido que la señora Waldina y su tío nunca se separaron, y siempre estuvo en fechas especiales. Tampoco tuvo conocimiento de que tuviera otra pareja. Que sabe de las cosas que la señora Luz Marina y su hija le hicieron a la señora Waldina por que él las vio. Que antes del accidente nunca las había visto y que no cree que su tío le haya enviado recursos a su hija alguna vez. (min 00:49:00)

Testimonios anteriores que valga decir fueron consecuentes en afirmar la estrecha relación marital entre la actora Waldina Diaz y el causante, resaltando circunstancias relevantes, como el hecho que los compañeros compartieron techo, lecho y mesa, que la señora Waldina siempre fue la que acompañó al señor Cobo, que nunca se separaron. Que desde el accidente no pudo volver al hogar porqué estaba en muy mal estado, y que para llevarle las cosas necesarias al hospital hacían rifas y otras cosas hasta que les dijeron que se lo tenían que llevar y fue allí cuando el causante le fue entregada a la señora Luz Marina Correa Lucumi y llevado a Candelaria "El Cabuyal"⁴, donde falleció.

⁴ Fl. 22

De allí que se encuentre satisfecho por parte de la aquí demandante, el requisito de convivencia y comunidad de vida durante un lapso superior de cinco años con anterioridad a la muerte del pensionado, antes del accidente del que se relata que el causante quedó en coma, y en el hospital con la asistencia de la Señora Waldina Diaz, como consecución de recursos para asistir al causante, lo que equivale a la convivencia seguida de los lazos de ayuda y solidaridad mutua entre los compañeros, en los términos señalados por la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad laboral, citados precedentemente, sin que la entrega del causante, en sus últimos días de vida, por la institución hospitalaria a la señora Luz Marina Correa desdiga de la convivencia de este con la señora Waldina, tampoco la no asistencia a las exequias, en consideración de la confrontación contra esta ciudadana y la señora Luz Marina Correa, relatada por los testigos.

Si bien se establece que al momento del fallecimiento, el causante se encontraba en custodia por persona diferente a la actora Waldina Diaz ha de indicarse que la permanencia del mismo conforme lo expresado por los deponentes, da cuenta de un lapso no superior a 3 o 4 días hasta su fallecimiento, circunstancia que brinda a esta Sala certeza sobre la no existencia de una convivencia paralela con la actora y la litisconsorte Luz Marina Correa Lucumi, teniendo en cuenta que no existió para dicho lapso de tiempo una determinación clara de la voluntad del causante al encontrarse en un estado precario de salud y de inconciencia, que no permitía al mismo decidir sobre el hecho del traslado, lo que desestima una posible simultaneidad o expectativa pensional por parte de la nombrada conforme lo indicado

Valga mencionar que se establece que mediante Resolución 16616 del 31/10/07 el ISS resolvió dejar en suspenso el trámite pensional de las señoras Diaz Ortega y Correa Lucumi, decisión que fuese recurrida por las partes y resuelta mediante Resoluciones 18377 del 29/09/08 (recurso de reposición) y 901578 del 12/11/08 (recurso de apelación), lo cual se desprende del contenido del acto administrativo emitido por COLPENSIONES -Resolución No. VPB 23671 de 31/05/16- (fls. 106-112), dentro de esta misma se ordena el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes a favor de la señora Luz Marina Correa Lucumi efectiva a partir del 23/06/12 en un porcentaje del 67.24% valor mesada \$463.590 y a la señora Waldina Diaz Ortega en un porcentaje de 32.76% y mesada por \$225.865 para un total de un (1) SMMLV.

Todo lo anterior, para concluir que acertó el a-quo al declarar que el derecho al 100% de la mesada pensional que se encontró causada con ocasión al fallecimiento del señor Jairo Humberto Cobo Rodríguez le asiste exclusivamente a la señora Waldina Diaz Ortega, por estar acreditados los presupuestos legales indicados por la norma para el caso de las compañeras permanentes, razón por la que se confirmará en este aspecto la sentencia consultada, lo que fue ordenado a partir de la ejecutoria, sin condena a COLPENSIONES por el retroactivo del porcentaje que fue pagado a la señora Correa Lucumi.

El monto pensional será el equivalente al 100% de lo reconocido en Resolución No. VPB 23671 de 31/05/16. (fls. 106-112), esto es, el salario mínimo mensual legal vigente, con sus incrementos legales; sin que se pueda determinar un retroactivo pensional a cargo de la entidad demandada teniendo en cuenta que desde el 23/06/12, dicha entidad ha venido cancelando proporcionalmente la prestación de sobreviviente a la actora y a la litisconsorte y es entre estas ciudadanas que debe darse la discusión correspondiente al retroactivo en contienda.

Así las cosas, habrá lugar a CONFIRMAR la sentencia CONSULTADA proferida el día 2 de julio de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V.), conforme a lo anteriormente esbozado.

COSTAS

No habrá lugar a la imposición de costas en esta instancia, de conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la Sentencia proferida el 2 de julio de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V.), siendo demandante la señora WALDINA DÍAZ ORTEGA, identificada con la cedula de ciudadanía N°. 29.886.693, y demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO. Sin COSTAS en esta instancia.

Notifíquese por Estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
(impedimento)

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**46469d11fc45f1891f6f4c40ae5d2c422e70ebbd885ab45df1b780eb01843
813**

Documento generado en 06/08/2020 01:38:43 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-002-2016-00022-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ABELARDO ARROYAVE VELAZQUEZ
Demandado: SEGURIDAD ATEMPI DE COLOMBIA LTDA.
Asunto: APELACION (sentencia).

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el -recurso de apelación- respecto de la Sentencia proferida el ocho de agosto de 2017 (8/08/2017) por el -Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura-, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El ciudadano ABELARDO ARROYAVE VELASQUEZ por conducto de apoderado judicial interpuso *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de -la sociedad SEGURIDAD ATEMPI DE COLOMBIA LIMITADA -ATEMPI LTDA-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura.

La demanda, presentada el 16/02/16 (fl.1), admitida mediante auto del 21/04/16 (fl. 39), presentó como recuento fáctico, que el señor ABELARDO ARROYAVE VELASQUEZ, suscribió contrato de trabajo con la empresa ATEMPI LTDA el 21 de febrero de 2014 para desempeñar el cargo de Supervisor, con una asignación básica mensual de \$685.836; que mediante otrosí al contrato, se modificó el cargo por el de Asistente Operativo en el Puerto de Buenaventura, acordándose un salario de \$1.300.000 mensuales, no obstante, el cargo desempeñado como consta en las certificaciones ha sido de "TCBUEN ESCOLTA" o "TCBUEN ESCOLTA GERENCIA PUERTO"; que a partir del 1 de abril de 2014, la empresa ATEMPI LTDA, reconoció

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 61 Control estadístico por secretaria.

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ABELARDO ARROYAVE VELAZQUEZ
Demandado: SEGURIDAD ATEMPI DE COLOMBIA LTDA.
Asunto: APELACION (sentencia).

al demandante como salario la suma de \$1.400.000, como consta en los comprobantes de nómina, y como auxilio de transporte la suma de \$400.000, no constitutivo de factor salarial; que para el año 2015 y 2016 se incrementó el valor del salario, siempre como retribución a su labor como escolta; que eran sus funciones acompañamiento, movilización, defensa y protección del personal directivo de la empresa terminal de contenedores de Buenaventura; que la empresa ATEMPI ha certificado las actividades laborales del demandante; que ha cancelado las prestaciones sociales y aportes a seguridad social sobre la base de un salario muy inferior al que le corresponde por el desempeño de su cargo como ESCOLTA; dijo que el señor CARLOS AUGUSTO CASTAÑO MENDOZA y RUBEN DARIO CASTAÑO CORREA, se vincularon a la empresa en el cargo de ESCOLTA, con ingresos mensuales superiores a los que le han cancelado desempeñando iguales funciones, razones por las cuales considera que hay razón para ordenar la nivelación salarial, en cuanto se asevera está probado que es mayor la asignación que se tiene prevista para el desempeño de la actividad que realmente desarrolla.

En consecuencia, pretende que se condene a la sociedad ATEMPI LTDA, a pagarle la diferencia salarial dejada de cancelar desde el 21 de febrero de 2014, hasta que se realice el ajuste entre el cargo de Asistente Operativo en el Puerto de Buenaventura y el de TCBuen Escolta/TCBuen Escolta Gerencia Puerto, por el que debió ser remunerado; así mismo, se proceda a reliquidar las prestaciones sociales como cesantías, intereses a la cesantías, prima legal y extralegal, vacaciones; diferencia de aportes al Sistema General de Pensiones; intereses de mora sobre la sumas dejadas de pagar oportunamente.

La empresa SEGURIDAD ATEMPI DE COLOMBIA LTDA. contestó en término la demanda, según auto proferido el 23 de abril de 2016 (fl. 89); aceptó los hechos 1, 2, 4, 5, 11 y 14, y no ser ciertos los demás; se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de fondo, que denominó: Inexistencia de las obligaciones, falta de causa y de derecho, buena fe, pago completo, prescripción, innominada (fl. 54-64).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El -Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura-, en sentencia bajo audiencia del 8/05/17-, aunque declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes a término fijo desde el 21/02/2014, vigente en el cargo de escolta de avanzada, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante expresó que hubo una valoración parcializada de la prueba obrante en expediente, no se le dio la validez, credibilidad y análisis conjunto a la testimonial de Carlos Augusto Castaño, el señor Torres y documentación obrante, pues si cumplió la carga procesal para acreditar que el cargo de Bernardo Arroyave tenía similitudes, como exige la norma, con las funciones de los otros escoltas que trabajaban con él, Carlos Augusto Castaño y Rubén Darío Castaño, lo que está acreditado en expediente porque no solo se probó que sus labores no eran administrativas, en efecto era escolta, que se desplazara unas veces en moto otras

en vehículo porque Castaño dijo que él también se movilizaba en vehículo y hacia traslado de esas personas importantes, da cuenta que no solo se desplazaba en motocicleta, si bien Castaño no dijo que también se movilizaba en motocicleta si dijo que la avanzada la podían realizar cualquier escolta, está diciendo que la avanzada la podían ejercer cualquiera de ellos y la hicieron, prueba suficiente para desvirtuar la diferencia que se está haciendo pretender ver para dar por no probados los hechos y pretensiones, refiriendo que de todo esto da cuenta la prueba testimonial y documental, se demostró que Arroyave cumplía todos los requisitos para ser escolta de ATEMPI en Puerto de Buenaventura; por el contrario no se observó (en la providencia) que hay mala fe por parte de los demandado y se valora en pleno dichos de Representante Legal de ATEMPI, desde que empezó su interrogatorio se trató de encubrir la figura real de escolta que siempre ha tenido Abelardo y reconocida en documentos expedidos por ellos, diciendo que tenía otros cargos de tipo administrativo, después en los alegatos reconocen que era un escolta pero de avanzada y quieren hacer diferencial con la palabra de avanzada cuando todos los escoltas en ese esquema podían cumplir cualquiera de esas funciones que simple y llanamente eran destinadas a proteger integridad y seguridad de esas personas especiales, pues no existe diferencia que hoy Castaño haga la avanzada que Abelardo mañana haga la avanzada y a que en otras ocasiones como Castaño él haya estado haciendo transporte y acompañamiento en vehículos, diferencial que no está probado.

Expresó que con mucho pesar ve que no le dieron relevancia a señor Torres, testigo de primera mano quien era supervisor, no como otros funcionarios administrativos, quien entregaba dotación a escoltas y los supervisaba los veía todos los días llegar y salir del puerto, quien dio cuenta de la jornada y cargo que desempeña Arroyave.

Difiere de la apreciación de la jornada, cuando Castaño indicó que Abelardo llegaba de primero y salía de último, se tiene que analizar dentro del contexto de la versión, allí ellos afirman que tenían que estar disponibles 24 horas por una u otra circunstancia Arroyave llega antes como otros días llegaron antes Castaño, esto no deslinda para nada el hecho que tuvieran mismos horarios, diferente que uno u otro tuviera nocturno y diurno o en la mitad que otro laboraba, todos estaban disponibles 24 horas, de ahí la similitud de los cargos.

El cargo de escolta de avanzada, que considera diferente el Juez a escolta TC Buen y el que la parte en sus alegatos reconoce, relata que ese cargo no existe en ATEMPI o es escolta o es auxiliar administrativo, de allí están los mismos documentos aportados en el término de la prueba de oficio, viene el del escolta y auxiliar administrativo, ninguna diferencia existe entre escolta y escolta de avanzada, el cargo de escolta de avanzada no existe, y no se puede analizar en el supuesto contrato entre ATEMPI y TC Buen, porque ese contrato se inicia en junio de 2014, según lo aportado por ellos y el cargo del escolta de Arroyave empezó en febrero de 2014, expresando que es un argumento de rescate pretendido por la pasiva.

Continuó expresando que para corroborar que ese cargo de escolta de avanzada no existe, no solamente está la documental que es muy clara sino los testigos de ATEMPI, ellos afirman que tal cargo no existe, luego no puede existir diferencia entre un escolta y Arroyave, son escoltas todos, ya que simplemente quisieron darle ese nombre y que él solo conducía motocicleta, supuestamente los demás no,

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ABELARDO ARROYAVE VELAZQUEZ
Demandado: SEGURIDAD ATEMPI DE COLOMBIA LTDA.
Asunto: APELACION (sentencia).

desvirtuado por los dichos de Castaño que dijo que cualquiera de los escoltas podía realizar avanzada.

Presentó inconformidad con la valoración del señor Benítez, quien no solo es empleador de ATEMPI, quien actúa de mala fe, pues hizo el informe del accidente afirmando que Arroyave era escolta, pero ahora en el proceso desconoce que es escolta e indica en forma parcializada que se trataba de auxiliar operativo, eso demuestra la parcialidad del dicho y que no debe ser valorado como testigo imparcial, finaliza indicando que no se dio apreciación en la testimonial, Arroyave además hacia funciones y avanzada, también participada de diferentes maneras en anillo de seguridad, Castaño y Torres afirmaron que él se transporta junto a la persona protegida en vehículos y también en motocicleta en funciones e iguales horarios que los demás, inclusive en desplazamientos por fuera de la ciudad para finalizar solicitando se valore en lo pertinente, se revisen todos los elementos y se revoque el fallo para condenar a ATEMPI. (min. 28:00)

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, se procedió a su admisión; luego, con base en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes, a fin de que presentaran sus alegatos; vencido el término, la parte demandante presentó alegatos en los siguientes términos:

La apoderada judicial del demandante, indicó que no se efectuó una adecuada valoración de las pruebas recaudadas en el proceso, las que dan cuenta de los presupuestos para que proceda la nivelación salarial y prestacional deprecada; que de la prueba testimonial y documental se confirmó que el actor cumplía los mismos horarios y estaba sometido a las mismas exigencias de otros empleados que también estaban contratados en el cargo denominado "TCBUEN ESCOLTA o TCBUEN - ESCOLTA GERENCIA PUERTO", como es el caso de los señores CARLOS AUGUSTO CASTAÑO MENDOZA y RUBEN DARIO CASTAÑO CORREA, quienes corroboraron con sus testimonios los hechos de la demanda y ratificaron con sus versiones que todos ellos, incluyendo el demandante, ejercían el cargo denominado "TCBUEN ESCOLTA o TCBUEN - ESCOLTA GERENCIA PUERTO", que su jornada de trabajo era igual para los tres, a disposición permanente de las personas protegidas, que ejercían las mismas funciones, estando encargados de realizar el continuo acompañamiento, defensa y protección personal del personal directivo de TCBUEN; que es de tener en cuenta que cuando dos personas realizan la misma labor, tienen la misma cualificación, los mismos horarios y responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que pueda existir discriminación alguna, en garantía del derecho fundamental a la igualdad, en relación con la cantidad y calidad de trabajo, en armonía con el precepto consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política y el principio trabajo igual, salario igual de que trata el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 143. Finalmente solicita la revocatoria de la sentencia de primer grado, y en su lugar declare la prosperidad de cada una de las pretensiones.

Ahora procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

Con la delimitación que corresponde al principio de congruencia -numeral 7º artículo 25 del CPTSS y 281 del CGP- y de consonancia -artículos 66, 66 A del CPTSS y 328 del CGP-, en tanto sujeto a las materias objeto del litigio y apelación, resolviendo conforme artículo 61 del CPTSS y de acuerdo con la indicación probatoria por relevancia al asunto discutido, se resuelve el fin que convoca esta Sala, conforme se expone.

El problema jurídico concierne a la valoración probatoria del a quo sobre los elementos aportados materia de inconformidad por la apelante debido a la alegada igualdad de actividades por su representado a otros empleados pese manifestar que su remuneración es inferior.

Al respecto el CST consagra la igualdad de remuneración (art. 143) como principio fundante en las relaciones del trabajo, en similar sentido a partir del art. 25 de la C.P. la H. Corte Constitucional ha indicado que bajo la condición de una labor justa se colige tal principio laboral (Sent. T-369/16) como también del artículo 13 Superior, el artículo 5 de la Ley 6 de 1945, en doctrina de la H. Corte Suprema de se ha preceptuado, que el deber de una remuneración por trabajo igual, hace parte del precepto de igualdad en la remuneración por trabajo de igual valor, si bien este caso no se enmarca en el género en relación a la verificación de las condiciones en que se admite diferencia en la labor, si el aporte de valor es similar no es admisible que la diferencia de salario se funde por razón del colectivo social que lo ejecuta, de allí que en la especie que ocupa la atención, el principio de salario igual a trabajo igual, en sent. en Cas. Lab SL16217-14, se ha indicado:

" (...) De lo estatuido en el artículo 143 del CST se deriva que dos trabajos se consideran iguales cuando también son iguales el "puesto", la jornada y las condiciones de eficiencia de quienes los desempeñan; en tal caso el salario deberá ser igual. Se deriva también de ese precepto que dos trabajadores pueden recibir salarios diferentes, cuando no hagan el mismo trabajo, en puesto, jornada y condiciones de eficiencia.

Es decir, la citada norma contempla tres criterios (tertium comparationis) que deben cumplirse para que dos trabajadores se consideren iguales y reciban la misma retribución: dos de tipo objetivo (puesto y jornada) y uno subjetivo (condiciones de eficiencia). Si uno solo de esos elementos es distinto, justificará una diferencia retributiva entre ambos trabajadores, pues, en tal hipótesis, sus trabajos no se considerarán iguales."

Planteado lo anterior también se considera que quien pretende que se le reconozca un derecho, debe no solamente mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también desplegar la prueba de aquellos supuestos fácticos que los respaldan, sin soporte probatorio las pretensiones no pueden ser declaradas por la jurisdicción, conforme preceptos del art. 167 del CGP antes 177 del CPC (Art. 145 CPTSS), al respecto la H. Corte Constitucional manifestó en sentencia C-086/16, lo siguiente:

"Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ABELARDO ARROYAVE VELAZQUEZ
Demandado: SEGURIDAD ATEMPI DE COLOMBIA LTDA.
Asunto: APELACION (sentencia).

presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan"

Ahora bien, de acuerdo con la sustentación del recurso de apelación debe observarse que, si bien el representante legal de la demandada no aceptó que el actor fuera escolta, al considerar que una persona de avanzada está informando las condiciones de afectación o peligro sobre la vía (min. 37:13 y sig. 6/10/16), como también es cierto que aceptó que el actor tenía un arma, se comprende en dotación, en tal sentido el testigo Oscar Antonio Torres (min. 1:13:50 y sig. 6/10/16) en forma relevante mencionó que estuvo ahí en TC Buen, cuando al actor lo ascendieron y fue su jefe quien le indicó que le entregara un arma al actor porque iba de escolta, también memoró al actor como un escolta de avanzada, quien tenía que ir verificando el camino por donde iría el protegido, recuento que es compartido por el señor Carlos Augusto Castaño (Min. 4:20 y sig. 8/05/17) quien mencionó en forma relevante que los escoltas eran quienes andaban con todos los protegidos, que en cierto puestos no se tenía dotación de armas para guardas, si el supervisor las tenía era porque las entregaba en los puestos, que el señor Arroyave fue su compañero como escolta, quien ingresó hacia el 2014, por ahí en febrero, que los jefes de ATEMPI lo presentaron como nuevo integrante escolta, quien siempre tuvo el cargo de escolta en los recorridos con los accionistas y jefes, enfatizando que las labores del actor eran por igual a los escoltas, en referencia al personal protegido para el usuario TC BUEN y que la labor de avanzada del actor era ocasional, quien compartió con todos ellos los cursos que se les hacían en Cali, indicó que tiene más riesgo el de avanzada, al ser un primer objetivo, que estuvo presente cuando el actor fue ascendido a escolta.

Por otra parte, sin confesión del demandante, en el sentido que no tuviese relación con la protección a los usuarios contratantes de la demandada (min. 4:20 y sig. 8/05/17), debe considerarse que el actor si hizo parte de los esquemas de protección brindados por tal empresa de seguridad a los directivos o accionistas de la empresa usuaria, incluso se infiere que las actividades en tal sentido podrían considerarse dentro del género escolta en transporte de avanzada, así también se entiende del reporte del accidente de trabajo sufrido por el actor.

No obstante, los subsiguientes testimonios que por comunidad probatoria deben analizarse en el recurso de apelación, precisan que el actor no mantenía una cercanía inmediata en los desplazamientos con la persona protegida, si bien el testimonio del señor Carlos Castaño menciona que indistintamente se rotaban las actividades y refirió que el riesgo era igual, su razón del dicho en tal sentido no tiene suficiente explicación contrastada con los dos últimos testimonios, a su vez el testimonio del señor Oscar Antonio Torres refirió al demandante como escolta de avanzada, y así lo ratifica el testimonio de Edgar Caicedo Rengifo (min. 2:12:59 y sig. 6/10/16) quien como coordinador operativo de la demandada, reitera que el demandante, para TC Buen, ejecutó labores por apoyo avanzada, en donde el actor iba haciendo tal vanguardia para determinar disturbios, sospechosos, vehículos estacionados y lo informaba por radio y Avantel, caso en que los escoltas se van a devolver, que un esquema de seguridad tiene diferentes anillos de seguridad, que en esos anillos las competencias, responsabilidades y riesgos son diferentes por la cercanía al protegido, del señor Arroyave relata que el riesgo era mínimo, pues pasaba de incognito verificando que no se presentara algo sospechoso y el nivel de riesgo del escolta es mayor al estar con el protegido, que por los riesgos del supervisor

avanzada se tenía mínimo contacto, que en caso de necesidad de reacción si tenía las competencias para reaccionar, pero los escoltas tienen más que todo el manejo defensivo para proteger y buscar espacios para evacuar, mientras que el actor no estaba con lo de reaccionar ni enfrentarse, solo estaba para informar.

En similar sentido se refirió el testigo Walter Benítez Alegría (min. 1:37:00 y sig. 6/10/16) indicando que el supervisor de avanzada tenía que informar si en el trayecto de la persona protegida había manifestaciones, amenazas o trancones, que las avanzadas si eran del mismo dispositivo para escoltas, pero que quien la hace no es un escolta, que el escolta es diferente porque anda con el PMI (persona protegida) en la casa, saliendo del supermercado, en todas partes, es superior al de supervisor y depende del cliente que paga tarifa más alta; refirió que frente a funciones del actor, el andar en moto tiene riesgos como fue el accidente que sufrió, pero no encamina amenaza porque va de civil e incógnito, puede parar y ver lo que pasa, se puede vincular con las personas de una manifestación, expresó que el riesgo del escolta es mayor porque tiene que dar frente en caso de ataque o un atentado a PMI y es el primero que tiene que proteger a la persona y los riesgos son muchos mayores.

De lo expuesto, debe advertir esta Sala que aunque concuerda que el actor genéricamente puede catalogarse como escolta tanto por pertenecer al esquema de seguridad, por ser lo requerido por la empresa usuaria ante la situación de orden público, el permitirse a diferencia de guardas y supervisores que el actor tuviese dotación de armas, como concordar en ello el reporte del cargo según documental del accidente de trabajo, si surgen diferencias relevantes que permiten inferir que frente a las personas de quienes se muestra punto referente de la alegada diferencia salarial, existen contrastes en tanto a factores de eficiencia y eficacia de la labor acometida, como es la protección de una persona que lo ha requerido a una empresa habilitada para prestar servicios de seguridad, (permisos que ninguna parte puso en duda), tales diferencias explicadas por los últimos testigos hacen que aquella persona perteneciente al esquema de seguridad, como escolta inmediato, de la persona protegida sea susceptible a una mayor amenaza en razón del riesgo que se busca evitar.

En lo anterior resultan creíbles los dos últimos testimonios, sin que por su vinculación con la demandada, se tomen por sospechosos, dada la ilustración de las razones en su exposición, al respecto se concluye que la labor de avanzada es un apoyo al esquema de seguridad, incluso el testimonio del señor Benítez Alegría manifestó que en tal rol se podía pasar como incógnito dentro de una protesta o marcha y en conjunto con lo expuesto por Edgar Caicedo Rengifo, que la amenaza en la labor se cierne sobre el escolta inmediato, se considera entonces que no es equiparable el riesgo de conducción del vehículo, pues el punto nodal es si dentro de lo buscado con la seguridad a los empleados o accionistas de la empresa usuaria, el escolta inmediato y aquel que realiza el reconocimiento de los desplazamientos contribuyen en similar forma ante la amenaza, en ello se mencionó por el señor Caicedo Rengifo que tal esquema operó inicialmente sin apoyo en avanzada y que en todo caso la operación del escolta inmediato y la amenaza que sobre este se cierne es mayor a quien no permanece junto a la persona protegida, punto que no permite equiparar a tal rol y su remuneración, las actividades del actor en la conducción de avanzada o de reconocimiento de trayectos que toma el citado esquema de seguridad.

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ABELARDO ARROYAVE VELAZQUEZ
Demandado: SEGURIDAD ATEMPI DE COLOMBIA LTDA.
Asunto: APELACION (sentencia).

Entonces si bien los cargos del actor y empleados por quienes se presenta el punto de comparación en términos genéricos puedan asimilarse como escoltas, al pertenecer al mismo esquema de seguridad, no por ello pueden dejar de reconocerse aquellas diferencias en punto de eficiencia y eficacia al servicio prestado, siendo función directa el grado de amenaza en los roles que se comparan, tanto por el que desempeñaba el actor como supervisor de avanzada y los demás empleados como escoltas inmediatos, en este sentido considera la Sala que el supuesto fáctico del deber de igualdad, aclarado doctrinalmente y estipulada en el artículo 143 del CST, no se encuentra demostrado, razones que llevan a confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, sin agencias en derecho, -sin recurso de apelación, habría procedido el estudio en grado jurisdiccional de consulta, sin modificación a las indicadas en primera instancia-

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR- la sentencia proferida por el -Juzgado 2 Laboral del Circuito de Buenaventura del -8 de mayo de 2017-, siendo demandante el señor ABELARDO ARROYAVE VELAZQUEZ y demandada SEGURIDAD ATEMPI DE COLOMBIA LTDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, sin agencias en derecho.

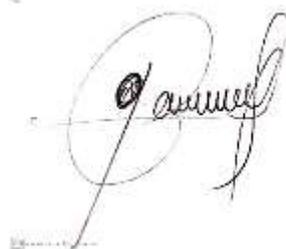
Notificado por Estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f7d7b386b28be2f14b6e3d1b37224b9611fa93a40ddb1319699177dd4f8950f9**
Documento generado en 06/08/2020 01:39:54 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-520-31-05-001-2016-00044-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: SAULO ANDRES GRANOBLER PEREZ
Demandado: EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S.
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 15 de septiembre de 2017 (15/09/17) por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Palmira, que condenó a al pago de prestaciones sociales y aportes a seguridad social causados por el tiempo de desvinculación del actor absolviendo de la orden de reintegro definitivo del mismo.

ANTECEDENTES

El señor SAULO ANDRES GRANOBLER PEREZ por conducto de apoderada judicial interpuso *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Palmira.

Demanda que fue presentada el 8/02/16 (fl.1) y admitida mediante auto del 20/04/16 (fl. 134) con pretensiones encaminadas a la declaratoria definitiva del reintegro ordenado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (v) mediante sentencia de fecha 29/04/14, escrito introductorio que presentó como recuento fáctico, en síntesis, que fue vinculado por la demandada el día 08/05/01 mediante contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de ayudante de oficios varios y almacenero general hasta el día 28/02/14, que en actividad del cargo de ayudante sufrió un accidente, fractura de la diáfisis del cúbito y del radio del miembro superior Izquierdo por lo que fue remitido a la Clínica Nuestra Señora de los Remedios de Cali (V), donde fue intervenido quirúrgicamente y en cuatro (4) oportunidades más, situación que le produjo una incapacidad laboral de ocho (8) meses continuos

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 62 Control estadístico por secretaria.

aproximadamente. Indicó que el 16/04/03 se le dio orden de reincorporarse nuevamente a sus labores y que el 22/02/05 fue calificado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN INVALIDEZ, la cual le dictaminó incapacidad permanente parcial del 13,17%, que el 28/02/14 la demandada dio por terminado el contrato omitiendo la autorización del Ministerio de Trabajo y contraviniendo el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Que el 09/04/14 se interpuso acción de tutela en contra de la demandada solicitando protección a sus derechos a la seguridad social entre otros, ordenándose su reintegro y reubicación al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a uno equivalente acorde con la patología que padece; el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, salarios y prestaciones sociales y vacaciones remuneradas causadas desde el 28/02/14 hasta el momento en que se hiciera efectivo su reintegro laboral; y el reconocimiento y pago de la indemnización del artículo 26 Ley 361 de 1997, concedido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira el 29/04/14, decisión que fuese impugnada por la demandada, en donde el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira el 26/02/15 confirmó lo atinente a la estabilidad laboral, denegó la orden de pago de los rubros económicos reconocidos, adicionando además del numeral segundo "*sin que implique desconocer que también el juez laboral en su condición de juez natural de esta clase de controversias, puede eventualmente dar tal clase de ordenes luego de surtido el respectivo procesal laboral*". Ante esta situación la demandada reintegró al actor el día 13/05/15, reseña finalmente que el actor acudió ante la Jurisdicción en virtud de lo dispuesto por el Juez Constitucional.

Fundado en lo anterior, tal parte solicita el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones y cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral causadas entre el momento de su desvinculación y el correspondiente reintegro laboral, así como el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 e indexación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Palmira, mediante sentencia del 15/09/17, procedió a condenar a la demandada al pago de lo causado por concepto de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral causados desde el 28/02/14 al 13/05/15 fecha en la cual se llevó a cabo el reintegro dispuesto mediante sentencia de Tutela del 29/04/14 por el Juzgado 1º Civil Municipal de Palmira, las cuales deberán ser canceladas e indexadas tomando el salario devengado por el actor al 28/02/14 junto con los reajustes que haya registrado, no accediendo al reintegro definitivo y absolviendo de lo pretendido por concepto de indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 declarando no probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido y falta de legitimación por pasiva, decisión fundamentada en que no existe discusión de la vinculación laboral, y el reintegro del actor en cumplimiento de la decisión de orden constitucional, relación laboral que a la fecha se encuentra vigente.

Señaló que el cumplimiento del reintegro, se fundamentó en el hecho que fue ordenada por el juez constitucional como medio transitorio, señalando que si bien la decisión no contempló expresamente dicha premisa, el actor no ejerció la acción ordinaria dentro de los cuatro (4) meses subsiguientes a la decisión adoptada, en ese orden al no dar inicio a la acción ordinaria cesaron los efectos de la misma, por

tanto no es dable ordenar el reintegro situación que a su vez no habilita a la demandada a cesar los efectos de la relación laboral.

Sobre los emolumentos objeto de condena contentivas del periodo en el cual el actor estuvo desvinculado, señaló que la condena en razón que el reintegro laboral se efectuó de manera efectiva por tanto es dable la aplicación de esta. Finalmente en relación a la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, señala fundamentado en el contexto esgrimido por el juez constitucional, que el actor no contaba con protección especial por fuero de salud en razón a que de la documental aportada se logra establecer que la desvinculación del mismo no se dio no por razones derivadas de su condición de salud, sino por situaciones de orden disciplinario como llamados de atención, suspensión de labores y la inasistencia a presentación de descargos aunado al hecho que para la fecha de finalización del contrato no se encontraba incapacitado.³

RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Señaló su desacuerdo sobre los puntos objeto de condena, indicando que en las consideraciones de la sentencia se está hablando del pago de emolumentos en un periodo en el cual, el trabajador estuvo efectivamente desvinculado de la empresa, pero esos emolumentos o esos pagos que se están solicitando, no son acordes a la situación relacionada al reintegro ya que encuentra disparidad entre no ordenar el reintegro con el pago de emolumentos de salarios indexados, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, teniendo en cuenta que la situación del trabajador está definida en unas conductas que no están conformes a la protección reforzada por lo que solicita se valore la situación al considerar que no fue adecuada la valoración del material probatorio, no se aclaró un nexo de causalidad que existe entre la situación del trabajador con el objeto del despido y no se hizo una manifestación específica de una debilidad manifiesta para el periodo del 28 de febrero de 2014 al 13 de mayo de 2015 (min. 28:32).

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones, se procedió a admitir conocimiento al asunto; seguidamente, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos; vencido el término, las procedieron a pronunciarse al respecto.

³ RESUELVE: PRIMERO: CONDENAR a la sociedad demandada EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S., a pagarle al demandante SAULO ANDRÉS GRANOBLES PÉREZ, una vez en firme esta providencia, lo causado por concepto de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral (pensión, salud y riesgos laborales) causados desde el día 28 de febrero de 2014 fecha en la cual fue desvinculado laboralmente, hasta el día 13 de mayo de 2015 calenda en que se llevó a cabo el reintegro laboral dispuesto mediante sentencia de Tutela N°. 55 del 29 de abril de 2014 proferida por el Juzgado 1º Civil Municipal de Palmira, las cuales deberán ser canceladas debidamente indexadas. Estos conceptos deberán ser satisfechos tomando como base de liquidación el salario devengado por el actor al 28 de febrero de 2014, junto con los reajustes que haya registrado el mismo a partir del 1º de enero de 2015. SEGUNDO: NO SE ACCEDE a disponer el reintegro definitivo del señor SAULO Andrés GRANOBLES PÉREZ, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia. TERCERO: ABSOLVER a la sociedad demandada EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S., de lo pretendido por concepto de indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de acuerdo con lo argumentado en la parte considerativa de esta providencia. CUARTO: DECLARAR NO probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, propuestas por la sociedad demandada. QUINTO: COSTAS. A cargo de parte demandada EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S., las que serán liquidadas por la secretaria del Juzgado, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$737.717,00. SEXTO: COMPÚLSESE copia del acta correspondiente a esta audiencia, así como de la grabación respectiva a los interesados. Seguidamente el Despacho procede a dictar sentencia complementaria, teniendo lo dispuesto en el artículo 287 del Código General del Proceso, por cuanto que en la parte considerativa como en la resolutive deo de emitirse pronunciamiento respecto de la solicitud de pago de salarios a la que se refiere el numeral 2º del acápite de pretensiones de la demanda. Tal adición corresponde a los siguientes términos: En la parte considerativa se indica que se condenará a la sociedad demandada al pago de los salarios causados entre el 28 de febrero de 2014 y el 13 de mayo de 2015, debidamente indexados. La parte resolutive se adiciona en el sentido de condenar a EMPAQUES INDUSRIALES DE COLOMBIA S.A.S., a pagarle al demandante SAULO ANDRÉS GRANOBLES PÉREZ, los salarios causados entre el 28 de febrero de 2014 y el 13 de mayo de 2015, debidamente indexados

La demandada solicitó la revocatoria de la sentencia de primer grado, poniendo de presente que para que se ordene el reintegro definitivo, deberá estar demostrado que el despido fue ineficaz o injusto, lo cual no ocurre en este caso pues si bien la medida provisional de amparo indica que dentro de los cuatro meses siguientes al reintegro, las partes deberán acudir al juez natural para que sea este quien resuelve sobre el reintegro definitivo y la solución de continuidad de la relación laboral, no indica, que de no hacerlo dentro de este término deba entenderse que las partes quieren mantenerse en las condiciones que se encuentran. dijo, que en la contestación de la demanda, se indicó que el señor SAULO ANDRES GRANOBLES PEREZ se afilió a la organización Sindical SINTRAINFAEMPA, Sindicato de Industria de Empaques y al sindicato de trabajadores de la empresa empaques industriales de Colombia SINTRAEMPICOL, agremiación que para la fecha de los hechos radicó pliego de peticiones generando un fuero circunstancial para todos sus afiliados, y esta última que además lo tiene actualmente amparado con el fuero sindical como miembro de la Junta Directiva. Dilaciones que no solo les impidieron continuar con la terminación del contrato de trabajo, en su momento, sino que además actualmente los tienen en un proceso jurídico para el levantamiento del Fuero sindical y terminar el contrato de trabajo por hechos como es debido, y muy a pesar de la incertidumbre jurídica que hoy tenemos. (referencia a radicación por lo narrado 7652031050012019003550).

Agregó que el contrato de trabajo se terminó con justa causa, lo cual está plenamente demostrado; por tanto, no hay lugar al reconocimiento y pago de los salarios y demás emolumentos, pues la misma Sala Laboral en sede ha manifestado que solo cuando se advierte un despido injusto o ilegal proceden las condenas solicitadas y lo que en este caso ocurre es que el contrato se mantiene vigente por temas ajenos al caso que les ocupa, y que no habría lugar al reconocimiento del salario y demás prestaciones pues esto constituye una clara violación a la ley, pues no existe fundamento para el pago, que nace cuando existe puntualmente la prestación del servicio, y esto no se dio en este caso. Que debe tenerse en cuenta que la empresa ha obrado siempre de buena fe, que se realizó el proceso disciplinario en los términos contenidos en la Ley y reglamento interno de trabajo, por lo tanto, no hay lugar a la condena solicitada, debiéndose dejar sin valor y efecto las condenas, pues al no prestar el señor SAULO ANDRES sus servicios no existe justificación legal para su pago.

Por su parte, el demandante, a través de su apoderada judicial manifestó que la demandada no logró demostrar, haber solicitado permiso al Ministerio de Trabajo para proceder a la terminación del contrato de trabajo del demandante, en el entendido que es un sujeto de especial protección, al tener una pérdida de capacidad laboral calificada, la cual adquirió en la empresa por causa de un accidente laboral, razones que llevaron a los jueces de tutela a ordenar el reintegro laboral, y al juez ordinario laboral a la condena a la empresa demandada y pago de acreencias laborales; solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia en su integridad.

Ahora, procede la Sala a resolver el recurso interpuesto con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

Con la delimitación que corresponde al principio de congruencia -numeral 7º artículo 25 del CPTSS y 281 del CGP-, en tanto sujeto a las materias objeto del litigio

resolviendo conforme artículo 61 del CPTSS y de acuerdo con la indicación probatoria por relevancia al asunto discutido, se resuelve el fin que convoca esta Sala, conforme se expone.

El problema jurídico se relaciona a la procedencia de la aplicación de condena por prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social concerniente al periodo de desvinculación del actor, teniendo en cuenta la efectividad de la orden emanada por el Juez Constitucional de reintegro del trabajador.

Para dilucidar el problema jurídico planteado respecto de las decisiones adoptadas por los jueces constitucionales en el trámite de acción de tutela adelantado por el actor bajo radicado 76-520-40-03-001-2014-00140-00 ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira, el cual mediante sentencia del 29/04/14 (fl. 102-108) resolvió:

"PRIMERO: TUTELAR al señor SAULO ANDRES GRANOBLES PEREZ, quien actúa por intermedio de apoderada judicial, su derecho Constitucional fundamental fa ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. De conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se ORDENA a la empresa EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S. que, si aún no lo ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a reintegrar a serio SAULO ANDRES GRANOBLES PEREZ B un cargo de iguales a mejores condiciones que aquel que desempeñaba al momento de la finalización del vínculo laboral (28 de febrero de 2014).

TERCERO: ORDENAR a la empresa EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA SAS, que dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente decisión, le cancele al actor todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de expedición de esta providencia: cotice los aportes a la Sistema General de Seguridad Social (salud, pensiones y riesgos profesionales) desde el momento en que fue desvinculado laboralmente hasta cuando se haga efectivo el reintegro, y le pague la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. De estas sumas podrá descontarse el valor que, por concepto de liquidación de salarios y prestaciones sociales en razón de la terminación de contrato de trabajo, se hubiese pagado y cobrado efectivamente por el señor SAULO ANDRES GRANOBLES PEREZ

CUARTO: Adviértase a la empresa EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S., que teniendo en cuenta el estado de discapacidad del señor SAULO ANDRES GRANOBLES PEREZ, su contrato de trabajo sólo podrá terminar, previa autorización del inspector de trabajo

QUINTO: PREVENGASE a EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S, a través de su representante legal (o quien haga sus veces), que el incumplimiento a lo aquí ordenado será causal para adelantar el respectivo incidente de desacato con las sanciones que ello puede implicar (Art 52 Decreto 2591 de 1991).

SEXTO: NOTIFIQUESE a las partes el presente fallo por el medio más expedito (artículo 30 Decreto 2591/91) y en caso de no ser recurrido REMITASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión. Adviértase Es que la decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación."

Decisión anterior en la cual se estableció como razones suficientes el estado de debilidad manifiesta del actor y su condición de sujeto de especial protección constitucional, al establecer que se encontraba en estado de incapacidad física la cual fuese calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 13,17%, situación consecuente al accidente de trabajo sufrido el día 29/08/02.

Como segunda premisa estableció la recomendación de reintegro laboral con el fin de reubicar al actor, situación que era conocida por la encausada, lo cual permitía inferir el estado de salud del actor y finalmente logró establecer que al momento de la terminación del vínculo contractual entre las partes no medió autorización alguna del Ministerio del Trabajo, por lo que concluyó que al no haberse logrado desvirtuar por la encausada que el despido no tuvo un origen discriminatorio y por tanto reconoció ineficacia en la terminación del vínculo, procediendo a ordenar su reintegro y reubicación al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente acorde con la patología que padece; el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, salarios, prestaciones sociales y vacaciones remuneradas causadas desde el 28/02/14 hasta el momento en que se hiciera efectivo su reintegro laboral; y el pago de la indemnización del artículo 26 Ley 361 de 1997.

La anterior decisión fue impugnada por la parte demandada y por tanto su conocimiento correspondió al Juzgado 2 Civil del Circuito de Palmira, el que mediante providencia de fecha 26/02/15 (fl. 109.113) ordenó:

"PRIMERO: CONFIRMAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO, QUINTO y SEXTO de la parte resolutive de la sentencia N° 055 del 29 de abril de 2014, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira (V.), dentro de la ACCIÓN DE TUTELA promovida por el señor SAULO ANDRÉS GRANOBLES PEREZ, identificado con la C.C. No. 6108039 expedida en Cali, Valle del Cauca contra la empresa EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S. Asunto al cual fueron vinculados oficiosamente al MINISTERIO DE TRABAJO, COMFENALCO EPS y NUEVA E.P.S, por lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia N° 055 del 29 de abril de 2014, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira (V.) dentro de la ACCIÓN DE TUTELA promovida por el señor SAULO ANDRÉS GRANOBLES PEREZ, identificado con la CC. No. 6108039 de Cali, contra la empresa EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S., por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: DENEGAR la orden de pago de los rubros económicos solicitados dentro del memorial que dio inicio a esta acción de tutela promovida por el señor SAULO ANDRÉS GRANOBLES PEREZ, identificado con la C.C. No. 6108039 expedida en Cali, Valle del Cauca contra la empresa EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.S. conforme lo antes expuesto

CUARTO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia N 055 del 29 de abril de 2014, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira (V.), para señalar "sin que implique desconocer que también el Juez laboral en su condición de Juez Natural de esta case de controversia puede eventualmente dar tal clase de ordenes luego de surtido a respectivo procesal laboral."

QUINTO: EXONERAR de responsabilidad dentro de esta Acción de tutela al MINISTERIO DEL TRABAJO, NUEVA EPS Y COMFENALCO, por lo antes expuesto.

SEXTO: NOTIFÍQUESE conforme a lo previsto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1.991, al accionante, a los accionados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto.

SÉPTIMO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual REVISION conforme a lo previsto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1.991. CÚMPLASE"

Como derroteros el juzgador de segunda instancia constitucional estableció que el actor si presentaba disminución de su capacidad física laboral y por ende su empleador si debió acudir a la oficina de trabajo para solicitar autorización, situación que no fuese acreditada y amerita el amparo constitucional. Indica a su vez que es acertado que el juez constitucional mediante un trámite breve y sumario, pueda ahondar en otras consideraciones fuera de su competencia, al no establecerse que fuese una persona de la tercera edad, ni disminuida sobremanera así como tampoco condición de padre cabeza de familia, de allí decidió confirmar la decisión de instancia en lo concerniente al reintegro del actor, sustrayéndose de confirmar la condena monetaria establecida en el numeral 3° de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, aunque se logró establecer una incongruencia en la redacción del numeral 2° de la parte resolutive, del contexto de la parte considerativa se establece que el juez constitucional hace relación al numeral 3° de la sentencia impugnada.

De la orden emanada por el juzgador de segunda instancia constitucional en su numeral 4°, este señala la premisa "*sin que implique desconocer que también el juez laboral en su condición de juez natural de esta clase de controversias, puede eventualmente dar tal clase de ordenes luego de surtido el respectivo procesal laboral*", circunstancia que habilita al juzgador de la especialidad laboral para analizar las circunstancias derivadas de la orden constitucional emanada, que en principio si bien conceden las prerrogativas subyacentes al reintegro del actor (*pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, salarios, prestaciones sociales y el reconocimiento y pago de la Indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997*), en la decisión de impugnación no fueron amparadas.

De lo anterior se colige que, en lo referente al recurso de alzada, lo concerniente al reintegro definitivo, no es objeto de estudio, al determinarse por el a quo que no se encuentran los presupuestos para la declaratoria definitiva del mismo, teniendo en cuenta que el actor no ejerció la acción ordinaria dentro de los cuatro (4) meses subsiguientes a la decisión adoptada, en ese orden al no dar inicio a la acción ordinaria cesaron los efectos, lo que no fue apelado por el actor, sin embargo lo concerniente a los conceptos de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral (pensión, salud y ARL) causados desde el 28/02/14 (fecha de desvinculación del actor) y el 13/05/15 (fecha de reintegro en cumplimiento de acción de tutela), se convierten en la discusión planteada por la parte recurrente.

En lo que respecta a la protección deprecada en virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ha sido un criterio compartido por la H. Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia que la afectación en salud tiene que tener algún grado de relevancia (sentencia SU047/17), la segunda desde una visión normativa integradora del Derecho del Trabajo y la Seguridad social, que ha fijado pautas, presunciones y cargas de la prueba sobre la protección en caso de despido (Sentencia del 11 de abril de 2018. Rad. 53394), conforme lo

descrito en los hechos de la demanda y el soporte clínico -dictamen (fl. 96) con PCL del 13,15% estructurado el 29/08/02-- la Sala encuentra que tal condición de salud da cuenta de una afectación en la salud del demandante.

El rigor de prueba sobre alguna pérdida de capacidad laboral también ha sido enunciada en reciente pronunciamiento de la H. CSJ, en Cas. Lab. Sent. SL1360 de 2018, se consideró:

"En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. 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 esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997."

Y es en este último acápite citado, pese la existencia, según lo apelado, de conductas no protegidas por la Ley 361 de 1997, en donde la Sala puede establecer un juicio inexorable a la acción de tutela antes indicada, pues la misma difirió al juez natural pronunciarse sobre el asunto, esto es que antes que tomar las premisas de la acción de tutela, debe estarse a la dogmática antes enunciada fundada en circunstancias fácticas de la relación laboral y condición de salud.

Punto en el que si la parte demandada reclama la orden de pago de emolumentos laborales en el tiempo que no existió prestación de servicio por el despido efectuado, debe atenderse si este fue eficaz, para ello se considera si el empleador, dado que era conocido de tiempo atrás la PCL del actor, demostró la justa causa del despido, el que en extenso se justifica en la carta del 28 de febrero de 2014, en razón del manejo de inventarios y renuencia alegada al actor en asistir a la diligencia de descargos y faltas de tiempo atrás.

Relevante es indicar que en la carta de despido se asevera contra el actor que del 100% de los ítems auditados se encontró diferencia superior al 50% para el cierre final del inventario y que además existía un ajuste del inventario para evadir los resultados reales de las diferencias que se presentaron en el almacén (fl. 98 y sig.)

Para esta Sala, la postura adoptada en la parte motiva por el juzgador de instancia no puede ser compartida, teniendo en cuenta que la decisión del juez de tutela al ordenar el reintegro del trabajador, en primera medida estableció la ineficacia del hecho mismo del despido, amparado bajo fuero de salud, que si bien en desarrollo del trámite ordinario se determinó la no procedencia del mismo de forma definitiva, se trató de una vigencia transitoria de la decisión constitucional, de lo contrario no habría indicado que se obraba sin perjuicio de las competencias del juez natural, mientras que lo de fondo, en razón de la justa causa aducida debe considerarse.

Luego, debe mencionarse que si bien el despido no deviene en injusto porque la parte que termina el contrato de trabajo se equivoque en la calificación jurídica, al respecto la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

"En efecto, entiende esta Corporación que el trabajador tiene derecho a conocer con precisión los hechos que soportan la decisión de la empresa porque tal y como lo han sostenido la jurisprudencia y la doctrina, las finalidades de la norma se concretan en dos sentidos: uno, para quien toma la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo que consiste en la imposibilidad de aducir con posterioridad causales o motivos diferentes y, otro, para la parte afectada quien tiene derecho a conocerlas antes de un eventual debate judicial para controvertirlas, sin que se le pueda sorprender en el proceso con otras nuevas y desconocidas.

Ciertamente, conforme lo aduce el recurrente, la jurisprudencia de esta Sala (Rad., 6847 del 25/10/94) ha dicho que no es requisito indispensable indicar con exactitud en la carta de terminación del contrato de trabajo, las normas legales, convencionales o reglamentarias que respalden la causal invocada, y que en caso de que el empleador omita tal imputación o la haga con precariedad, compete al juez del conocimiento efectuar la confrontación jurídica correspondiente." (Rad. 38872 de 2011)

Como también debe precisarse que lo anterior no permite a la jurisdicción hacer una recalificación de las faltas estipuladas como graves en pactos, reglamento interno de trabajo, convenciones o el contrato de trabajo, (CSJ SCL Rad. 42358/12) pues de lo que se trata, en tal caso, es verificar la conducta frente a la norma aducida sin variar lo estipulado por esta, lo anterior en armonía a los principios de congruencia y consonancia, de allí que en rigor de la prueba de la justa causa, la documental a folio 192 y siguiente si evidencia la diferencia en físico frente a la existencia en ítems, mayoritarios e incluso en las cantidades al interior de cada uno de ellos, documentos que a folio 197 a 198 indica aquellos que aparecen con auditado: Saulo Granobles y firmado por otra persona.

De allí que de acuerdo al numeral 6 del artículo 62 del CST en concordancia con el numeral 3 artículo 58 del CST, el faltante de inventario a cargo del trabajador, si constituye un desconocimiento grave a la obligación de "Conservar y restituir un buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes" y por el cual puede concluirse que por esta conducta del empleado, endilgada en relación a la terminación del contrato de

trabajo, no existió un ánimo discriminatorio, además que si bien se mencionó la existencia de faltas pretéritas, las mismas como acontecimientos que oportunamente no fueron endilgados para la terminación del contrato de trabajo, no tienen otra conclusión que tomarlas como faltas perdonadas al trabajador y que le renuncia a la diligencia de descargos debe ajustarse a los parámetros del artículo 115 de CST, esto es en vía de una sanción disciplinaria, no de terminación del contrato de trabajo, y como el derecho a explicar lo acontecido ante el empleador.

Todo lo anterior dentro de los límites del recurso de apelación, esto es el litigio por el pago de emolumentos laborales entre el tiempo que, de hecho, obró el despido, sin que deba el a quo extenderse a elementos que no son propios del proceso ordinario, como tampoco, si fuera posible dar vía a las excepciones, como si se tratara de una demandada de reconvenición, lo anterior en razón de la manifestación de existencia de una protección foral en razón del derecho de asociación sindical para el actor, según alegatos de la demandada.

Por tanto, en lo que respecta a la ineficacia del despido en los límites de discusión que se plantean ante el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es dable el reconocimiento de los emolumentos despachados por el a quo, al verificarse que durante esta temporalidad, no hubo prestación del servicio en donde además de determinarse en el desarrollo del proceso ordinario que ante los hechos del litigio y demostrados no es sujeto de estabilidad laboral por fuero de salud, se ratifica tal condición, como premisa central, para decidir sobre los emolumentos en que derivados del aquel despido, no existió prestación del servicio, en esto se debe tener en cuenta que al no tramitar la acción ordinaria en tiempo, cesaron los efectos de la misma (a nivel constitucional), mas no restringió el estudio de la actuación por parte del juez laboral, como lo refirió el juez constitucional.

Por lo anterior, concadenado a la decisión principal en primera instancia, como de fondo, lo que también se verifica en esta instancia, no existió ánimo discriminatorio, por el despido justificado del actor, en el tiempo que no existió prestación de servicio, tampoco se habría causado los supuestos de reintegro ni ineficacia del mismo para haberse ordenado, en tal rango, el pago de cualquier emolumento prestacional, salarial y por descanso remunerado, de allí se revocara la condena indicada en el numeral primero en su integridad por las prestaciones sociales, vacaciones, intereses a las cesantías, aportes al Sistema de Seguridad Social y salarios (según sentencia complementaria); todo lo anterior del 28 de febrero de 2014 al 13 de mayo de 2015, y por tanto el numeral cuarto que declaró no probadas las excepciones propuestas por la accionada en cuanto se relacionan a esta condena.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, agencias en derecho por el valor de \$100.000-, las de primera instancia a cargo del actor.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR- el numeral primero y cuarto de la Sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE PALMIRA del 15 de septiembre de 2017 y sentencia complementaria de la misma fecha, siendo demandante SAULO ANDRÉS GRANOBLES PÉREZ identificado con la C.C. 6.108.039 y demandada

sociedad EMPAQUES INDUSTRIALES DE COLOMBIA SAS con NIT 900.406.158-3, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, para en su lugar ABSOLVER de las condenas de pago entre el 28 de febrero de 2014 al 13 de mayo de 2015 por concepto de salarios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, (pensión, salud y riesgos laborales), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, agencias en derecho por el valor de \$100.000-, las de primera instancia a cargo del actor

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**354f9bd6aea06ab49e6b08c6172f5c9fb7c4d677b8b3ea9c5b3adc44fe8070
50**

Documento generado en 06/08/2020 03:10:27 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-002-2016-00214-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: MYRIAM GRISALES RESTREPO
Demandado: TRANSPORTES ALIANCE S.A.S.
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 6 de febrero de 2018 (06/02/2018) por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura, que absolvió de todas las pretensiones a la sociedad demandada.

ANTECEDENTES

La señora MYRIAM GRISALES RESTREPO por conducto de apoderado judicial interpuso *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de Caja de TRANSPORTES ALIANCE S.A.S., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

Pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo alegado entre las partes, en los siguientes extremos:

- Desde el 05/04/10 hasta 07/05/16.

Demanda que fue presentada el 10/11/16 (fl.1) y admitida mediante auto del 10/03/17 (fl. 65) que presentó como recuento fáctico el siguiente: Que la actora prestó el servicio desde el 05/04/10 hasta el 07/05/16, bajo contrato de trabajo verbal indefinido, el cual fue terminado de manera unilateral e injusta por el empleador, quien laboró como administradora en las instalaciones de la empresa demandada ubicada en la ciudad de Buenaventura ejecutando las actividades de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por este, sin queja alguna o llamado de atención, que el 07/05/16 el señor JUAN GABRIEL MARIN CADAVID sin previo aviso y de manera

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 67 Control Estadística.

verbal, dio por terminado el contrato a la demandante, aduciendo como justa causa incumplimiento de sus funciones como administradora de la oficina en Buenaventura, salario que se establecía conforme venta de manifiesto (planillas), por valor de CINCUENTA MIL PESOS MTE (\$50.000.00) y al cierre de cada semana cancela a la empresa la suma de \$10.000 pesos cuando eran con seguros y \$30.000 cuando eran sin seguros, que para la fecha de terminación del contrato de trabajo, devengaba la suma de \$689.545, por lo que considera deben cancelarse los pagos de la seguridad social, pensión, salud y riesgos laborales.

Extremos anteriores por los cuales se solicita se declare la existencia de un contrato realidad y sobre el cual se condene al pago de prestaciones sociales, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, e indemnizaciones artículos 64 y 65 CST, Ley 361 de 1997 e indexación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura, mediante sentencia del 06/02/18, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda, al haber tenido por supuesto que si bien con la confesión presunta se acredita una prestación del servicio por parte de la demandante a favor del demandado también es cierto que las demás probanzas no la respaldan bajo el entendido que al armonizarse las pruebas recaudadas no se constata la verdadera prestación del servicio como elemento esencial para configurar la presunción legal de la existencia del contrato de trabajo conforme el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y lo que ciertamente se puede constatar entre las partes es la celebración de un contrato de agencia, refirió que el contrato de agencia no da cuenta que entre las partes se haya querido ocultar una relación diferente, conforme al artículo 1317 del Código de Comercio y que la terminación del mandato del contrato de agencia comercial se adelantó según el artículo 1325 ibidem.

El a quo indicó que la carta del 11 abril del 2016 respalda el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la demandante frente a las cláusulas segunda a cuarta del contrato de agencia, lo cual también se armoniza con el artículo 1321 del Código de Comercio, pruebas que no contienen elementos de juicio suficientes para configurar los presupuestos del artículo 23 del CST, por lo que considera imposible generar la presunción legal del artículo 24 del mismo ya que la mera confesión presunta se debía analizar con la declaración de parte de la actora, a la cual no asistió, por lo que concluye que ninguno de los elementos esenciales que acreditan la existencia del contrato de trabajo se desprenden de la prueba documental y no permiten inferir una prestación directa del servicio por parte de la actora y a favor de la demandada, razón por la cual no pudo beneficiarse de la presunción indicada y mucho menos se soportó o respaldó la confesión ficta o presunta, concluyó que a la luz del artículo 164 del CGP y 145 CPTSS no se acreditó la prestación efectiva del servicio y declaró probada la excepción de inexistencia de la relación laboral y su consecuente absolución.

RECURSO APELACIÓN PARTE ACTORA

Señala que no se encuentra de acuerdo con la valoración del documento de aceptación de renuncia ya que fue un documento elaborado por él mismo demandado y traído a la actora con lo que pretendía hacer ver como si de manera voluntaria está hubiera renunciando a las actividades laborales, pero que esta no lo

aceptó, porque no le estaban garantizando el cumplimiento de los mínimos a los que como trabajadora tiene derecho, y que al contrario, tenía que cumplir con un horario en las actividades que llevaba a cabo en la oficina ubicada en Buenaventura en el barrio obrero, cumpliendo órdenes que ponía el señor Juan Gabriel Marín toda vez que dependía de este, que no podía tomar decisiones sin consultarle, sino que tenía que regirse bajo las normas y bajo el manual de actividades que están consagrados en esta misma empresa de transportes.

Frente a lo argumentado en el contrato de agencia, señala que es un documento que ni siquiera está firmado por la actora, porque fueron documentos que se allegaron cuando había transcurrido un tiempo considerable de la relación laboral y que, viendo la situación del estado de salud, fue el señor Marín quien le trajo estos documentos para que los firmara para hacer una relación laboral sino comercial.

Concluye indicando que se encuentran demostrados los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, ya que la actora como administradora representaba los intereses de la empresa, y que el objeto, por el cual ha sido constituida la empresa, evidencia la continua subordinación ya que no podía disponer de su tiempo sino al contrario tenía que hacer las actividades dentro de la oficina en beneficio de los intereses de la empresa, recibiendo una remuneración de ese servicio. Indicó que no se pudo absolver el interrogatorio para ampliar los elementos que motivaron esta demanda, que del documento de existencia y representación de Cámara de Comercio, en referencia al oficio que dice aceptar la renuncia no firmado por la actora, no se establece las condiciones de una oficina como agencia desligándose los deberes que les asisten como tal, sino antes por el contrario ella estaba inmersa dentro del objeto de la empresa de transporte, de la misma no se compagina la renuncia si no es por la vinculación y el agradecimiento que se tuvo por sacar adelante la empresa dirigidos allí a la actora, por lo que a pesar de habersele querido dar a un nombre totalmente diferente a esa relación, lo que se presentó fue una relación de carácter laboral, decisión que se apela en relación a ese documento (min 16:18).

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta Sala, se procedió a su admisión; así mismo, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones; vencido el término, la parte actora se pronunció al respecto.

El apoderado judicial de la demandante se ratificó en lo expuesto en la demanda, teniendo en cuenta que se demostró que la señora MIRIAN GRISALES RESTREPOS configuró los presupuestos jurídicos de un contrato realidad. dijo que el trabajo desplegado estuvo revestido de diferentes formas jurídicas que no casan con la auténtica naturaleza de las funciones y de la relación que ésta asumió en la empresa Transportes Aliance S.A.S; que en un momento el contrato de Agencia Comercial, que reclama el demandado y advierte el Juez de Primera Instancia, prescrito en el Código de Comercio, fue el mecanismo adoptado por el señor Juan Gabriel Marín Cadavid, para regir la relación de su prohijada con la empresa transportadora demandada a pesar que sus características difieren de la situación objetiva de su defendida. Que, en un segundo momento, el señor Juan Gabriel Marín C., el día que se reunió y dio por terminado la relación laboral con la prenombrada trabajadora Grisales Restrepo, pretendió que le firmara un documento cuyo nombre llamado "CONTRATO BUENAVENTURA", que, desde luego ésta, se rehusó a firmar.

Así mismo, dijo que la señora MIRIAN GRISALES RESTREPO, prestó sus servicios a la Empresa Transportes ALIANCE S.A, como administradora, en virtud de la celebración de un contrato verbal que fue celebrado, para desvirtuar la realidad y naturaleza laboral de trabajador calificado, por esto se le dio la denominación y apariencia de un contrato mercantil; sin embargo, se trató de un genuino contrato de trabajo, en aplicación del principio de la primacía de la realidad elevada a rango constitucional. que la trabajadora nunca hizo negocios mercantiles con la convocada a juicio, sino que le prestó sus servicios personales relacionados con la actividad de transporte, de forma continua e ininterrumpidamente, para atender dentro de la empresa, en la oficina en el barrio Obrero de la ciudad de Buenaventura (v), y con elementos de trabajo de la compañía. Por tal razón, dicha prestación de servicios se ampara en la presunción legal del artículo 24 del CST.

Ahora, procede la Sala a resolver el recurso interpuesto, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se relaciona a la existencia alegada entre la accionante y la demandada, de una relación de trabajo en los términos previstos por el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, de verificarse se analizará la procedencia de las pretensiones de pago de prestaciones sociales e indemnizaciones deprecados.

Frente a la subordinación y prestación del servicio del accionante como trabajadora de la sociedad demandada, el artículo 53 Constitucional consagra la "*primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*", aquel contrato, que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador, independiente a la denominación que las partes le den y del cual sea verificable el cumplimiento de los parámetros del artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, que corresponden a una prestación personal del servicio, subordinación y salario, anotándose además que en aplicación de la presunción legal consagrada en el artículo 24 *ibidem*, solo basta con demostrar la prestación personal del servicio para presumir el vínculo de carácter laboral, ya que elementos como la subordinación y el salario son presumibles generando la inversión de la carga probatoria, tal como lo señaló la CSJ SL Rad. 22259, de 2004,

Ha de recordarse lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en Sentencia SL 14382 del 26/11/00 al indicar:

"(...) "Acerca de este tema debe aclararse que el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el D. 3129/56, artículo 3º, en efecto contiene una regulación especial, en cuanto prescribe que hay contrato de trabajo con los representantes, agentes vendedores y agentes viajeros cuando al servicio de personas determinadas bajo su continuada dependencia y mediante remuneración se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión y no constituyan por sí mismos una empresa comercial. Sin embargo, es evidente que ni ésta disposición ni sus reglamentarias, pretendieron excluir a los trabajadores contemplados en ella del ámbito de aplicación de los artículos 23 y 24 de C.S.T, sino más bien marcar con mayor nitidez, la diferencia entre éstos y quienes cumplen actividades similares, pero bajo la modalidad independiente, vale decir sujetos a un nexo comercial exento del elemento subordinación. Consiguientemente, es claro que como el mencionado artículo 24 del C.S.T. no excluyó de su regulación a los

trabajadores del artículo 98 ibídem, ni lo hizo el desaparecido inciso 2 del artículo 2 de la reforma de la ley 50 de 1990, no le asiste razón al censor en su planteamiento.” (Sent. 22 de agosto de 2000, mag. Ponente Dr. Francisco Escobar Henríquez, rad. 14542, Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia).”

Por otra parte debe tenerse en cuenta que la segunda instancia no puede conocer el litigio bajo un horizonte que difiera del principio de consonancia y congruencia, frente al primero igualmente por la alta corporación en sentencia SL SL2808-2018, se indicó:

“Lo anterior, implica una restricción o limitación a la competencia funcional del juez de segundo grado, pues le impone el deber de decidir estrictamente dentro del marco fijado en el recurso de apelación interpuesto contra sentencias o autos proferidos por el a quo. Es decir, el Colegiado de instancia no tiene competencia para examinar libremente todos los aspectos de la relación jurídico - laboral sino solo aquellos que sean controvertidos concretamente en el recurso vertical.

Sin lugar a dudas, cuando el legislador limitó la competencia de los jueces de segunda instancia, a la materia objeto del recurso de apelación, lo que pretendió fue focalizar la actividad jurisdiccional, obligando a los recurrentes a concretar con exactitud cuáles son los motivos de disenso contra la decisión del juez de primer grado, lo cual resulta coherente con el objetivo de simplificación de trámite y celeridad pretendido por la Ley 712 de 2001.

Recuérdese que la Corte actualmente adopta una interpretación estricta de dicho principio, en el sentido de que el ad quem está atado a los precisos términos que el recurrente proponga en la apelación, lo cual le impide decidir sobre otros, que sean accesorios a la condena o inherentes a ella, pero que no hayan sido explícitamente reclamados ni sustentados en el recurso, salvo que se trate de derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador (SL8613-2017 y SL12869-2017).”

Condición de la dogmática procesal relacionada con el debido proceso que implica que al mantenerse en litigio la existencia del contrato de trabajo, con mayor razón el ad quem no pueda interpretar un marco de excepción sobre lo antes enunciado.

En relación con el presente litigio, la prosperidad de las pretensiones resulta como respuesta del deber cumplido en demostrar efectivamente la prestación del servicio en beneficio de la hoy demandada, bajo subordinación de ésta, última presumible, carga probatoria que recae exclusivamente en la parte convocante del litigio, que el mismo debe ser prestado de manera personal, continua y exclusiva por la trabajadora y se debe acreditar los extremos de la relación laboral.

Descendiendo al caso objeto de debate, se encuentra en la documental aportada: certificado de existencia y representación de la agencia comercial inscrita para la sociedad demandada (fl.9-10), carta de aceptación de renuncia comercial (fl. 11), contrato Buenaventura del 06/02/16 (fl. 12-15), historia clínica de la actora (fl 16-45) y lo indicado en el recurso de apelación sobre la inconformidad en los argumentos del a quo.

En este sentido, por comunidad que forman las pruebas anteriormente referenciadas, estas dan cuenta de una prestación del servicio como representante

de la agencia, la cual está autorizada de manera expresa para realizar la labor de transporte en la ciudad en la cual se determinó su apertura (Buenaventura) conforme lo señalado en la cláusula 11° del contrato Buenaventura (fl. 12-15), documento que no fue tachado ni desconocido por la activa y al contrario fue aportado directamente por esta, situación que contrastada con el documento obrante a folio 11 aceptación renuncia, dan cuenta de la condición explícita de representación de la agencia comercial en cabeza de la actora, y que corresponde a la formalización del vínculo contractual entre esta y la sociedad demandada en razón al contrato de agencia comercial antes indicado, documental que no desvirtúa en principio la naturaleza contractual establecida y si bien la renuncia comercial no genera efectos probatorios adversos a la demandante, en cuanto no fue suscrita por ella, tampoco evidencian condición diferente a la de agente comercial.

Antes que un debate exclusivo sobre la valoración de tal renuncia comercial, en el marco general del litigio no se logró establecer con certeza los extremos temporales aducidos por la actora ni la continuidad de labor dentro de los que se demostraran, al presente proceso no fue presentado ni practicado alguna otra, testimonio o se insistiera por incorporar en el trascurso del litigio los efectos del artículo 77 del CPTSS y 205 del CGP sobre la conducta procesal del representante legal, que si bien fue referida por el a quo en su sentencia (min 8:43 y sig.) a continuación le resto incidencia probatoria por la valoración que efectuó de la documental, ausencia de confesión tomada por tal en la sentencia del a quo, que tampoco se desarrolló en el recurso de apelación, luego la Sala si únicamente estableciera condiciones de conexidad entre lo que expone el recurrente en su recurso e igualmente ilustrado en las alegatos presentados, referente a las condiciones de celebración del contrato de agencia indicado y la referente a la renuncia indicada, que conforme al mismo adolecen de voluntad de la activa, no solventaría los demás elementos de juicio que permitiesen al operador judicial sostener en rigor que por lo menos una prestación personal del servicio, debidamente establecida dentro de unos extremos y probada en relación a una continuidad del mismo, se encontró demostrada.

De allí que no queda otra opción razonable que definir que no obra prueba alguna que demuestre que la relación jurídica se suscitó por razón diferente a ese vínculo entre empresa y agencia dedicada al transporte, atendiendo además que la sola declaración de la actora, como lo indica el recurrente, tampoco conllevaría una decisión distinta a la adoptada, en tanto la prueba se construye en confesión de la parte contraria.

Tal deber probatorio, aun en caso de la presunción del artículo 24 del CST, debe ser un punto de atención de toda persona o su representante judicial, en particular quien pretende que se le reconozca un derecho, ha de cumplir con el deber legal no solamente de mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también de desplegar todas las acciones con el propósito de probar aquellos supuestos fácticos que los respaldan, sin soporte probatorio las pretensiones no pueden ser declaradas por la jurisdicción, conforme preceptos del artículo 167 del CGP antes 177 del CPC (artículo 145 CPTSS), al respecto la H. Corte Constitucional manifestó en sentencia C-086/16, lo siguiente:

"Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del

modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”1.

De esta forma, la sentencia de la a-quo será confirmada, conforme lo expuesto.

Costas en segunda instancia a cargo del recurrente, sin agencias en derecho, toda vez que en subsidio se habría conocido el asunto bajo artículo 69 del CPTSS.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida del 06/02/18, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura, en donde la demandante fue MYRIAM GRISALES RESTREPO identificada con C.C. N° 41.905.280 y demandada la sociedad TRANSPORTE ALIANCE S.A.S. con NIT 816.007.146-9, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo del recurrente, sin agencias en derecho.

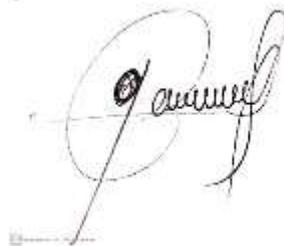
Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**106aefde3c13030d01f1117c51097a4e054d5beb84ce28f8720afc62955b96
e2**

Documento generado en 06/08/2020 01:42:58 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis de (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-111-31-05-001-2016-00215-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ANA JULIA RAMIREZ
Interviniente excluyente: NEREYDA SANCHEZ QUINTANA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
Asunto: APELACIÓN Y CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el apelación y grado jurisdiccional de consulta respecto de la Sentencia proferida el diecisiete de julio de 2019 (17/07/19) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga, que declaró el derecho a sustituir de forma vitalicia la pensión de vejez del señor GUILLERMO ALONSO VIVAS a la beneficiaria en intervención excluyente en cuantía inicial de \$935.717 a partir del dieciocho de marzo de 2015 (18/03/15).

ANTECEDENTES

La señora ANA JULIA RAMIREZ por conducto de apoderado judicial interpuso *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Buga y el cual ordenó integrar a la litis a la señora NERYDA SUAREZ QUINTANA en calidad de litisconsorte necesaria.

Demanda principal que fue presentada el 29/07/16 (fl. 44 Cuad. 2), admitida el 30/08/16 ordenando integrar la litis con la señora Nereyda Suarez Quintana (fl. 45), corregida su condición de intervención como excluyente (fl. 50 Cuad. 2).

Ultima ciudadana de quien cursó demanda 76-520-31-05002-2107-00046-00, acumulada proceso, que se adelantó en el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira demandante Nereyda Sánchez Quintana contra Colpensiones y Ana Julia Ramírez

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 58 Control estadístico por secretaria.

(cuaderno 1) y que mediante auto del 22/02/18 (fl. 90) tuvo auto que ordenó la remisión del proceso para su acumulación, etapa en la que se había tenido como contestada la demanda por curador ad-litem

En cuanto a la demanda principal, se presentó como recuento fáctico, que la señora ANA JULIA RAMIREZ vivió unión marital de hecho con el sector Vivas Guillermo Alonso, por 14 años hasta el 18 de marzo de 2015, fecha en la cual su compañero falleció a causa su delicado estado de salud. Que al causante mediante Resolución No. 3627 del 1 de enero de 2000 se le reconoció la pensión de vejez efectiva a partir del 1 de junio de 1999, que, como su compañera permanente, depende de él económica, moral y sentimentalmente, pues era el quien sostenía el hogar y aportaba lo necesario para el diario vivir. Que mediante radicado 20155085676 del cinco (5) de junio de 2015 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la sustitución pensional a su favor, como compañera permanente del causante la cual fue atendida de manera negativa mediante Resolución No. GNR 296223 del 25 de septiembre de 2015. Informó que tiene 65 años y solicita se le tenga como beneficiaria de la sustitución pensional de quien en vida fue su compañero permanente.

Por su parte en la demanda acumulada e intervención excluyente se presentó como recuento fáctico que la señora NEREYDA SUAREZ QUINTANA solicitó ante Colpensiones protección por sobrevivencia en calidad de compañera permanente del causante GUILLERMO ALONSO VIVAS fallecido el día 18 de Marzo de 2015, pensionado mediante resolución N° 004573 de 29 de julio de 1.999, solicitud que fue resuelta a través de la Resolución GNR-230223 del 25 de Septiembre de 2015, negando la mencionada sustitución pensional por existir persona diferente quien aduce ser también compañera permanente del causante, acto administrativo que fue recurrido y resuelto a través de Resolución GNR- 42133 del 08 de Febrero de 2016 y en apelación por Resolución N° VPB 19243 del 29 de Abril de 2016, confirmando la decisión.

Señala que convivió con el causante por espacio de 21 años y hasta el momento del fallecimiento, que la misma no fue afiliada al sistema de seguridad social en salud como beneficiaria, por cuanto es pensionada por vejez del ISS. Indica que está legitimada para solicitar la prestación por sobrevivencia o sustitución pensional del causante pues al momento de la muerte contaba con 59 años y había convivido por más de cinco años con el causante.

Teniendo en cuenta lo anterior las demandantes solicitan se ordene la sustitución pensional como compañeras permanentes del fallecido señor GUILLERMO ALFONSO VIVAS, y el pago del retroactivo causado desde la fecha del fallecimiento, así como la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga (V), mediante sentencia No. 003 del 17 de julio de 2019, resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por la demandada frente a la intervención excluyente NEREYDA SUAREZ QUINTANA.

SEGUNDO. DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES debe SUSTITUIR la pensión de vejez reconocida en vida a favor del señor GUILLERMO ALONSO VIVAS, a la beneficiaria en intervención excluyente NEREYDA SUAREZ QUINTANA, en calidad de compañera permanente, en forma vitalicia, en un monto del 100%, cuantía inicial de \$935.717.00 a partir del 18 de marzo de 2015 y en adelante.

TERCERO. CONDENAR la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. a RECONOCER CANCELAR dentro de los tres (3) días siguientes a esta diligencia a favor de la intervención excluyente NEREYDA SUAREZ QUINTANA, identificada con la C.C. No. 31146146 las siguientes sumas de dinero:

3.1 EL RETROACTIVO de las mesadas ordinarias, adicionales de junio y diciembre, junto con los incrementos de ley anual, en un monto del 100% equivalente a \$935.717,00, a partir del 18 de marzo de 2015 y en adelante, que liquidado al 30 de junio de 2019 equivale a \$62.815,408.00

3.2 La INDEXACIÓN del retroactivo, mes a mes, a partir del 18 de marzo de 2015 y hasta que se reporte el pago, que liquidado al 30 de junio de 2019 equivale a \$5.311.205,00.

CUARTO. ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones formuladas por la demandante ANA JULIA RAMIREZ.

QUINTO.- AUTORIZAR a la demandada COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional las cotizaciones a salud, reconocido a la beneficiaria NEREYDA SUAREZ QUINTANA, únicamente sobre las 12 mesadas ordinarias, cuyo descuento deberá ser transferido a la EPS en la que esta se encuentre afiliada.

SEXTO.- SIN COSTAS

SEPTIMO. CONSULTAR ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Buga-Valle, en caso de no ser apelada, por ser contraria a la demandante ANA JULIA RAMIREZ y la demandada COLPENSIONES”

CONSULTA

En el presente asunto las demandantes formularon inconformidad frente al fallo de primera instancia sin embargo la demandada no lo realizó, por lo que se deberá conocer en el grado jurisdiccional de la consulta en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de conformidad con lo preceptuado por el artículo 69 del C.P.T. SS.

APELACIÓN DEMANDANTE PRINCIPAL

En su intervención expresó la inconformidad con lo resuelto, sustentado el recurso para que se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito por considerarla en contra del derecho, por no haber valorado en debida forma de acuerdo con el principio de la sana crítica todo el acervo probatorio suficiente que la sustenta. Solicitando se garantice la seguridad jurídica y el debido proceso, dándole la debida valoración a todas las pruebas documentales aportadas.

Requirió se tenga en cuenta el derecho a la igualdad, seguridad social en los artículos 11, 12, 13, 48 y 53 del texto constitucional y en la ley 100 del 93 en su Artículo 46 numeral 2º, modificado por el artículo 12 de la ley 793 del 2003, artículo 74 de la ley 797 de 2003 y artículo 13 que reconoce el derecho a la pensión y demás normas complementarias (min 2:00:52).

APELACIÓN INTERVINIENTE EXCLUYENTE

Por parte de la señora NEREYDA SUAREZ QUINTANA se apeló la decisión en relación a la condena en costas por parte del juzgado de toda vez que no se tuvo en cuenta que si hubo una oposición tanto por la parte demandante como por la parte demandada Colpensiones y de acuerdo a las reglas que establece el Código General del Proceso, hubo un desgaste profesional. (min 2:03:10)

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, luego de admitida, se procedió a correr traslado, en los términos dispuestos en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020; vencidos los mismo, las partes procedieron a presentar sus alegatos así:

El apoderado judicial de la demandante, expuso que su representada, en calidad de compañera del causante no cuenta con los recursos suficientes para garantizarse una vida en condiciones dignas, pues no pudo alcanzar su pensión de vejez porque siempre fue ama de casa, además tiene edad avanzada actualmente, con la desaparición del afiliado fallecido (compañero), quedó desprovista de un ingreso que era vital para su sostenimiento; considera que la demandante acredita la calidad de beneficiaria de la pensión reclamada, al demostrar la convivencia; dijo que en el presente caso, se pudo concluir que la demandante si hizo vida marital con el causante por más de 14 años hasta su muerte, además no cuenta con suficientes recursos para su manutención en condiciones dignas sin la ayuda que le brindaba su compañero permanente; solicita se condene a la demandada acceder a las pretensiones de la demanda.

La apoderada judicial de COLPENSIONES, señaló que como quiera que se presenta controversia entre las posibles beneficiarias y en aplicación estricta de la normatividad que para el caso de marras se tiene (artículo 34 del Decreto 758 de 1990; artículo 6 de la ley 1204 de 2008), la jurisprudencia reiterada de las Altas Cortes ha manifestado que cuando existe controversia entre los presuntos beneficiarios la administradora de pensiones debe abstenerse de resolver derecho alguno, ya que dicho conflicto de intereses debe ser dirimido por la jurisdicción competente, para que el Juez Natural sea quien decida qué persona o personas tiene derecho al reconocimiento de la pensión. Que aunque en la primera instancia no se apeló la sentencia por parte de la entidad que hoy representa, considero oportuno hacer un llamado al Honorable Tribunal a fin de manifestar que no hay razón para conceder la prestación a ninguna de las solicitantes, pues considero que de las pruebas allegadas al proceso no se logra inferir con diáfana claridad a quien podría corresponder la sustitución pensional, pues la convivencia no logra determinarse de manera fehaciente, razón por la cual debe negarse la prestación solicitada y no como lo consideró el A quo en la sentencia proferida en primera instancia.

Así mismo, la apoderada judicial de la interviniente excluyente dijo que quedó demostrado el cumplimiento de los requisitos por parte de su representada, para hacerse beneficiaria de la sustitución pensional; solicita se confirme en lo que le favorece la decisión tomada en primera instancia.

Ahora procede la Sala a resolver los recursos interpuestos, como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

El presente proceso se conoce para dar desarrollo al estudio los recursos de apelación planteados y el grado jurisdiccional de la consulta frente a la decisión condenatoria del juzgado de primera instancia.

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la procedencia de la pensión de sobrevivientes a favor de la parte actora e interviniente excluyente, en calidad de compañeras permanentes del pensionado fallecido bajo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Del derecho pensional deprecado y su causación.

Se tiene que es un hecho irrefutable la calidad de pensionado que ostentaba el señor, GUILLERMO ALONSO VIVAS desde el 1 de agosto de 1999, según se colige de la Resolución No. 004573 de 1999, obrante a (folio 15 cuaderno acumulado) del plenario.

Por lo que al tenor del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es requisito suficiente para, al momento del deceso, dejar la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios que cumplan las condiciones exigidas en la ley.

Ya en cuanto a la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, que alega la demandante principal y la interviniente en su demanda, debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 en su artículo 47, el cual fue modificado por la regla 13 de la Ley 797 de 2003, al tener origen el hecho generador que es la muerte del pensionado el día 18 de marzo de 2015³.

Los literales a y b de dicha norma regulan la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia de –mínimo- los cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Contempló el legislador varias opciones fácticas que se pueden dar, ajustadas a la realidad social y que regulan casos de convivencia simultánea o de la existencia de varios beneficiarios de la prestación:

³ FI 16 Cuaderno 1 acumulado

- (i) cuando existan dos o más compañeros permanentes con vocación de beneficiarios, la pensión se repartirá entre ellos, a prorrata del tiempo de convivencia (inc. 2 lit. b);
- (ii) cuando exista convivencia simultánea de un cónyuge y un compañero permanente, según el texto legal, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, encontrándose que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la consecuencia es que se divida la pensión en proporción al tiempo convivido;
- (iii) finalmente, se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital se haya roto de hecho y que la sociedad conyugal no se hubiere disuelto y, además, exista una convivencia del afiliado o pensionado con otro compañero permanente, caso en el cual le corresponderá a éste una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia y el resto le corresponderá al cónyuge, siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco años en cualquier tiempo.

Lo que se extracta es que la pensión de sobrevivientes, premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse la convivencia una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculos jurídicos o viceversa.

Cuando se alegue solamente convivencia de hecho, el lapso mínimo de cinco años de convivencia exigido por el legislador, debe ser satisfecho en el tiempo inmediatamente anterior al deceso del afiliado o pensionado, y para el evento en que la convivencia la alegue el esposo separado de hecho, pero con vínculo matrimonial no disuelto, los cinco años correrán en cualquier tiempo.

En el caso puntual, luego de evaluada la prueba practicada en el curso del proceso, se colige tal cual lo concluyó el a-quo, que la señora NEREYDA SUAREZ QUINTANA ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del deceso del señor GUILLERMO ALONSO VIVAS.

Lo anterior, se desprende de las pruebas documentales arrojadas al plenario principalmente por la interviniente excluyente de las cuales tenemos:

En disco compacto (fl. 35 cuaderno 1) se encuentra declaración extra juicio rendida por el causante y la señora Suarez Quintana el día 21/11/02 en la cual se manifiesta "domiciliados en la carrera 37ª N°49- 57 de palmira" "*...manifestamos bajo juramento que convivimos como compañeros permanentes desde hace 15 años y*

que dicha unión no hemos procreado hijos" (fl. 115 cuad. 2); certificado de tradición y libertad inmueble matricula inmobiliaria 373-119503 predio urbano ubicado en "carrera 9 N°7-88 y 7-90" que reporta ser adjudicado a los señores Jair, Miriam y Wilson Vivas Castro por adjudicación en sucesión del aquí causante y la señora María Ruth Castro Soto conforme escritura N°044 del 18/02/16 por la Notaria única del Cerrito, únicas documentales relevantes en relación a la interviniente, que dan cuenta de una declaración a unisonó entre esta y el causante sobre la existencia de una convivencia como compañeros permanentes por lo menos entre el 13/02/94 al 18/03/15.

Por su parte de la demandante principal Ana Julia Ramírez declaración extra juicio rendida por esta el día 03/06/15 (fl.38) donde manifiesta "*convivi con el señor Guillermo Alonso Vivas, bajo un mismo techo, en unión libre, de manera permanente, formal, publica, singular y sin interrupción desde el 16 de julio del año 2000 hasta el 18 de marzo de 2015, fecha en la que falleció mi compañero, es decir nuestra unión se prolongó por el espacio de catorce años y ocho meses llevando nuestra relación en la calle 5 N°8-51 barrio la estrella*"; declaración del señor Marco Tulio Serrano Villegas (fl. 39) y de la señora Ines Patarroyo Barrera (fl. 419), documental que será analizada junto a los testimonios de estos que fuesen recaudados en trámite de instancia.

De los testimonios recaudados se extrae:

INÉS PATARROYO BARRERA Señaló conocer a la señora Ana Julia Ramírez, por ser vecina, que la conoce desde que llegó al barrio aproximadamente hace 22 años y que la señora Ramírez vivía exclusivamente con la hija Ana María y con una hermana Edilma y que si convivió con un señor "Don Guillermo", pero desconoce el nombre quien contaba con una casa de propiedad cerca a la escuela María Inmaculada, diferente a la casa de la señora Ana Julia, que era donde él siempre vivía y que venía a la casa de la señora Ana Julia con mucha frecuencia, almorzaba o comía y en ocasiones salía con ella. Que la persona que allí veía como pareja la señora Ana Julia era un señor de buen cuerpo más bien robusto y muy amable. Que prácticamente lo veía todos los días y que en ocasiones él se iba para una finca en Costa Rica. Indica que dicha relación perduró alrededor de 8 años desconociendo fechas en específico. Desconoce si dicho señor tenía otra relación, pero que el mismo si tenía hijos. Que le consta haberlo visto en la casa de él varias veces y que allí vivía más gente los que supone eran sus hijos, a unas 4 o 5 cuerdas de donde vivía Anita, que le ayudaba mucho en diciembre a hacer los dulces. Sobre el fallecimiento narró que se derivó de un infarto pero que esta solo tuvo conocimiento dos o tres días después y que cada vez que indagaba sobre las ausencias de Don Guillermo, la demandante le indicaba que se encontraba en la finca (min 10:50).

MARCO TULIO SERRANO expresó que es amigo de la señora Ana Julia hace 50 años y como vecinos del barrio La Estrella. Indica que entre el año 2000 y 2015 había un señor que frecuentaba la casa, pero desconoce su nombre, así como el nombre de la hija, que le consta verlo allí en las madrugadas cuando salía a trabajar y en las tardes cuando volvía y a veces al medio día al momento en que el mismo retornaba a su hogar a almorzar y era allí cuando lo veía. Indica que murió de infarto ya que fue avisado del velorio de este y que desconoce si hubo ruptura de la relación u otra compañera. Lo distingue como una persona alta y de compostura gruesa (min. 30:16) .

MIRIAM RIVAS CASTRO Hija del señor Guillermo Alonso vivas, conto que su madre María Ruth Castro murió en 1995 y a los 2 años más o menos empezaron a hacer vida marital en el Cerrito barrio La Estrella, y un tiempo vivieron en Palmira más o menos unos 8 a 10 años. Que su padre trabajaba en el Ingenio Providencia y fue allí que conoció a la señora Nereyda. Señala que su padre murió el 18 de marzo del 2015 fecha en la cual convivía con la señora Nereyda en el barrio La Estrella, lugar donde convivían con una de sus hijas, que nunca abandonó el hogar y por parte de alguno de los dos siempre estuvieron viviendo bajo el mismo techo, lo que le consta por visitar con frecuencia el hogar de estos. Que distingue a la señora Julia hace unos 6 años o 7 años como

residente del mismo barrio. Que en el hogar constituido por la señora Nereyda y su padre, ambos aportaban, compartían sus gastos. Señala que la señora Ana Julia Ramírez unos dos o tres días después de fallecimiento de su padre se acercó a la misma y le preguntó cuánto devengaba su papá, y que si él tenía quién reclamara su pensión porque si no si era posible que ella la reclamara. Señala que la persona que acompañaba al Señor Guillermo en sus reuniones de familia era la señora Suárez Quintana y que, al momento de su fallecimiento, estaba viviendo en la carrera 9a 7- 88 de propiedad de su papá. Que la persona que le daba los cuidados en todas situaciones de salud y lo acompañaba el médico y velaba por su alimento era la señora Nereyda con la que nunca hubo ruptura ya que siempre estuvo con él (min. 41:18).

WILLIAN VIVAS CASTRO Hijo del causante, señaló que su padre convivía con la señora Nereyda hace como 24 años a partir de 1997 después de que murió su madre en el año 1994. Que vivieron en Palmira para el año 2000 hasta el 2008 y después pasaron a vivir a Cerrito en la carrera 9 N° 7-88. Que su padre murió en el 2015. Que nunca hubo ruptura en la relación ya que ella siempre estaba pendiente de él. Que al momento del fallecimiento estaban viviendo con la hija de su hermana que los visitaba cada 8 o 15 días. Que en dicho hogar se repartían los gastos entre su padre y la señora Nereyda. Que nunca conoció persona diferente como compañera de su padre. Que conoce a la señora Ana Julia Ramírez hace 12 o 13 años como trabajadora de la galería donde ella trabaja con el tema de pollos. Concluye que la persona que estaba al lado de su padre era la señora Nereyda Suárez (min 57:30).

JOHAN MAURICIO CASTRO CARRILLO Nieto del causante narró que la señora Nereyda vivía con su abuelo, como una persona muy allegada que vivió con él en la casa cerca de 4 años desde el 2015 cuando se vino a radicar en Cerrito. Que este lo llevo al hospital y a los 2 o 3 días le fue comunicado su fallecimiento, momento en el cual la señora Nereyda lo acompañaba. Señala que entre 2008 y 2015 visitaba a los mismos cada 8 días porque no tenía más familia, más que todos los fines de semana. Indica que en dicho hogar su abuelo vivía con la señora Nereyda, una prima Marcela. Señala que ninguno abandono el hogar solo que siempre estaban allí compartiendo en la casa, vivían juntos, dormían juntos, era la compañera e indica no conoce a la señora Ana Julia Ramírez (min 1:20:00).

De los anteriores testimonios se colige la estrecha relación del causante con sus hijos y la señora Nereyda Suarez Quintana, teniendo en cuenta que de los testimonios de MIRIAM RIVAS CASTRO, WILLIAN VIVAS CASTRO y DE JOHAN MAURICIO CASTRO CARRILLO, se puede extraer concretamente que a partir del año 1997, aproximadamente dos o tres años después del fallecimiento de la señora María Ruth Castro, el hoy causante inicio una nueva vida marital junto a la interviniente excluyente, en principio en el Municipio de Palmira y posterior al año 2008 en El Cerrito, especialmente en el domicilio determinado con la dirección carrera 9° N° 7-88, la cual reconocen los mismos como el hogar paterno de estos, lugar donde resaltan que los compañeros compartieron techo, lecho y mesa, que la hoy interviniente fue quien siempre acompañó al señor Guillermo Alonso Vivas hasta el momento del fallecimiento, relación que señalan nunca presentó ruptura temporal y de la cual se desconoce distanciamiento de los mismos.

Se resalta del testimonio de MIRIAM RIVAS CASTRO un hecho relevante acontecido, 2 o 3 días después del fallecimiento de su padre, en donde la hoy demandante principal -Ana Julia Ramírez- se acerca a la misma, indagando sobre el monto de pensión que el causante devengaba en vida y si el mismo presentaba u ostentaba beneficiario alguno que pudiese concurrir al reconocimiento del mismo y de no ser así, si la misma podría concurrir ante la entidad pagadora al reclamo del mismo, situación que para esta Sala genera crítica, por el hecho de que una persona que según el relato de los deponentes, es externa al núcleo familiar, se acerque a indagar sobre estos aspectos, por lo que es pertinente verificar los testimonio traídos a juicio por la parte actora principal INÉS PATARROYO BARRERA (min 10:50), testigo quien por su parte manifiesta vecindad con esta actora, permitiendo establecer supuestos

tales como la concurrencia del causante en el domicilio de la misma de forma regular, pero de la cual no se puede concluir a ciencia cierta que correspondiese a una relación marital entre estos, ya que del dicho de la misma se puede verificar que esté concurría por lo general en horas de almuerzo y la cual fue enfática en señalar que en ocasiones el mismo no se encontraba allí ya que se ausentaba frecuentemente por encontrarse usualmente en la finca de este, por lo cual no se puede predicar una convivencia regular, además de su dicho se establece el conocimiento del lugar de residencia del causante junto a su familiares, de los cuales presume corresponden a los hijos, lo cual permite inferir que en principio si bien este concurría al domicilio de la demandante dichas visitas distan de una vida en relación propiamente dicha y que ostentara una residencia fija junto a sus familiares.

Del testimonio de MARCO TULLIO SERRANO (min. 30:16), no es posible extraer elementos adicionales a los señalados por la señora Patarroyo que permitan concluir detalles propios de una vida en relación entre el causante y la señora Ana Julia Ramírez, ya que este solo manifiesta que el domicilio de la señora Ramírez era frecuentada por un señor con contextura robusta del cual desconoce su nombre y aspectos adicionales, circunstancias que permiten inferir el poco conocimiento de la situación por establecer en el presente, por lo cual al no haber elementos adicionales a los ya analizados que permitan inferir una posible vida en común del causante con la señora Ramírez, no encuentra viabilidad el petitum de la misma.

De allí que se encuentre satisfecho el requisito de convivencia y comunidad de vida durante un lapso superior de cinco años con anterioridad a la muerte del pensionado por parte de la aquí demandante excluyente mas no así por la demandante principal, convivencia seguida de los lazos de ayuda y solidaridad mutua entre los compañeros, en los términos señalados por la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad laboral.

De suerte que no se tiene conocimiento de las condiciones como se desarrolló y mucho menos de la vigencia de la aludida relación afectiva con la señora Ana Julia Ramírez para efectos de entrar a considerar una posible simultaneidad o expectativa pensional por parte de la nombrada conforme a los presupuestos anotados en antecedencia.

Todo lo anterior, para concluir que acertó el a quo al declarar que el derecho al 100% de la mesada pensional en suspenso que se encontró causada con ocasión al fallecimiento del señor GUILLERMO ALONSO VIVAS le asiste exclusivamente a la señora NEREYDA SUAREZ QUINTANA, por estar acreditados los presupuestos legales indicados por la norma para el caso de las compañeras permanentes; razón por la que se confirmará en este aspecto la sentencia apelada y consultada.

Adicionalmente, se impone a la Sala bajo las facultades otorgadas al surtir el grado jurisdiccional de la consulta en favor de COLPENSIONES, aclarar que el retroactivo pensional causado en favor de la señora Nereyda Suarez Quintana en calidad de compañera permanente, se encuentra conformado por las 14 de mesadas anuales en consideración de lo dispuesto en sala mayoritaria de acuerdo al fallecimiento del actor como pensionado dándose así los supuestos de una sustitución pensional, mientras que el suscrito magistrado, considera que el monto pensional equivale a 13 mesadas pensionales al año, en razón a que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, debiéndose dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo transitorio No. 6º del Acto Legislativo No.

01 de 2005.⁴

El monto pensional será el equivalente al 100% de lo que venía devengando para el 2015 el causante (fl.15 C.1), con sus incrementos legales; sin que dichas sumas se encuentren afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción desarrollado en el artículo 488 del CST y el artículo 151 del CPTSS, al no haber transcurrido más de 3 años entre la data del fallecimiento del pensionado -18/03/15, la reclamación directa a la encartada y la radicación de la demanda acumulada -16/02/17. (fls.16;42)⁵

Por último, aunque es un efecto de ley, se itera la autorización a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, que del retroactivo pensional acá reconocido, haga los descuentos del valor de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud en proporción al derecho recocado a cada beneficiario del pensionado fallecido; a partir de la fecha en la cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud a la que hubiere estado afiliado

4

AÑO	INICIAL	FINAL	INCREMENTO	VALOR MESADA	MESADAS	SUBTOTAL	IPC INICIAL	IPC FINA	FACTOR INDEXACIÓN	INDEXACIÓN
2015	1/01/2015	18/03/2015	3.66%	\$ 935,717.04		\$ 0.0	118,15		0.000	
2015	19/03/2015	31/12/2015	3.66%	\$ 935.717,0	11,4	\$ 10.667.174	118,15	143,27	1,213	\$ 2.267.960
2016	1/01/2016	31/12/2016	6.77%	\$ 999.065,1	14	\$ 13.986.911	126,15	143,27	1,136	\$ 1.898.184
2017	1/01/2017	31/12/2017	5.75%	\$ 1.056.511,3	14	\$ 14.791.158	133,4	143,27	1,074	\$ 1.094.368
2018	1/01/2018	31/12/2018	4.09%	\$ 1.099.708,1	14	\$ 15.395.913	138,85	143,27	1,032	\$ 490.097
2019	1/01/2019	30/06/2019	3.18%	\$ 1.134.656,8	7	\$ 7.942.598	143,27	143,27	1,000	\$ 0.0
					TOTAL	\$ 62.783.755			TOTAL	\$ 5.750.609
										\$ 68.534.363

5

TABLA RETROACTIVO PENSIONAL			
Fecha Inicial	Fecha Final	Incremento %	Pensión Calculada
01/08/99	31/12/99		\$ 413,277.00
01/01/00	31/12/00	9.23%	\$ 451,422.47
01/01/01	31/12/01	8.75%	\$ 490,921.93
01/01/02	31/12/02	7.65%	\$ 528,477.46
01/01/03	31/12/03	6.99%	\$ 565,418.04
01/01/04	31/12/04	6.49%	\$ 602,113.67
01/01/05	31/12/05	5.50%	\$ 635,229.92
01/01/06	31/12/06	4.85%	\$ 666,038.57
01/01/07	31/12/07	4.48%	\$ 695,877.10
01/01/08	31/12/08	5.69%	\$ 735,472.50
01/01/09	31/12/09	7.67%	\$ 791,883.24
01/01/10	31/12/10	2.00%	\$ 807,720.91
01/01/11	31/12/11	3.17%	\$ 833,325.66
01/01/12	31/12/12	3.73%	\$ 864,408.71
01/01/13	31/12/13	2.44%	\$ 885,500.28
01/01/14	31/12/14	1.94%	\$ 902,678.99
01/01/15	18/03/15	3.66%	\$ 935,717.04

o elija. Lo anterior, de conformidad con el inciso 2 del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto por el inciso 3, artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

No resta destacar en el presente caso, que se tiene la negativa de COLPENSIONES para reconocer la pensión de sobrevivientes, y que tuvo origen precisamente en la controversia entre la calidad de beneficiarias que alegaron ANA JULIA RAMÍREZ y NEREYDA SANCHEZ QUINTANA. Por tanto, en realidad no existió mora de la entidad de seguridad social, sino que esta obró conforme a las normas aplicables al caso, razón por la cual, la tardanza en el pago se encuentra plenamente justificada y son improcedentes los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, antes de la definición del litigio, como lo plantea la demanda.

Por consiguiente, sobre las sumas de dinero causadas con anterioridad a la ejecutoria de la presente providencia, solo procederá la actualización o corrección monetaria tomándose el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y el factor resultante del IPC final (fecha del pago) sobre el IPC inicial (causación del derecho por el valor del capital adeudado).

Finalmente sobre la inconformidad de la demandante excluyente en relación a la no imposición de costas procesales en primera instancia, esta instancia es consecuente a la decisión de primera instancia, pues si bien la entidad demandada COLPENSIONES se presentó al proceso como parte pasiva de la misma, el debate probatorio no se encaminó en la existencia o no del derecho pensional propiamente dicho, sino en la disputa de las pretendidas compañeras permanentes por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo tanto su posición en el presente litigio no refutaba el trasfondo de la misma, solo conllevó la suspensión del reconocimiento teniendo en cuenta los elementos de controversia existentes. Por tanto, considera esta Sala consecuente la no imposición de costas procesales, al tener a esta parte vencida el supeditar el reconocimiento pensional al reconocimiento judicial, por la existencia de controversia, por tanto, se confirmará la decisión en este aspecto.

Así las cosas, habrá lugar a CONFIRMAR la sentencia proferida el día 17 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga (V.), si bien el retroactivo es levemente menor a fecha de corte para ilustración al 30 de junio de 2019, la indexación indicada es mayor a la enunciada por el a quo, en todo caso el retroactivo e indexación deberán ser cubiertos por COLPENSIONES a fecha de ingreso a nomina, conforme a lo anteriormente esbozado.

COSTAS

De segunda instancia a cargo de la ciudadana ANA JULIA RAMIREZ y a favor de la señora NEREIDA SÁNCHEZ QUINTANA, sin agencias en derecho entre las partes, en cuanto en subsidio del recurso de apelación habría procedido el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), 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 Laboral del Circuito de Buga (V.) el día 17 de julio de 2019, siendo demandante principal la señora ANA JULIA RAMIREZ identificada con la C.C. No. 29.476.556; demandante excluyente NEREYDA SANCHEZ QUINTANA identificada con la C.C. N° 31.146.146 y demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la cual procedió a ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes en un 100% para la señora NEREYDA SANCHEZ QUINTANA por el fallecimiento del señor GUILLERMO ALONSO VIVAS quien en vida se identificó con C.C. 2.543.818, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de ANA JULIA RAMIREZ y a favor de NEREYDA SANCHEZ QUINTANA, sin agencias en derecho en cuanto en subsidio del recurso de apelación habría procedido el Grado Jurisdiccional de Consulta; sin costas a cargo de COLPENSIONES.

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**e39e0e94e93449a08d216adee4956f1a2a6a0f2adc5e95d4ed0c95f6af3a9
2af**

Documento generado en 06/08/2020 03:14:41 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-520-31-05-001-2016-00331-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL

Demandante: MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA

Litis consortes necesarias: JENNIFER MOSQUERA TRONCOSO Y ANA LUCIA TRONCOSO

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Asunto: APELACIÓN y CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar recurso de apelación y el grado Jurisdiccional de Consulta respecto de la Sentencia proferida el dieciocho de noviembre de 2019 (18/11/19) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, que declaró el derecho a sustituir el 50% de la pensión de vejez del señor ALIRIO MOSQUERA LÓPEZ a las beneficiarias MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA en un porcentaje del 37,28% y a la señora ANA LUCIA TRONCOSO en un porcentaje del 12.72% manteniendo incólume el derecho pensional de la menor Jennifer Mosquera Troncoso al 50%.

ANTECEDENTES

La señora MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA por conducto de apoderado judicial interpuso *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Palmira, el cual ordenó integrar a la litis a la menor Jennifer Mosquera Troncoso Y ANA LUCIA TRONCOSO en calidad de litisconsorte necesaria.

Demanda principal que fue presentada el 2/08/16 (fl. 1), admitida mediante auto del 4/10/16 (fl 40-41) y del 8/02/18 se ordenó integrar ANA LUCIA TRONCOSO y la

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 65 Control estadístico por secretaria.

menor Jennifer Mosquera Troncoso, precisando que en la demanda inicial se presentó como recuento fáctico, que la señora MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA, contrajo matrimonio con el señor ALIRIO MOSQUERA LOPEZ el 04 de febrero de 1953 y convivieron como pareja hasta el día de fallecimiento del causante, el 04 de septiembre de 2008. Que de dicha unión se procrearon varios hijos ya mayores de edad. Que el causante gozaba de pensión de vejez otorgada por el ISS mediante Resolución 301618 de julio de 1984. Que el causante proporcionaba toda lo necesario para su subsistencia, siempre hubo continuidad de las relaciones familiares como pareja. Que la misma se ausentaba en algunos periodos cuando vacacionaba por invitación de sus hijos sin embargo siempre estuvo en continua comunicación y dependencia. Señala que elevó solicitud de reconocimiento pensional, sin embargo, le fue indicado que el no podía ser estudiada ya que había sido concedido a la señora ANA LUCIA TRONCOSO y a su menor hija.

Teniendo en cuenta lo anterior la demandante solicitó se ordene la sustitución pensional como cónyuge supérstite del fallecido señor ALIRIO MOSQUERA LOPEZ, y el pago del retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde la fecha del fallecimiento, así como los intereses moratorios sobre las sumas de dinero adeudadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira (V), mediante sentencia No. 131 del 18 de noviembre de 2019, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR que MARIA MIREYA RODRÍGUEZ DE MOSQUERA Y ANA LUCIA TRONCOSO, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor ALIRIO MOSQUERA LÓPEZ ocurrido el 4 de septiembre de 2008, quien para esa fecha ostentaba la calidad de pensionado y se identifica con C.C. N. 2440652 de Cal, en los siguientes porcentajes: La señora MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA en un porcentaje del 37.28% y la señora ANA LUCIA TRONCOSO en un porcentaje del 12.72%. El derecho pensional correspondiente a la menor JENNIFER MOSQUERA TRONCOSO se mantiene incólume, esto es, en la forma como le otorgó el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES a través de la Resolución 000874 del 27 de enero de 2009, en un porcentaje equivalente al 50% con respecto al monto que para esa fecha devengaba el causante por dicho concepto.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar, una vez ejecutoriada ésta providencia, a favor de MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA Y ANA LUCIA TRONCOSO, identificadas en su orden con las cédulas de ciudadanía números 29.058.808 de Cali y 66.916.472 de Cali PENSION DE SOBREVIVIENTES con ocasión del fallecimiento del señor ALIRIO MOSQUERA LOPEZ, la cual se hará efectiva a partir del 4 de septiembre de 2008, en cuantía mensual equivalente a \$155.676,06 para la señora MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA. la cual corresponde al 37.28% del monto total \$417.586,00 y \$53.116,94 para la señora ANA LUCIA TRONCOSO, la que corresponde al 12,72% también de ese monto total (\$417.586,00). El otro 50% esto es la suma de \$417.586,00 corresponde a la menor (...) Se aclara que el valor total de la pensión devengada por el pensionado al momento de su deceso ascendía a la suma de \$ 835.172,00 Estos valores deben ser reajustados de conformidad con los incrementos legales que se hayan decretado y se decreten año tras año por el Gobierno Nacional. También se advierte a la señora que COLPENSIONES deberá cancelar los valores reconocidos

por concepto de pensión de sobrevivientes a la señora MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA hasta el 25 de febrero de 2017 fecha en que se produjo su deceso. Se resta que a la señora ANA LUCIA TRONCOSO la entidad demandada le vena cancelando la pensión de sobrevivientes desde el 4 de septiembre de 2008 hasta la actualidad en los términos de la Resolución 00874 de 2009 que en similar sentido ocurre con la menor JENNIFER MOSQUERA TRONCOSO.

TERCERO: DECLARAR que la señora MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA de conformidad con lo previsto en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 tiene derecho a percibir 14 mesadas pensionales en los porcentajes antes relacionados

CUARTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES para que de los valores cancelados a la demandante MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA por concepto de mesadas pensionales, procede a efectuar los descuentos correspondientes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- procede una vez ejecutoriada la presente providencia a incluir en nómina de pensionados a la señora MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES-a pagarle a la demandante MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA, los intereses moratorios de acuerdo con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. los cuales se liquidarán a partir del día siguiente en que quede ejecutoriada la presente sentencia sobre los saldos insolutos causados para ese momento o en el evento en que incurra en mora en la cancelación de mesadas pensionales que se causar posteriormente

SÉPTIMO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA, a excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, respecto de las mesadas pensionales causadas a favor de la demandante MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA que se hayan producido con anterioridad al 11 de febrero de 2013. teniendo en cuenta el fenómeno extintivo de las obligaciones se interrumpió el 11 de febrero de 2016 (folio 6) De otro, el Juzgado declara no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido

OCTAVO COSTAS. Juzgado se abstiene de condenar en costas a la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES por cuanto que la misma no fue la que dio origen a la presente controversia, sino que la misma se registró ante la disputa que del derecho a la sustitución pensional surgió entre la demandante y la señora ANA LUCIA TRONCOSO

NOVENO: Si la presente sentencia no fuere apelada por COLPENSIONES CONSULTESE con el Superior

DECIMO: COMPULSESE copia del acta correspondiente a esta audiencia, así como de la grabación respecto a los interesados"

CONSULTA

En el presente asunto se deberá conocer en el grado jurisdiccional de consulta en frente al interés jurídico de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de conformidad con lo preceptuado por el artículo 69 del CPTSS.

APELACIÓN DEMANDANTE PRINCIPAL

Considera que el despacho indicó elementos de juicio para establecer la convivencia de Ana lucia Troncoso con el señor Alirio Mosquera, en razón de la solicitud presentada ante el ISS solicitando la prestación social, la Resolución emitida mediante la cual se reconoce la pensión de sobrevivientes a la señora Ana Lucia Troncoso en calidad de compañera permanente y a la menor en ese momento, el registro civil de nacimiento de la menor, así como las declaraciones extrajuicio rendidas por la señora Ana Lucia Troncoso luego del fallecimiento del causante y la declaración extrajuicio rendida también por el señor Alirio Mosquera, en la que manifiesta haber sostenido una convivencia con la esta ciudadana con la que tuvo una hija, expone sin embargo que se debe tener en cuenta que la señora Troncoso, tuvo pleno conocimiento como bien se manifestó en la parte motiva de la sentencia de la existencia del presente asunto sin que en ningún momento se hubiere hecho parte para garantizar y así defender su supuesto de hecho.

Se debe tener igualmente que el despacho consideró como prueba la declaración rendida por el señor Alirio Mosquera, sin que ello así fuera, pues en ningún momento se aportó una declaración de la unión marital de hecho, en ello la prueba como tal del vínculo existente entre los compañeros permanentes, no así traída a este juicio, expuso que ha de tenerse en cuenta, que la menor en ese momento Jennifer Mosquera Troncoso ya cumplió la mayoría de edad, y no se acreditó solamente la convivencia con esas simples declaraciones, si así hubiere sido la declaración de la unión marital se hubiese elevado a escritura pública; indicando que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al expresar que cuando se habla de convivencia se excluyen los encuentros casuales y no son las relaciones a pesar de prolongadas las que engendren las condiciones necesarias de comunidad de vida.

De allí pasó a enunciar que quedo plenamente acreditado en el presente asunto que el señor Alirio Mosquera continuo teniendo una relación matrimonial con la señora María Mireya, pues entre ellos si existió la convivencia que es la que exige la norma para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin que ello fuera así con la señora Troncoso, pues reiteró que no pasó de las simples declaraciones extrajuicio, razón por la cual solicitó que se tenga en cuenta que los intereses moratorios, han de ser reconocidos desde el momento mismo de la solicitud pensional, razón por la cual ha de ser condenada la demandada a las costas y agencias en derecho siendo su representada beneficiaria del 100% de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor Alirio Mosquera, pues reiteró que no se acreditó en ningún momento la convivencia por parte de la señora Troncoso y que Jennifer Mosquera Troncoso ya es mayor de edad y no tiene derecho a dicho reconocimiento" (min 40:30)

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, se procedió a admitir conocimiento, se corrió traslado para alegatos de conformidad con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020; vencido el término las partes se pronunciaron así:

La apoderada judicial de COLPENSIONES, solicitó se modifique el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, toda vez los intereses moratorios no proceden, ya que los mismos se causan ante el retardo del pago de las pensiones, retardo que se

origina igualmente por el no reconocimiento oportuno de la prestación, situación que no se presentó en este caso, puesto que existía una disputa entre varios beneficiarios para acceder a la prestación económica. Dijo que la Ley 1204 de 2008, que modificó la Ley 44 de 1980, en el inciso 2° del artículo 6, obliga a la administradora de pensiones a esperar que se defina la situación por la jurisdicción ordinaria laboral, entendiendo que a su representada COLPENSIONES no se le puede endilgar negligencia en el pago de la prestación solicitada.

Por su parte, la apoderada judicial de la señora MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA, dijo que se encuentra acreditada la relación conyugal con el señor CELSIO ALIRIO MOSQUERA LOPEZ, por más de 55 años; que el Juez de primer grado consideró sin realmente estarlo, que la señora ANA LUCIA TRONCOSO, había convivido en unión marital de hecho con el señor MOSQUERA, toda vez, que nunca fue declarada la unión marital de hecho conforme lo exige la Ley, tomando referencia de una declaración rendida por la señora TRONCOSO, en la que sostiene haber vivido con el causante, sin ser cierto; dijo que no se valoró la prueba testimonial allegada al proceso, que da fe de la única y verdadera convivencia conyugal existente en el presente asunto, que la fue entre su poderdante y el señor MOSQUERA LOPEZ.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que se relaciona con la procedencia de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite y compañera permanente respectivamente del pensionado fallecido bajo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Asimismo, de estas frente al orden de descendientes del pensionado.

Del derecho pensional deprecado y su causación.

Se tiene que es un hecho irrefutable la calidad de pensionado que ostentaba el señor, ALIRIO MOSQUERA LÓPEZ desde el 1 de julio de 1984, la cual se reconoció en aplicación del Decreto 3041 de 1966, la cual al retiro de nómina de pensionados equivalía a la suma de \$835.172 según se colige de la Resolución GNR 109269 del 19 de abril de 2016.³

Por lo que al tenor del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es requisito suficiente para, al momento del deceso, dejar la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios que cumplan las condiciones exigidas en la ley.

Ya en cuanto a la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, que alega la demandante principal y la interviniente en su demanda, debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 en su artículo 47, el cual fue modificado por la regla 13 de la Ley 797 de 2003, al tener origen el hecho generador que es la muerte del pensionado el día 23 de septiembre de 2013.⁴

³ Exp. Adm. Fl. 88

⁴ Fl 19

Los literales a y b de dicha norma regulan la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente.

Contempló el legislador varias hipótesis fácticas que se pueden dar, ajustadas a la realidad social y que regulan casos de convivencia simultanea o de la existencia de varios beneficiarios de la prestación:

Cuando existan dos o más compañeros permanentes con vocación de beneficiarios, la pensión se repartirá entre ellos, a prorrata del tiempo de convivencia (inc. 2 lit. b);

Cuando exista convivencia simultánea de un cónyuge y un compañero permanente, según el texto legal, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, encontrándose que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la consecuencia es que se divida la pensión en proporción al tiempo convivido;

Finalmente, se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital se haya roto de hecho y que la sociedad conyugal no se hubiere disuelto y, además, exista una convivencia del afiliado o pensionado con otro compañero permanente, caso en el cual le corresponderá a éste una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia y el resto le corresponderá al cónyuge, siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco años en cualquier tiempo.

De todas estas opciones, lo que se extracta es que la pensión de sobrevivientes premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse la convivencia una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculos jurídicos o viceversa.

Cuando se alegue solamente convivencia de hecho, el lapso mínimo de cinco años de convivencia exigido por el legislador debe ser satisfecho en el tiempo inmediatamente anterior al deceso del afiliado o pensionado, y para el evento en que la convivencia la alegue el esposo separado de hecho, pero con vínculo matrimonial no disuelto, los cinco años correrán en cualquier tiempo.

En el caso puntual, mediante Resolución N° 000874 de 2009 el ISS (fl. 150) reconoció pensión de sobrevivientes a la señora Ana Lucia Troncoso en calidad de compañera permanente y a Jennifer Mosquera Troncoso como hija del señor Alirio Mosquera López, 50% para cada una, teniendo como mesada pensional para el 4 de septiembre de 2008 \$835.172, junto al pago de retroactivo pensional correspondiente, incluidas en nómina de pensionados a partir del mes de febrero de 2009 pagadero a partir del 2 de marzo de 2009.

Ahora bien, evaluada la prueba practicada en el curso del proceso, se colige tal cual lo concluyó el a quo, que tanto a la señora María Mireya Rodríguez de Mosquera (q.e.p.d.) en calidad de cónyuge supérstite hasta el 26/02/17 fecha de fallecimiento de la misma⁵ y la señora Ana Lucia Troncoso en calidad de compañera permanente ostentan la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del deceso del señor ALIRIO MOSQUERA LÓPEZ en abstracto sobre el 50% de la misma, la cual puede acrecentarse respecto al 50% de la pensión indicada concedida a Jennifer Mosquera Troncoso, sin invadir el orden de descendientes del pensionado.

Lo anterior, se desprende de las pruebas documentales arrimadas al plenario:

Declaración extrajudicial rendida por el señor ROBERTO RUIZ RODRIGUEZ de fecha 08/02/16 (fl. 8) y el señor ANICETO MOSQUERA LÓPEZ de fecha 03/02/16 (fl. 9), en los cuales se manifiesta que entre la señora María Mireya Rodríguez y el señor Mosquera López existió una *"CONVIVENCIA DE MANERA CONTINUA e ININTERRUMPIDA COMPARTIENDO TECHO, LECHO Y MESA HASTA LA FALLECIMIENTO HOY SEÑOR CELSO ALIRIO MOSQUERA, OCURRIDO 4 DE SETEMBRE DE 2008, DE CUYA UNION SE PROCREARON CUATRO (4) HIJOS DE NOMBRES LLIANA, MAURICIO, FLORENCIA Y MARIA EUGENIA MOSQUERA, TODOS MAYORES DE EDAD. POR LO TANTO, ES LA SRA. MARIA MIREYA RODRGUEZ DE MOSQUERA LA UNICA PERSONA CON DERECHO PARA RECLAMAR YA QUE DEPENDIA DIRECTA Y ECONOMICAMENTE DEL SEÑOR CELSO ALIRIO, QUIEN VELABA POR SU BIENESTAR Y MANUTENCION (VIVIENDA, SALUD, ALIMENTACIÓN Y GASTOS EN GENERAL);* Registro civil de matrimonio en la cual se evidencia el vínculo matrimonial de los mismos conforme ceremonia celebrada el día 04/02/53 (fl. 12), registro civil de los hijos de la pareja Liliana y Mauricio Mosquera Rodríguez (fl. 14-15). Documental anterior con la cual se acredita el vínculo matrimonial de la señora Rodríguez con el causante desde el año de 1970.

Por su parte del expediente administrativo (fl. 88) se tiene resolución VAL – A 91791 del 17 de diciembre de 2009 por medio del cual el ISS reconoce al señor Diego Fernando Castro Zamora como apoderado de la señora Troncoso auxilio funerario por el fallecimiento del causante, donde se reconoce la misma como "esposa" del mismo; declaración extra procesal de fecha 01/08/07 rendida por el causante y la señora Troncoso mediante la cual manifiestan *"DECLARO QUE CONVIVO EN UNIÓN MARITAL DE HECHO HACE 13 AÑOS HASTA LA FECHA CON LA SEÑORA ANA LUCIA TRONCOSO CON C.C. 66916472 DE CALI(VALLE), QUE DE ESTA UNION TENEMOS UNA HIJA DE 9 AÑOS DE EDAD LLAMADA JENNIFER MOSQUERA TRONCOSO. QUE MI COMPAÑERA NO LABORA ACTUALMENTE Y QUE SE ENCUENTRA ESTUDIANDO, QUE MI HIJA MI COMPAÑERA DEPENDE ECONOMICAMENTE DE MI EN TECHO, ALIMENTACIÓN Y SALUD"* y declaración rendida por la señora Troncoso el 19/09/08 en la cual se ratifica la manifestación antes realizada y la cual suscriben como testigos los señores Julio Roberto Mora Prieto y la señora Sofia Casallas Pérez, los cuales dan fe de conocer dicha situación; carnet de afiliación NUEVA EPS donde registra la señora Troncoso como perteneciente al grupo familiar en calidad de beneficiaria del señor Mosquera López, prueba indiciaria de la condición de compañera permanente del causante la cual debe ser cotejada con los demás medios probatorios determinados en el plenario ya que la valoración de las declaraciones extra proceso así como la conducta procesal de la demandante inicial en no reclamar oportunamente la mesada pensional que ahora convoca por litigio ameritan el análisis en conjunto con la prueba testimonial recaudada.-

⁵ Fl. 143 y vto. Registro Civil de Defunción María Mireya Rodríguez de Mosquera

ROBERTO RUIZ RODRÍGUEZ señaló que la señora Rodríguez era su tía y convivía con su esposo el señor Mosquera en el barrio Campiña en Cali, que los mismos convivieron juntos siempre durante toda su relación marital, que nunca se divorciaron, indicó que la convivencia siempre se dio en el mismo barrio, que sus casas eran contiguas por lo que tenían mucha afinidad e itera que siempre convivió hasta el día del fallecimiento con el señor Mosquera y desconoce si el señor Mosquera ostentaba una convivencia simultánea con persona diferente a su tía. Al tiempo que no conoció a la señora Troncoso, así como a su hija Jennifer; relató que la señora Rodríguez en oportunidades si se ausentaba en ocasiones para colaborar con el embarazo de sus hijas y después regresaba. Que los citados viajes los realizaba sola ya que el señor Mosquera presentaba pánico a volar por cuestiones médicas. concluyó indicando que aquel era muy cercano al núcleo familiar por la proximidad de sus residencias por lo cual señala que frecuentaba entre 2 a 3 veces por semana, la cual era propiedad de la pareja y que, al momento de fallecimiento se encontraban allí tanto su tía como sus primas, hijas de la pareja, desconociendo la presencia de la compañera alegada (min 13:55).

De los anteriores medios probatorios indefectiblemente se coligue en relación a la señora Mireya Rodríguez de Mosquera la relación marital existente entre esta y el señor Mosquera desde el momento mismo del vínculo matrimonial día 04/02/53 (fl. 12), sin embargo en el formulario de solicitud pensional (fl. 145) del 24/09/08 ya se reportaba como compañera permanente a la señora Ana Lucia Troncoso, unión de la cual se registra el nacimiento de la joven Jennifer Mosquera Troncoso, si bien las declaraciones extrajuicio en forma exclusiva no corresponden a una expresión que permita exponer la razón del dicho del declarante, en conjunto, como lo expresó en vida el pensionado (1/08/07- fl 158) tal convivencia existía 13 años atrás, por lo menos desde el 31/12/95, desde aquella fecha puede darse el hito probatorio de culminación de cualquier convivencia con su cónyuge e inicio con la citada compañera permanente. Aquella unión dentro del cual se procrearon varios hijos, barrio la campiña de la ciudad de Cali, lugar donde se resalta los esposos compartieron techo, lecho y mesa, de allí que parcialmente se encuentra razón a la objeción de la parte actora.

Ha de indicarse que la concurrencia al presente proceso de la señora Troncoso y su hija, se realiza en razón de la vinculación de las mismas como litisconsortes necesarias, al encontrarse reconocido el derecho pensional de sobreviviente, el cual se discute, por tanto ha de indicarse, que la calidad de las mismas no es equiparable al estatus que pretende demostrar la actora, pues si bien se encuentra en controversia la disposición del derecho pensional, ha de recordarse que las mismas una vez transcurrido el fallecimiento del causante, concurren ante la entidad pagadora aportando la documental correspondiente que acreditó a las mismas su condición de beneficiarias y es tan solo en sede judicial, cuando la hoy demandante propende por su reconocimiento el cual no se desconoce, pero que valga decir, si lo que se busca por esta es demostrar un mejor derecho al ya adquirido por las litisconsortes, su labor probatoria se debió enfocar en tal fin, situación que no aconteció, principalmente y con apoyo en las facultades del artículo 69 del CPTSS, no se tuvo en cuenta por el fallador de instancia que la demandante como cónyuge no acudió oportunamente a reclamar administrativamente lo actualmente pretendido, con reconocimiento al subsiguiente núcleo familiar, de allí que lo pagado por COLPENSIONES – ISS, no puede conllevar una doble erogación, al respecto en sentencia de la H CSJ SL Rad. 11326 de 1999, se expresó:

"Si lo que se pretende es el derecho a pensión "la presencia de nuevos beneficiarios acreditados y no controvertidos autorizará a la empresa para efectuar hacia el futuro una nueva distribución del derecho, pero con referencia a las mesadas causadas y canceladas sólo podrán cobrarse las respectivas cuotas a quienes las percibieron". En caso de controversia, el litigio debe adelantarse por los beneficiarios sobrevivientes contra los primeros. "Si se trata de una jubilación, ésta se deberá seguir cancelando al beneficiario inicialmente reconocido hasta que mediante decisión judicial u otro mecanismo válido de composición del litigio se decida otra cosa y desde luego el beneficiario inicial deberá responder exclusivamente en lo tocante a lo que haya percibido". Pero si entre los presuntos beneficiarios que se presentan a reclamar surge controversia. "el patrono por supuesto carecerá de autoridad para dirimir el litigio..." (subrayas fuera del texto). Por lo tanto debe abstenerse de efectuar el pago hasta que la justicia decida "o hasta que los interesados la solucionen por virtud de transacción, conciliación u otro mecanismo extrajudicial válido"

Tesis que es de aplicación frente al fondo administrador, y que como se citó en la Res. GNR 109269 del 19/04/16, se comparte por esta Corporación, excepto en que a partir de tal Resolución como una obligación de tracto sucesivo (mesada siguiente, a los dos meses para manifestarse sobre la petición 11/02/16) se ha debido suspender el pago en el orden correspondiente, pues sustancialmente era atendible o plausible la existencia del derecho deprecado por la extinta cónyuge, y hasta que falleció, situación que fue informada al a quo, esto es al 26/02/17 recha en que se encontraba activa la nómina para la joven hija del pensionado (fl. 189 y vuelto), por lo que tampoco se podrá desconocer lo pagado en tal orden.

El monto pensional será el establecido para el año 2008 en \$835.172, con sus incrementos; señalando que se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de prescripción desarrollado en el artículo 488 del CST y el artículo 151 del CPTSS, las mesadas causadas por haber transcurrido más de 3 años entre la data del fallecimiento del pensionado (04/09/08) a la reclamación directa a la encartada el 11/02/16 (fl. 3-4), por lo tanto ha de tenerse por prescritos parcialmente las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 11/02/13 como bien lo señaló el a quo, pero recordando que la responsabilidad de COLPENSIONES, se precisa por no haber suspendido el pago en el conflicto plausible, es decir vencido el termino para dar respuesta, desde la nómina de mayo de 2016, como antes se expresó.

Las anteriores mesadas a 2016 y 2017 ascienden a \$1.134.502 y \$1.199.736 que reducida en el 50% (\$567.251 y \$599.868) y de este resultado al 77%, arroja por estos años los valores de \$437.823 y \$462.998 respectivamente para un total de \$5.242.498 desde la nómina de mayo de 2016 al momento del fallecimiento de la actora (26/02/17 fl. 143), concepto al que se reduce la condena en relación a la demandante inicial María Mireya Mosquera, y del cual se descontaran los aportes en salud (artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto por el inciso 3, artículo 42 del Decreto 692 de 1994), debiendo soportarse ante COLPENSIONES la correspondiente asignación sucesoral de los haberes de la demandante, aclarando que del 50% restante del total de la mesada pensional, que correspondería a la hija de causante y no haya sido girado por COLPENSIONES a esta ciudadana al no demostrar las causales de incapacidad para trabajar por razón de sus estudios a partir del 11/08/2016 (fecha en que cumple la mayoría de edad y hasta el 26/02/17 (fecha fallecimiento señora María Mireya Mosquera) acrecentara por estos periodos el monto correspondiente al patrimonio que en vida tuvo derecho la señora María Mireya Mosquera en la proporción del 77% respectivo, sin perjuicio en tal evento, del restante porcentaje a favor de la señora Ana Lucia Troncoso.

Debe indicarse que Sala mayoritaria considera el reconocimiento por 14 mesadas al año en atención al fallecimiento del causante como pensionado lo que implica la condición de sustitución del derecho pensional ya consolidado, el que se venía causando en 14 mesadas pensionales al año, punto en que el magistrado ponente disiente al respectó y presentara el respectivo salvamento parcial.

Debe indicarse que por el fallecimiento de la demandante principal la compañera permanente recupera la asignación del total que le corresponde en el orden correspondiente, el que al cesar el derecho de la menor hija acrecentara al 100% de la mesada pensional, limitado al reconocimiento efectuado por el ISS de la pensión de sobrevivientes.

Frente a los intereses moratorios se indica que se encuentran infundados los presupuestos para la declaratoria de los mismos desde el momento de la reclamación administrativa, teniendo en cuenta que, se trataba de un conflicto entre beneficiarias que no permitía el pago en certeza a estas por lo menos vencido el término del Fondo para resolver, una vez se tuvo conocimiento sobre el particular.

Finalmente, sobre la inconformidad de la demandante en relación con la no imposición de costas procesales en primera instancia, si bien la entidad demandada COLPENSIONES se presentó al presente proceso como parte pasiva, al ser vencida es consecuente el sentido de condena por costas procesales en primera instancia.

Así las cosas, habrá lugar a MODIFICAR la sentencia proferida el día 18 de noviembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira (V.) en el numeral 2º en el sentido de indicar el porcentaje del reconocimiento a MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA y fechas en que se causó y adicionar condena en costas en primera instancia a favor de la parte actora, revocando los intereses moratorios objeto de condena.

COSTAS

Como quiera que el conocimiento del presente asunto, incluso, devino del grado jurisdiccional de consulta, no habrá lugar a la imposición de costas en esta instancia, de conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia proferida el día 18 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira (V.) siendo demandante principal la señora MARIA MIREYA MOSQUERA RODRIGUEZ identificada con la C.C. No. 29.058.808; Litis consortes necesarias JENNIFER MOSQUERA TRONCOSO Y ANA LUCIA TRONCOSO y demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- en el numeral 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, y 8º para condenar a COLPENSIONES a pagar a MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA en su haber sucesoral el valor de \$5.242.498, absolviendo sobre intereses moratorios y sin que se afecte el reconocimiento efectuado a JENNIFER MOSQUERA TRONCOSO Y ANA LUCIA TRONCOSO en los términos de la Resolución 874 de 2009 del ISS y adicionando condena por costas en primera instancia a cargo

de COLPENSIONES y a favor de MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA, aclarando que del 50% restante del total de la mesada pensional, que correspondería a la hija de causante y no le haya sido girado al no demostrar las causales de incapacidad para trabajar por razón de sus estudios a partir del 11/08/2016 y hasta el 26/02/17 por estos periodos acrecentara el monto correspondiente al patrimonio que en vida tuvo derecho la señora María Mireya Mosquera en la proporción del 77% respectivo, sin perjuicio en tal evento, del restante porcentaje a favor de la señora Ana Lucia Troncoso.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la providencia consultada de conformidad con las razones aquí anotadas.

TERCERO. Sin COSTAS en ésta instancia por no aparecer causadas.

Notifíquese por estado

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Salvamento parcial 14 mesadas



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

35a52514aba0a1da8bf132a1b0d9f67dd6b07ecce42db55b37ecc6acfc83fe86

Documento generado en 06/08/2020 02:31:19 p.m.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA LABORAL

Salvamento parcial de voto

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.
Radicación No. 76-520-31-05-001-2016-00331-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARIA MIREYA RODRIGUEZ DE MOSQUERA
Litis consortes necesarias: JENNIFER MOSQUERA TRONCOSO Y ANA LUCIA TRONCOSO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
Asunto: APELACIÓN y CONSULTA (sentencia)

En cuanto a la incidencia de la mesada adicional, me permito manifestar salvamento parcial conforme la tesis mayoritaria sostenida por la Sala y que por razón de economía procesal fue incluida en el proyecto presentado con la precisión del sentido en que se disiente, esto trata que incluso frente a la pensión de sobrevivientes por fallecimiento de pensionado, regida bajo Ley 100 de 1993, la que tiene por principio los presupuestos cumplidos del artículo 46 de la misma como un acápite para su estructuración, pero no la asemejan a la pensión de vejez, en forma idéntica para otra persona como es el beneficiario, la causación de la pensión de sobrevivientes cobra vigor según la existencia de los respectivos beneficiarios, compañera o cónyuge que cumplen requisitos de convivencia, parentesco y/o dependencia económica en los términos del artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, premisa de estructuración en requisitos distintos por adición a los requeridos para la pensión que disfrutara la persona fallecida, que en conjunto con el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2005 conlleva en no acompañar la conclusión mayoritaria en el número de mesadas pensionales, considero las correspondientes a trece por año, salvo la exclusión del parágrafo transitorio 6º para aquellas causadas antes del 31 de julio de 2011 en cuantía inferior a 3 SMMLV.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**c5fc85ecc46da8e97cbc9c3ca89d2c7faeca019f2a4528f7d3b519238162
e8ff**

Documento generado en 06/08/2020 02:32:01 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-001-2017-00038-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: BERTHA GOMEZ OROBIO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la Sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 (19/11/19) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

ANTECEDENTES

La señora BERTHA GOMEZ OROBIO por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, con el fin de que previas las declaraciones pertinentes se ordene: el restablecimiento de la pensión de sobreviviente a la señora BERTHA GÓMEZ OROBIO, que le fuera reconocida por el fallecimiento de su esposo EMILIO MURILLO MENA; se condene a COLPENSIONES al pago del 100% de la pensión de sobreviviente del señor EMILIO MURILLO MENA, a favor de la señora BERTHA GÓMEZ OROBIO, desde el mes de abril de 1995, fecha en la cual fue retirada de nómina de pensionados su hija MARICEL MURILLO GÓMEZ, junto con las mesadas atrasadas; se le reconozca y pague las mesadas adicionales de junio y diciembre desde el mes de abril de 1995, y los respectivos incrementos de ley sobre las mesadas pensionales que se reconozcan; se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales adeudadas. Demanda que fue presentada el 23/02/17 y admitida mediante auto del 28/02/17 (fl. 13)

La parte demandante fundamentó las pretensiones indicadas en los hechos y omisiones enunciadas en el escrito inicial visible a folios 2 al 6. Como recuento fáctico, se expresó que a la señora BERTHA GÓMEZ OROBIO, se le reconoció la

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 60 Control estadístico por secretaria.

pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor EMILIO MURILLO MENA; posteriormente la señora GÓMEZ OROBIO, contrajo nuevas nupcias y como consecuencia de ello el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, procedió a retirarla de nómina de pensionados; la mencionada señora considera que tiene derecho a que se le reintegre la pensión de sobreviviente que disfrutaba y además, tiene derecho a rehacer su vida sentimental; que la demandante solicitó el reintegro de su pensión de sobreviviente el día 12 de junio de 2011, pero la entidad encartada le respondió que no le habían pasado la carpeta del extinto EMILIO MURILLO MENA, por parte del I.S.S, y hasta la fecha de la presentación de la demanda COLPENSIONES no había resuelto la petición elevada por la actora.

Adicionalmente manifestó que la joven MARICEL MURILLO GOMEZ quien es hija de la pareja MURILLO GÓMEZ, estuvo percibiendo la pensión de su señor padre hasta el mes de marzo de 1995.

La entidad encartada, COLPENSIONES, por intermedio de su apoderado judicial dio respuesta al libelo genitor en forma oportuna según auto del 02 de junio de 2017 (fl.32), formulando las excepciones Inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, ausencia de la causa para demandar, innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V), mediante sentencia No. 096 del 19 de noviembre de 2019, resolvió:

(...) PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO, propuestas por la demandada COLPENSIONES, por lo dicho en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la señora BERTHA GÓMEZ OROBIO y de los derechos de la señora JOVANY MURILLO PEREA, por lo dicho en la parte motiva de este proveído y de las personas vinculadas al proceso.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante BERTHA GÓMEZ OROBIO, y a favor de la demandada COLPENSIONES, en valor de medio salario mínimo.

CUARTO: CONSULTAR la presente decisión, si la misma no es apelada, ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Buga.

QUINTO: La presente providencia queda notificada en ESTRADOS al tenor de lo dispuesto en el Literal b) del artículo 41 del C.P.T. y S.S. en concordancia con el artículo 80 ibidem. (...)

CONSULTA

En el presente asunto la parte demandante no formuló inconformidad alguna frente al fallo de primera instancia por lo que se deberá conocer en el grado jurisdiccional

de la consulta en favor de la demandante de conformidad con lo preceptuado por el artículo 69 del C.P.T. SS.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, luego de admitida, se procedió a correr traslado para alegatos, dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020; vencido el término del traslado la demandada COLPENSIONES, procedió a presentar sus alegatos.

Al respecto expresó que en primera instancia la parte actora, no demostró ser derecho a la prestación económica deprecada con base en la Ley 90 de 1946, razón por la cual no le dejó otro camino al operador judicial, que despachar favorablemente a favor de COLPENSIONES, que la parte actora, BERTHA GOMEZ OROBIO, en su defensa, no hizo uso del recurso de alzada para controvertir la sentencia, razón más que suficiente para demostrar dentro del plenario, que no se dieron los presupuestos facticos, para demostrar ser derecho a la prestación económica principal al igual que a las pretensiones subsidiarias, toda vez que está en cabeza de la parte actora aportar las pruebas documentales y testimoniales para demostrar su derecho. Razones por las cuales solicita la confirmación del fallo.

Grado jurisdiccional de la CONSULTA que pasa a resolver la Sala con fundamento en el principio de la LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO y de la sana crítica de la prueba, contenidos en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la reactivación de la pensión de sobrevivientes en favor de la parte actora, en calidad de cónyuge supérstite del pensionado fallecido bajo los presupuestos de la ley 90 de 1946, teniendo en cuenta, la declaratoria de pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes por contraer nuevas nupcias, para lo cual se debe tener en cuenta i) la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 100 de 1993, y ii) el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-309 de 1996.

La pensión de sobrevivientes, premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de tres años anteriores a su muerte o con la que haya tenido hijos tal a falta de viuda, tal como la norma lo exige (artículo 55 L. 90 de 1946) convivencia, en el marco de una relación matrimonial.

Ha de indicarse desde un comienzo que esta Sala acoge en su integridad el estudio realizado por el a quo, en relación a la no procedencia de la reactivación de la pensión de sobrevivientes reconocida a la actora mediante Resolución N° 8221 del 29 de agosto de 1978 (fl. 55-57) toda vez que el mismo acogió el criterio de nuestro

órgano de cierre, según el cual la pérdida del derecho pensional por muerte para los eventos en que la viuda contrae nuevas nupcias antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 no vulnera mandatos establecidos en ésta, por cuanto se deriva de reglas que tuvieron plena validez al amparo de un ordenamiento constitucional diferente y que otorgó una protección y justificación a la unión matrimonial, tal como también lo ha avalado la propia Corte Constitucional en diversas sentencias respecto de reglas legales similares.

Sobre la temática de análisis la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL21799-2017, citando sentencia CSJ SL3210-2016, señaló:

"(ii) La teoría del decaimiento de los actos administrativos por desaparición de sus fundamentos de derecho en que se apoya la Corte Constitucional para sustentar sus decisiones de tutela, presenta la grave falencia de no advertir que la normativa aplicable en tratándose de la pensión de sobrevivientes opera en dos sentidos. Por un lado, su nacimiento se revisa de cara a las leyes vigentes al momento del fallecimiento del causante, y su extinción a la luz de las reglas en vigor para la fecha en que se da el supuesto de hecho previsto en ellas.

Por esta precisa razón, en rigor, los fundamentos de derecho de los actos administrativos, salvo el caso de las viudas que contrajeron matrimonio en vigencia de la Constitución Política de 1991, no desaparecen, pues, en efecto, son los que gobiernan las situaciones acaecidas durante su vigencia.

Así visto el tema, podría decirse entonces que la teoría del decaimiento de los actos administrativos apareja una aplicación retroactiva de la sentencia C-309/1996, lo cual, salvo previsión expresa dictada por la propia Corte Constitucional, se encuentra prohibido por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(iii) Además de todo lo anterior, la decisión que hoy adopta la Sala y que en verdad viene a ser una ratificación de su postura en torno a la situación de las viudas que con anterioridad a la Carta Política de 1991 volvieron a contraer matrimonio y por esa razón perdieron su derecho a la sustitución pensional (CSJ SL369-2013; CSJ SL, 22 ago. 2012, rad. 44782), se fundamenta en otras razones institucionales poderosas. Específicamente, en el acatamiento estricto de la cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad y la prohibición general de irretroactividad; la igualdad en la aplicación de la ley ante supuestos de hecho y de derecho semejantes; la seguridad jurídica; y la sujeción de las autoridades administrativas y judiciales al orden jurídico imperante, como garantía y presupuesto indispensable de la separación de poderes, la estabilidad de los Estados contemporáneos, la convivencia pacífica y la salvaguarda misma de los derechos y libertades de todos."

Conforme con el anterior criterio jurisprudencial, el juzgador de instancia no incurrió en error, dado que debía aplicarse al presente asunto la regla establecida en el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, por cuanto la demandante contrajo nuevas nupcias el 22 de diciembre de 1979 con el señor Jacob Paredes (fl.74 y 127), tiempo antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, por lo que la extinción del derecho pensional no podía afectar mandatos establecidos en este ordenamiento superior.

Aunado a lo anterior, ha de indicarse que en el análisis desplegado por la Corte Constitucional en sentencia C-309 de 1996 y demás jurisprudencia análoga, no se pronunció sobre la norma jurídica que generó el derecho a la actora, esto es, la Ley 90 de 1946, dando a esta la posibilidad de análisis sobre la misma y por ende sus

efectos no podían aplicarse al sub examine dejando incólumes las condiciones de pérdida del derecho contenidas en las leyes 33 de 1973 y 12 de 1975.

En consecuencia, al haber dejado inamovible el soporte de la decisión de instancia, pilar fundamental del petitum de la actora, se confirma en su integridad la decisión objeto de consulta.

Sin condena en costas en esta instancia, por conocerse en grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V) siendo demandante BERTHA GOMEZ OROBIO quien se identifica con C.C. N° 31.370.085 y demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN CONDENAS en costas en esta instancia.

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**bcd67bf549595dcbbae6555a308a9e3e35163d63b3e837132747ea727407
9bd2**

Documento generado en 06/08/2020 01:45:53 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-520-31-05-002-2017-00311-01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: MARIA GRACIELA MARTINEZ
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta, frente a la Sentencia proferida el 8 de octubre de 2019 (8/10/19) por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira.

ANTECEDENTES

La señora, MARIA GRACIELA MARTINEZ, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, con el fin de que previas las declaraciones pertinentes se ordene el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor HORACIO ANTONIO PEREZ MARTINEZ, así como los intereses moratorios causados.

La parte demandante fundamentó las pretensiones en los hechos y omisiones enunciadas a folios 30 y 31 del expediente, que en síntesis expresan que mediante Resolución No. 3709 de julio de 1991, el ISS hoy COLPENSIONES, reconoció pensión de vejez al señor HORACIO ANTONIO PEREZ MARTINEZ; con quien convivió en unión libre desde 1994 hasta el 10 de diciembre de 2016, fecha de su fallecimiento; que el 17 de enero de 2017, reclamó ante COLPENSIONES la pensión de sobreviviente, la cual fue negada.

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).
² No. 59 control estadístico

La encartada, COLPENSIONES, por intermedio de apoderado judicial dio respuesta al libelo genitor en forma oportuna, según auto de 22 de enero de 2018; aceptó los hechos 1, 5, 6, 7, 9, 10 y 11, y adujo no constarle los demás; se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando las excepciones de mérito denominadas: Inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido, y prescripción. (fls. 53-61).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V.) mediante la Sentencia del 8 de octubre de 2019, concluyó:

"

1. *DECLARAR que la señora MARIA GRACIELA MARTINEZ DE DURAN, convivió con el causante HORACIO ANTONIO PÉREZ MARTINEZ, desde el año 1994, hasta el momento de su fallecimiento 10 de diciembre de 2016 (...).*
2. *CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagar la sustitución pensional del pensionado y fallecido HORACIO PEREZ MARTINEZ a la señora MARIA GRACIELA MARTINEZ DE DURAN, en calidad de compañera permanente en un 100% de la pensión que venía disfrutando en forma vitalicia, en un monto de \$689.455 para la primera mesada a partir del 10 de diciembre de 2016, más los aumentos legales y las mesadas adicionales de junio y diciembre.*
3. *CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora MARIA GRACIELA MARTINEZ DE DURAN los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (...)*
4. *(...)” (fls. 84-87).*

APELACIÓN

COLPENSIONES, a través de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primer grado argumentando que, no se encuentra de acuerdo con los numerales de la sentencia, en donde se condena a su representada, por los siguientes motivos:

1. Que, de la investigación administrativa realizada por COLPENSIONES, la demandante, no logró demostrar la convivencia efectiva con el señor HORACIO ANTONIO PEREZ MARTINEZ desde 1994 hasta la fecha de su fallecimiento; pues se presentó la situación que la señora no conservaba pertenencia alguna u objetos personales del causante; que ella había mencionado regalarlas.
2. Que de la práctica de prueba testimonial de la señora LUZ EDITH ALZATE y la declaración de la señora MARIA GRACIELA MARTINEZ, existen incoherencias respecto del lugar donde reside actualmente la demandante y donde convivió con el causante, pues la testigo dijo que vivía en la casa del señor que fue su esposo, Jose Elbert Duran fallecido en el 2009.
3. Que de las pruebas no se logró probar el tiempo de convivencia, pues mientras unos testigos dijeron que llevaban 15 años, otros dijeron que eran 20, por lo que no hay certeza en los tiempos de convivencia efectiva, más siendo dentro de un vínculo marital, al no ser claro. (min. 18:50 a 25:00).

CONSULTA

En el presente asunto la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- presentó apelación parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de la convivencia por parte de la cónyuge supérstite, por lo que se deberá estudiar en el grado jurisdiccional de consulta si acertó el juzgado al reconocer la pensión de sobrevivientes conforme a los presupuestos normativos vigentes para el momento en que se configuró el hecho generador del derecho a la pensión de sobrevivientes y respecto de cada una de las condenas en contra de COLPENSIONES; de conformidad con lo preceptuado en la sentencia de Tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia STL7382-2015, con radicación interna No. 40200; MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, se dispuso su admisión; se corrió traslado para alegatos conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020; vencido este las partes aprovecharon la oportunidad expresando:

La apoderada judicial de COLPENSIONES, se ratificó en los hechos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando además la revocatoria del fallo de primer grado, al no haberse demostrado por la demandante el cumplimiento de requisitos para el reconocimiento de la prestación económica, concretamente frente a los extremos temporales y convivencia efectiva entre el causante y la demandante, siendo necesario absolver a la demandada.

Por su parte, la demandante, alegó que de las pruebas allegadas al proceso se pudo concluir que convivió en unión libre con el señor HORACIO ANTONIO PEREZ MARTINES desde el año 1994 hasta el 10 de diciembre de 2016, relación en la que siempre estuvieron estable y permanente, pendiente el uno del otro, moral, sentimental y económicamente; que las pruebas no fueron refutadas ni tachadas de falsas, por tanto, se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

Recurso de APELACIÓN y grado jurisdiccional de la CONSULTA que pasa a resolver la Sala con fundamento en el principio de la LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO y de la sana crítica de la prueba, contenidos en el artículo 61 del CPTSS, con base en las siguientes

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la procedencia de la pensión de sobrevivientes en favor de la parte actora, en calidad de compañera permanente del pensionado fallecido bajo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Se tiene demostrado el fallecimiento del señor HORACIO ANTONIO PEREZ MARTINEZ, como consta del certificado de defunción (fl. 5); así como la calidad de pensionado que ostentaba, de conformidad con la Resolución No. 03709 de 16 de

julio de 1991 obrante en el expediente administrativo, disco compacto a folio 116 del expediente.

Por lo que al tenor del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es requisito suficiente para, al momento del deceso, dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios que cumplan las condiciones exigidas en la ley, al tener lugar el hecho de la muerte el 10 de diciembre de 2016.

Ya en cuanto a la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, alegada por la actora en su demanda, debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 en su artículo 47, el cual fue modificado por la regla 13 de la Ley 797 de 2003, al tener origen el hecho generador que es la muerte del pensionado.

Los literales a y b de dicha norma regulan la vocación de beneficiaria que tiene la cónyuge o la compañera permanente, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia de –mínimo- cinco años.

La pensión de sobrevivientes, premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculo jurídico o viceversa.

Cuando se alegue solamente convivencia de hecho, el lapso mínimo de cinco años exigido por el legislador, debe ser satisfecho en el tiempo inmediatamente anterior al deceso del afiliado o pensionado, y para el evento en que la alegue el cónyuge separado de hecho³ o no, los cinco años correrán en cualquier tiempo.

En el caso puntual, luego de evaluada las pruebas practicadas en el curso del proceso, se colige que la señora MARIA GRACIELA MARTINEZ DE DURAN, no obstante, contaba con más de 30 años⁴ para el momento de la muerte del causante, no ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor HORACIO ANTONIO PEREZ MARTINEZ.

Lo anterior, se desprende de las declaraciones de las señoras LUZ MARIA QUINTANA y LUZ EDITH ALZATE PEREZ, así como del interrogatorio de parte a la actora, quienes pese a manifestar haber conocido a la señora, MARIA GRACIELA y HORACIO ANTONIO, no alcanzan a dar certeza del elemento de la convivencia entre los nombrados por espacio no menor a 5 años; siendo carga de la parte demandante en calidad de compañera permanente, tal y como lo adujo en el hecho segundo de la demanda.

³ Pero con vínculo matrimonial no disuelto.

⁴ fl. 3.

De lo dicho en precedencia, que las declarantes no ofrezcan seguridad y certeza de la subsistencia de una convivencia mínima entre la pareja por 5 años, tratándose de la compañera permanente. Puesto que ninguno de los comparecientes logró ubicar en el tiempo la prevalencia de los lazos afectivos y ánimo de brindarse apoyo y colaboración, que son efectos propios del núcleo familiar, así no se hubieran procreado hijos.

Las deponentes no respaldaron sus afirmaciones en hechos concretos que permitan verificar la vida en relación bajo el mismo techo, lecho y mesa con el señor HORACIO ANTONIO PEREZ MARTINEZ; ni si quiera una dependencia económica, toda vez, que la accionante manifestó disfrutar de una pensión de sobreviviente en razón de la relación conyugal vigente, que ostentaba con el señor JOSE ELBERT DURAN TELLEZ, fallecido en el año 2009, siendo reconocida en el año 2010, sin esclarecer o precisar, por la parte actora, el tiempo de convivencia entre una relación y otra, de quien dependía económicamente, o si era beneficiaria en salud, de su esposo o de su compañero permanente, pues varias de estas situaciones quedaron en duda, las que requerían la suficiente explicación probatoria en el proceso, a cargo de la actora conforme artículo 167 del CGP.

Y es que, respecto del tiempo de convivencia entre la accionante y el causante, que manifestaron las declarantes, hubo contradicción, pues mientras que la señora QUINTANA expresó que conocía a la señora MARIA GRACIELA hace 20 años, al señor HORACIO ANTONIO hace 22 años, y que el tiempo convivido entre estos, fue de 15 años, la sobrina del señor HORACIO, expresó que la convivencia de la pareja fue de 20 años.

De otra parte, LUZ MARIA QUINTANA, manifestó que el señor HORACIO ANTONIO no era casado; al paso la señora LUZ EDITH ALZATE PEREZ, adujo en su declaración ser familiar y haber vivido en la misma casa del señor HORACIO ANTONIO PEREZ, al referir que era su tío, y expresó: que el señor PEREZ tiene una hija en una mujer, que la señora murió cuando su prima era bebe; él era viudo; sin embargo, lo mencionado, resulta contradictorio respecto de la declaración obrante en el expediente administrativo, en la que en un documento⁵ suscrito el 23 de abril de 1990, el señor HORACIO ANTONIO declaró que no convivía con su cónyuge MARIA EDELMA ZAPATA, quién había abandonado el hogar conyugal, dejando a su cuidado su hija MARIA GLADYS, cuando tenía la edad de 5 años (...); sin haberse expresado para ese entonces, motivo de fallecimiento de la cónyuge, -como lo dijo la declarante- al asegurar que esta había *fallecido cuando su prima era bebe*.

Circunstancias, que ponen en duda los dichos de las declarantes, pues aunque respecto de la convivencia, los tiempos señalados, superan los 5 años requeridos por la Ley para acceder a la subvención, no se logran observar cómo testimonios que brinden convicción e integridad a todos los hechos manifestados, al resultar contradictorios a la realidad, quedando en duda, la efectividad de la convivencia, especialmente al momento de la muerte, pues nada se dijo de ello, no se precisó por la parte demandante, como fueron los últimos 5 años de la supuesta convivencia entre la pareja, al tener la carga de la prueba y ser de su conveniencia el haber esclarecido de manera precisa, sin lugar a duda el tiempo mínimo de convivencia entre dicha relación.

⁵ Documento PDF: GEN-REQ-IN-2017-472951-20170203024406 (folio 22 y ss).

Aunado a que del expediente administrativo de COLPENSIONES (disco compacto folio 116), obra declaración de la señora MARIA GLADYS PEREZ ZAPATA, hija del causante, suscrita ante la Notaría Primera de Palmira, el 25 de enero de 2017- es decir pasado aproximadamente un mes desde la muerte del señor PEREZ-, manifestando situaciones que con mayor intensidad ponen en duda, la relación mencionada por la demandante, pues al interior del escrito expresa la señora MARIA GLADYS PEREZ ZAPATA, primero que vive en la carrera 31 C No. 64-102; que su padre era de estado civil viudo, y al momento de su fallecimiento no tenía ninguna relación con mujer alguna en unión libre, declarándose su única heredera⁶; así pues, que no hubo un reconocimiento por la hija del causante, frente a la relación que aduce la señora MARIA GRACIELA MARTINEZ; situaciones que no se aclararon en el proceso.

Complementa lo indicado, que las declaraciones extra proceso obrantes de folios 9 a 14 del plenario, realizadas por LUZ EDITH ALZATE PEREZ, TERESA DE JESUS PAZ, MARIA EULALIA PEREZ DE SARMIENTO, ante la Notaria Cuarta del Circulo de Palmira Valle, contienen un relato en texto adaptado para los declarantes que carece de espontaneidad e individualidad frente al hecho que se pretende acreditar a través de cada uno de los nombrados, por consiguiente no aportan credibilidad a sus dichos frente a elemento de la convivencia.

De allí, que no exista prueba de acuerdo con los requisitos del caso enunciados que evidencie una vida marital y convivencia en las condiciones antes anotadas y exigidas por la ley, para efectos de reconocer a la señora MARIA GRACIELA MARTINEZ como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor HORACIO ANTONIO PEREZ MARTINEZ.

Así las cosas, habrá lugar a REVOCAR la sentencia APELADA y CONSULTADA proferida por el día 8 de octubre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V.), conforme a lo anteriormente esbozado.

COSTAS

Costas en primera y segunda instancia a cargo de la parte demandante, señora MARIA GRACIELA MARTINEZ y a favor de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-; sin agencias en derecho dentro de la segunda instancia dado la condición de eventual beneficiaria de la actora.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la Sentencia proferida el 8 de octubre de 2019, por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE PALMIRA (V.), para en su lugar, ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-

⁶ Documento PDF: GRF-DEX-HE-2017_1045874-20170131040439.

, de todos y cada uno de los cargos formulados en su contra por la señora MARIA GRACIELA MARTINEZ, identificado con la cedula de ciudadanía No. 31.161.138 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Costas en primera y segunda instancia a cargo de la parte demandante, señora MARIA GRACIELA MARTINEZ y a favor de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-; sin agencias en derecho dentro de la segunda instancia dado la condición de eventual beneficiaria de la actora.

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**d51ae08be0f5bc80a5d62279c12fe31b606d03dc5f7671176552dba15344d
ae6**

Documento generado en 06/08/2020 01:46:28 p.m.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Referencia: *CONSULTA de sentencia dictada en proceso ordinario laboral de única instancia de **DAISY BALTÁN CHAMORRO** contra **EVEY LOZANO**. Radicación Única Nacional No. 76-520-31-05-002-2017-00247 -01*

A los seis (6) días del mes de agosto del año dos mil veinte (2020), la Sala Cuarta de Decisión Laboral se congrega con el fin de emitir pronunciamiento frente a causal de nulidad advertida en el proceso de la referencia.

AUTO INTERLOCUTORIO No. 040

Acta de aprobación No. 019

Sería del caso resolver el grado jurisdiccional consulta que recayó frente a la sentencia absolutoria, proferida el día 6 de febrero de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V)); si no fuera porque, luego de una revisión exhaustiva de la actuación, se infiere que el proceso está viciado por una nulidad insalvable como es la indebida notificación de la demanda.

Ciertamente, de la actuación procesal se entrevé que la señora **DAISY BALTÁN CHAMORRO**, demandó a la señora **EVEY LOZANO**, con el fin de obtener declaración de existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, que rigió entre el 14 de agosto de 2016 y el 24 de diciembre de 2016; y en

consecuencia, solicitó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones e indemnizaciones establecidas en los artículos 64 y 65 del CST –folio 1 vuelto-.

Admitida la demanda, el Juzgado dispuso la notificación de la señora **EVEY LOZANO** librando para tal efecto, la citación establecida en el artículo 291 del Código General del Proceso, recibida el 1° de septiembre de 2017 en la Calle 34B No. 5EA-3 y en la que se indicó: “**Sírvase comparecer a este Despacho de inmediato dentro de los cinco (5) días hábiles a la entrega de esta comunicación**” (folio 9); vencido el referido término, en virtud a la facultad que confiere el artículo 292 del Código General del Proceso, la parte actora elaboró y remitió el aviso de notificación; a la misma dirección en la que había remitido la citación, (folio 11); en el que se le avisó a la rea procesal que “*Por medio de este aviso le notifico la providencia calendada el 8 de agosto de 2017 donde se **Admitió la demanda x (...) se ordenó citarla x**, dispuso integrarla como Listis consorcio necesario proferida en el indicado proceso*”. También se le informó que “**DE NO SER NOTIFICADA SE NOMBRARÁ CURADOR AD LITEM**””; situación que conllevó a que el Juzgado tuviera por notificada a la demandada del auto admisorio de la demanda, el día 30 de octubre de 2017-folio 15-

Ahora bien, respecto a la notificación del auto admisorio de la demanda, el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social tiene regulación propia en el numeral 1° del literal a) del artículo 41, modificado por el artículo 20 de la Ley 712 de 2001, o bien en los términos de su artículo 29, previo el trámite

de que tratan los numerales 1° y 2° del artículo 315 y los numerales 1° y 2° del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículos 291 y 292 del Código General del Proceso.

En los asuntos laborales, el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece que cuando el demandado no es hallado o se impide su notificación, deberá surtirse la notificación a través de curador *ad litem*, norma que mantiene plena vigencia, pues la Corte Constitucional en Sentencia C-1038 de 5 de noviembre de 2003, la declaró *exequible*, por garantizar los derechos a la defensa y del debido proceso del demandado, en los siguientes términos:

*“Para esta Corporación es indiscutible que la norma acusada busca obtener un equilibrio entre la necesidad de asegurar que el proceso se adelante sin dilaciones injustificadas, en beneficio de los intereses del demandante, sin que se desatiendan los derechos del demandando. En efecto, para la protección del demandado se dispone, por un lado, el nombramiento de un curador ad litem, de tal manera que no obstante que el proceso no se suspende por su falta de comparecencia, sus intereses se encuentren debidamente representados; **y por otro, mediante la adopción de la diligencia judicial del emplazamiento, se busca hacer efectiva la asistencia del demandado al proceso y se le otorga una oportunidad adicional para que ejerza su derecho de defensa. Adicionalmente, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales del demandado, la norma obliga al emplazamiento en debida forma para poder dictar sentencia.** (La negrilla es de la Sala)*

Ahora bien, el aviso al que refiere el artículo 29, tiene como finalidad, notificar el auto admisorio de la demanda, pues como lo prevé la parte final de su inciso tercero, en él se debe informar al demandado que debe concurrir al despacho judicial, dentro de los diez (10) días siguientes al de su fijación, para notificarle el mencionado proveído, y que de no hacerlo se le

nombrará curador *ad litem* con quien se surtiría la notificación personal, para posteriormente emplazar al demandado. No obstante, al auscultar detenidamente el “*aviso de notificación*” se evidencia que en verdad se le informó a la señora **EVEY LOZADA**, que de no ser notificada, se procedería a designarsele curador para la *litis*, actuación que omitió el Funcionario Instructor, vulnerando de esta manera los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa del extremo pasivo, pues no se ciñó a lo dispuesto en el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, norma que prevalece frente a las que consagran los procedimientos civiles, pues se reitera, dicho canon mantiene plena vigencia.

Este criterio jurídico; sobre la interpretación del inciso 3° del artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; es el que ha venido predicando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en situación similar a la que aquí se analiza, en Auto AL6002-2017 fechado el 5 de septiembre de 2017, explicó:

“En efecto, cuando el demandado no comparece a notificarse al despacho judicial respectivo, o no es hallado o se impide su notificación, la misma debe surtirse a través de curador ad litem, en observancia de lo ordenado para el proceso del trabajo por el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la forma como fue modificado por el artículo 16 de la referida Ley 712 de 2001...”

(...)

De ahí que siendo el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social una norma especial frente a las que prevén similares actos procesales en el Código de Procedimiento Civil, prevalece sobre aquéllas, siendo deber de los jueces del trabajo y de la seguridad social acatar su contenido cuando, a pesar de haberse citado al demandado

éste no comparece, evento en el cual debe designar curador para la litis, con quien deberá surtirse la notificación personal ,y, realizar el edicto emplazatorio, sin el cual no es dable proferir sentencia de primer grado.” (Destaca la Sala)

De acuerdo con lo explicitado, se tiene que la actuación efectuada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, configura una indebida notificación del auto admisorio de la demanda, razón por la cual habrá de declararse la nulidad de todo lo actuado a partir del auto interlocutorio No. 579 del 30 de octubre de 2017 (folio 15), inclusive, que tuvo por notificada por aviso, a la demandada, y en su lugar, se ordenará al Juzgado de conocimiento, se dé estricta aplicación a lo reglado en el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo, esto es, proceder a nombrar un curador para la *litis*, con quien se continuará el proceso y ordenará su emplazamiento por edicto, con la advertencia de habersele designado curador.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Buga, Valle del Cauca,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir del auto interlocutorio No. 579 del 30 de octubre de 2017 (folio 15), inclusive, que tuvo por notificada por aviso a la demandada, y en su lugar se ordenará al Juzgado de conocimiento, se dé estricta aplicación a lo reglado en el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo, esto es, proceder a nombrar un curador para la *litis* con quien se continuará el proceso y se ordenará su

emplazamiento por edicto, con la advertencia de habersele designado curador.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, para que proceda conforme a lo aquí prevenido.

TERCERO: NOTIFÍQUESE este auto por anotación en estado electrónico.

Los Magistrados,



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR

Ponente



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

Firmado Por:

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 2 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**baa002d4e969e09645aef8d11e221e753a7a9cd7103db24875f6c1
45f78d3e97**

Documento generado en 06/08/2020 08:35:11 a.m.